

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE – FANESE

ITACY APARECIDO MARQUES JUNIOR

A IMPARCIALIDADE DO JUIZ COMO ALICERCE DA JUSTIÇA NO PROCESSO
PENAL

Aracaju

2015

ITACY APARECIDO MARQUES JUNIOR

A IMPARCIALIDADE DO JUIZ COMO ALICERCE DA JUSTIÇA NO PROCESSO
PENAL

Monografia apresentada a Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe –
FANESE, como um dos pré-requisitos
para obtenção de grau de bacharel em
Direito.

Profº. Matheus Dantas Meira

Aracaju

2015

ITACY APARECIDO MARQUES JUNIOR

A IMPARCIALIDADE DO JUIZ COMO ALICERCE DA JUSTIÇA NO PROCESSO
PENAL

Monografia apresentada, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Matheus Dantas Meira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof.º Me. Evânio José de Moura Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof.º Carlos Magno de Oliveira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos que eu amo, em especial meu pai,
Itacy Aparecido Marques (in memoriam).

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar gostaria de agradecer a Deus, sem ele jamais teria conseguindo vencer os muros que foram levantados ao longo do caminho, e aos meus pais razão de toda a minha luta durante essa caminhada. A minha namorada pela paciência.

Ao professor e orientador Matheus Dantas Meira, pela oportunidade e disponibilidade de transmitir seus conhecimentos, experiências e apoio nos momentos de dificuldades. Sou eternamente grato por ter aceitado o desafio de orientar este trabalho de pesquisa. Muito obrigado, por tudo!

A minha amada e querida prima, Jéssica Souza, pela valorosa leitura e sugestão ao presente trabalho de pesquisa.

Agradeço, também, a todos os meus eternos mestres e professores que positivamente influenciaram na minha formação e no meu crescimento profissional, doando todo seu saber e dedicação. Muito obrigado.

Agradeço aos funcionários, a coordenação e a todos os setores da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe pelo apoio durante todo o curso.

E, por fim, mas não menos importante, agradeço aos colegas e os amigos pelo companheirismo e grande amizade formada no decorrer do curso e pelas várias experiências vividas nessa caminhada, em especial a Marcela Priscila da Silva.

“Se a liberdade significa alguma coisa, será sobretudo o direito de dizer às outras pessoas o que elas não querem ouvir.”

George Orwell

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é investigar a importância da imparcialidade do juiz como alicerce da justiça no processo penal, sendo esse instituto uma das bases na busca de uma decisão justa. A problemática do presente trabalho tem como base a possibilidade de se efetivar a função jurisdicional do estado quando a imparcialidade do juiz for comprometida pelas próprias regras impostas pela legislação vigente. O atual trabalho monográfico desenvolveu-se através de pesquisa bibliográfica abordada pelo método qualitativo, visando uma solução para minorar a insegurança jurídica e efetivar uma decisão justa. Faz-se uma breve análise do processo penal, abordando os princípios básicos e sua função como instrumento de efetivação da imparcialidade. Com isso, adentra-se na base do presente trabalho, ou seja, na imparcialidade do juiz como alicerce da justiça, visando demonstrar a importância deste instituto na construção de uma resposta adequada, pelo Estado-juiz, a sociedade. Abordando, inclusive, a imparcialidade dos outros entes do processo e uma breve análise do princípio do juiz natural. Ademais, chega-se ao juiz de garantias que visa uma solução para a problemática abordada e a apresentação do instituto da prevenção. A monografia amplia a discussão acerca da violação do instituto da imparcialidade do juiz. Trata-se, sistematicamente, da imparcialidade do juiz frente a uma regra de competência, qual seja, a prevenção. O juiz de garantias é a solução para a problemática abordada pelo presente trabalho, não esgotando a discussão sobre o instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Imparcialidade; Processo Penal; Justiça.

ABSTRACT

The objective of this study is to investigate the importance of the judge's impartiality as justice foundation in criminal proceedings, and this institute one of the bases in the search for a fair decision. The problem of this study is based on the possibility of obtaining a fair decision, ie, carry out the judicial functions of the state when the impartiality of the judge is compromised by the very rules imposed by legislation. The present monograph is developed through literature addressed the qualitative method, aiming at a solution to reduce legal uncertainty and effect a fair decision. It makes a brief analysis of the criminal proceedings by addressing the basic principles and the criminal proceedings as impartiality effective instrument. Thus, enters on the basis of this work, ie the judge's impartiality as the foundation of justice, aiming to demonstrate the importance of this institute to build a suitable response, the state judge, society. Addressing even the impartiality of other loved the process and a brief analysis of the principle of natural judge. Moreover, one reaches the judge of guarantees aimed at a solution to the problem raised and the presentation of the prevention institute. The paper extends the discussion about the violation of the judge's impartiality Institute. It systematically impartiality of front judge to a rule of jurisdiction, namely prevention. The judge guarantees is the solution to the problems addressed by this work, not exhausting the discussion of the institute.

KEYWORDS: Fairness; Criminal Procedure; Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	11
2.1 Conceito de Processo Penal	11
2.2 O processo penal democrático	13
2.3 Princípios: concepção e notas essenciais	13
2.3.1 O princípio da dignidade da pessoa humana	14
2.3.2 O princípio do devido processo legal	16
3 A IMPARCIALIDADE COMO ALICERCE DA JUSTIÇA	18
3.1 O princípio do juiz natural	18
3.2 Imparcialidade x Neutralidade	24
3.3 A imparcialidade de outras profissões	26
3.3.1 A imparcialidade do promotor	26
3.3.2 A imparcialidade da autoridade policial	28
3.3.3 A imparcialidade da testemunha e do perito	30
3.4 A imparcialidade como princípio supremo do processo	31
3.5 A insegurança jurídica criada com o afastamento da imparcialidade	33
4 O JUIZ DE GARANTIAS	35
4.1 A prevenção no processo penal	35
4.2 O juiz de garantias como redução de danos	39
4.3 A análise do projeto de lei 156/2009	44
4.4 Juiz de garantias x Instâncias Recursais	47
5 CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia versa sobre o estudo de um instituto jurídico importante para todo ordenamento jurídico brasileiro. Um tema que repercute a necessidade de se discutir a imparcialidade do juiz e suas funções no ordenamento jurídico pátrio.

Propõe-se o estudo da imparcialidade do juiz como alicerce da justiça, estudo esse que vem sendo tema de constantes discussões nos tribunais e na doutrina, frente à necessidade de um magistrado voltado para a melhor solução do caso e a mais eficiente resposta para a sociedade.

A discussão é ampliada quando se verificam processos que chegaram a sua fase final e, após a condenação do suposto infrator e cumprimento de parte da pena aplicada, descobriu-se que não ocorreu o fato tipificado na conduta do agente.

Essas injustiças sociais levam o operador do direito a refletir sobre o quanto o Estado-juiz está preparado para ofertar uma resposta a sociedade, frente aos diversos problemas que são levados ao judiciário.

Com isso, ficou caracterizada a necessidade de se discutir um instituto que possa vir a concretizar uma resposta justa ao problema apresentado pela sociedade ao julgador.

O presente trabalho possui relevância jurídica e social na medida em que se discute a importância da imparcialidade do juiz no processo penal, somando-se a função de decidir sobre um dos bens mais preciosos do ser humano: a liberdade.

O tema também deve ser estudado pela ótica de uma resposta satisfatória para a sociedade, criando-se, nos membros da sociedade, a ideia de que nem sempre a resposta dada é a desejada, mas, sem sobra de dúvida, será a mais imparcial e justa possível.

A imparcialidade do julgador é fundamental no Processo Penal Brasileiro, pois, cria de fato uma decisão justa e que vem a declinar a resposta do Estado-juiz aos problemas apresentados.

Faz-se, imprescindível, que as noções de imparcialidade sejam bem explicadas e definidas aos operadores do direito, com a finalidade de criar um sistema jurídico justo.

O presente trabalho tem como objetivo principal buscar uma solução para a problemática central, ou seja, se é possível existir uma decisão justa prolatada por um juiz parcial.

A busca por uma decisão justa e uma resposta a sociedade podem ser consideradas as bases do processo penal, mas muitas vezes não é possível conciliar justiça com a resposta dada a sociedade pelo Estado-juiz.

O problema é agravado quando o juiz, na busca por uma solução que acredita ser adequada, acaba tomando decisões que configuram, claramente, a preferência por um lado.

Atualmente, o processo penal brasileiro é dividido entre as partes e o órgão julgador que, em regra, deveria ser imparcial.

Observa-se, que essa imparcialidade, por vezes, é quebrada e o magistrado ocupa o lugar de uma das partes, com isso, acaba deixando de ser um terceiro imparcial e torna-se parcial na busca da solução do conflito.

O Código de Processo Penal brasileiro é de 1941 e portanto já não cumpre mais a sua função social, principalmente, no que diz respeito à imparcialidade do juiz na busca da justiça.

Mesmo com as modificações de 2008¹ o atual Código de Processo Penal ainda não está adequado a Constituição de 1988 e aos diversos tratados internacionais de direitos humanos. Uma reformulação é necessária, inclusive, quando se trata da busca pelo princípio da imparcialidade do juiz togado.

O tema possui muita repercussão, mas, por vezes, é pouco debatido, o que gera um grande problema para o juiz togado, pois a falta de discussão gera uma falta de soluções adequadas para as problemáticas levantadas sobre o tema. Com isso, é fundamental que o tema seja colocado em discussão, para que não venha a ser ferido o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem previsão na Carta Magna Brasileira.

A pesquisa de evolução da imparcialidade no processo penal será fundamental para determinar o caminho a ser seguido, com foco na busca de uma decisão jurídica justa para o caso concreto.

Assim decidida, fica evidente que a pesquisa discutiu toda a problemática sobre o princípio da imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro como sendo um alicerce para uma decisão justa, mas acima de tudo, o trabalho deseja encontrar uma solução para a questão.

A pesquisa bibliográfica foi abordada através do método qualitativo. Desta forma, através de uma abordagem qualitativa foi possível utilizar livros, artigos científicos e pesquisas de jurisprudências para que seja definida a evolução do princípio da imparcialidade no processo penal brasileiro.

O desenvolvimento foi dividido em três capítulos, os quais foram escritos de forma dissertativa. O primeiro aborda uma análise do processo penal trazendo a sua conceituação e o

¹ As modificações foram propostas pelas leis 11.689/08; 11.690/08 e 11.719/08.

seu papel democrático no ordenamento jurídico brasileiro, passando pelo estudo de dois princípios fundamentais para o processo penal brasileiro, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

O segundo capítulo faz uma análise do instituto da imparcialidade comentando sobre o princípio do juiz natural, que é à base da imparcialidade, e seguindo para uma diferenciação necessária quanto à imparcialidade e neutralidade. Com isso, é possível adentrar no estudo na imparcialidade como princípio supremo do processo. Ademais, encontra-se presente, neste capítulo, a relação de insegurança jurídica criada com o afastamento do instituto da imparcialidade. O capítulo aborda, também, o instituto da imparcialidade em outras profissões, inerentes ao processo.

O terceiro capítulo é baseado no juiz de garantias que apresenta-se com a solução encontrada visando a aplicabilidade do instituto da imparcialidade pelo Estado-juiz, frente à problemática criada pelo instituto da prevenção. Com isso, o capítulo aborda o juízo de garantias dentro de uma perspectiva de redução de danos, comentando também, acerca do projeto de lei 156/2009 e finalizando com apresentação dessa solução nas instâncias recursais.

Acredita-se, que um juízo de garantias se apresenta como uma solução viável para a problemática. Mas, a reformulação do Código de Processo Penal é necessária para que esse juízo de garantias seja praticado e, conseqüentemente, ocorra uma readequação dos magistrados diante dessa nova solução.

A imparcialidade nunca será plena, mas sem dúvida um juízo de garantias vai minimizar a problemática em torno de uma decisão justa e igualitária para todos, que venha a respeitar o mínimo de dignidade humana que cada indivíduo tem direito.

2 O PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 CONCEITO DE PROCESSO PENAL

A Constituição Federal de 1988 introduziu a ideia de um Estado Democrático de Direito, ou seja, rompeu-se o elo com a ditadura e a opressão. Com isso, institucionalizaram diversos direitos e garantias fundamentais ao ordenamento jurídico pátrio que viabilizam a construção de um país democrático e com ideais de justiça.

Portanto nesse caso com o surgimento da infração penal surge, também, a necessidade do Estado de solucionar o conflito, diante de uma resposta exigida pela sociedade. Essa

pretensão punitiva do Estado se caracteriza como a busca pela justiça e gera a necessidade de uma codificação, uma vez que o direito fundamental não permite que algo possa se caracterizar como crime sem prévia lei que venha a defini-lo, muito menos, possa existir pena sem prévia lei que a comine.

Há a necessidade de existir uma codificação que permita criar limites a todos, tornando-se base para a criação de um Direito Penal com a finalidade de reunir diversas condutas e tipificá-las, fixando limites, também, ao poder punitivo do Estado. Tal característica, só é vislumbrada em um Estado Democrático de Direito, pois, apenas em uma Democracia é que se estabelecem limites a todos, inclusive, ao ente estatal.

Igualmente, se existe um mecanismo capaz de codificar os limites do poder punitivo do Estado e tipificar a conduta do agente é preciso que existe um instrumento para colocar tudo isso em prática de forma organizada e com regras: o Direito Processual Penal.

O Processo Penal deve ser visto com a ótica de um instrumento capaz de regular o poder punitivo do Estado, conforme a ilustre definição do professor Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 85):

Portanto, Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto.

Com isso, percebe-se a importância do Processo Penal como meio de instrumentalizar a jurisdição, uma vez que o processo penal é um conjunto de ações que visam regular a forma como o Estado vai solucionar o problema apresentado e buscar a melhor resposta para a sociedade, sempre visando a mais justa para todos.

Na atualidade, está em vigor um Código de Processo Penal oriundo do regime totalitário de Getúlio Vargas, denominada de Era Vargas. Assim sendo, ocorre uma dificuldade de interpretação deste código, de forma isolada, devido as mudanças que ocorreram desde sua edição até a atualidade.

O aspecto de antiguidade do Código de Processo Penal é minimizado com o advento de diversas leis e emendas que tentam torná-lo compatível com a evolução social e com as novas demandas da sociedade.

A Constituição de 1988 se apresenta como um marco no processo democrático Brasileiro, por isso, a necessidade de adequarmos um Código, criado na época de um regime

totalitário, a nova realidade imposta por uma Carta Magna democrática e uma sociedade conhecedora dos seus direitos e deveres.

2.2 O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

O Processo Penal deve ser estudado em consonância com a Constituição Federal, inclusive, inserido como um direito e garantia fundamental, uma vez que deve ser visto como um freio aos possíveis excessos do Estado contra o cidadão.

Logo, saber estudar a mensagem transmitida pela Magna Carta é fundamental para construirmos um ordenamento jurídico pátrio voltado para um Estado Democrático de Direito, que visa regular as relações jurídicas existentes e solucionar possíveis conflitos.

Destaca-se, que não se pode visualizar o Processo Penal como uma ciência correlata ou um corpo de normas de igual valor com o Direito Constitucional. Faz-se necessário realizar essa divisão, pois não podemos confundir direito e democracia, ou seja, deve-se diferenciar direitos e garantias fundamentais.

Conforme foi dito, o Código de Processo Penal Brasileiro é oriundo de uma ditadura, a Era Vargas, não podendo, na atualidade, ser visto como um corpo de normas jurídicas único, ou seja, é necessário que outros mecanismos possam surgir para adequá-lo a real situação no ordenamento jurídico Brasileiro.

Embora, a doutrina defenda sua autonomia, conforme destaca-se do autor Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 47):

No que respeita ao Direito Processual Penal, observa Giovanni Leone que a sua autonomia não decorre, apenas, da existência de um Código de Processo Penal, mas, sobretudo, da consideração de que os princípios reguladores do Processo Penal não têm nenhum ponto de contato com os princípios que disciplinam a definição de crime, sua estrutura e os institutos conexos.

Com isso, percebe-se a necessidade de readequação do Código de Processo Penal, mas respeitando sua autonomia e seus princípios de forma a adequá-lo ao atual momento vivido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Não se pode imaginar um Estado democrático de direito onde o processo penal não seja devidamente respeitado, com a finalidade de oferecer a sociedade uma resposta justa aos diversos problemas apresentados ao Estado-juiz.

2.3 PRINCÍPIOS: CONCEPÇÃO E NOTAS ESSENCIAIS

A título de ilustração, expõe-se a definição formulada por Celso Antônio Bandeira Mello (1981, p. 230) sobre os princípios em geral:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes de todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Os princípios devem ser observados como a base de um ordenamento jurídico, inclusive, muitas vezes é visto como uma válvula de escape para solucionar eventuais problemas na Lei, tornando-se, também, um excelente mecanismo para que as novas normas possam surgir sem entrar em conflito com aquilo que já está pacificado na sociedade.

Essa característica dos princípios faz com que eles possam irradiar todo o sistema de normas, estabelecendo a forma de utilização de tais princípios, tanto na aplicação das normas, quanto na criação destas.

É importante ressaltar que alguns princípios podem dar origem a outros. Há princípios que são vistos como garantias fundamentais, alguns deles serão abordados no presente trabalho.

Ressalta-se que existe uma profunda ligação entres os princípios que regem o processo penal e os direitos e garantias humanas fundamentais, a exemplo disto, tem se a ampla defesa que pode ser vista como um princípio, mas também como uma garantia.

Não se pode esquecer na construção e interpretação dos princípios constitucionais penais e processuais penais a figura de dois princípios essenciais para toda a compreensão que envolve a sistemática das garantias das ciências criminais. Por isso, serão estudados a seguir, ambos.

2.3.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É relevante destacar o pensamento abaixo de Nucci (2012, p. 89):

O conjunto dos princípios constitucionais forma um sistema próprio, com lógica e autorregulação. Por isso, torna-se imperioso destacar dois aspectos: a) há integração entre os princípios constitucionais penais e os processuais penais; b) coordenam o sistema de princípios os mais relevantes para a

garantia dos direitos humanos fundamentais: dignidade da pessoa humana e devido processo legal.

Corroborando com o enunciado acima exposto, pode se destacar o artigo 1º, III da Constituição Federal, que diz:

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;

Não é permitindo discutir sobre direitos e garantias fundamentais sem que se possa ter como base a dignidade da pessoa humana, inclusive, tal princípio é visto como suporte para os diversos prefeitos fundamentais existentes.

A dignidade da pessoa humana consolida um marco na construção de diversas Constituições e serve de base não somente para os Direitos Humanos, mas também, para diversos outros ramos do direito. Essa construção, com base da dignidade da pessoa humana, se deve a diversos movimentos que lutaram pela liberdade do homem.

No campo do processo penal não há como afastar a aplicabilidade do referido princípio as diversas situações que ocorrem no dia a dia. Há, também, dois prismas para que se possa entender o referido princípio.

Um deles é o aspecto da objetividade que vem a garantir um mínimo de existência ao ser humano, atendendo as necessidades básicas como saúde, educação, moradia e outras. Quanto ao outro, trata-se da subjetividade que tem como base a respeitabilidade e autoestima, características inerentes ao ser humano, sob aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência.

A problemática pode ser definida na dificuldade em conciliar os diversos princípios existentes no processo penal e a busca da justiça, pela sociedade. O autor Cesare Bonesana Beccaria (2009, p. 37) retrata as modificações do ser humano ao longo do tempo:

Nossos conhecimentos e todas as nossas ideias têm uma recíproca conexão. Quanto mais são complicados, mais numerosas são as estradas que a eles levam e deles partem. Cada homem tem seu ponto de vista, e o mesmo homem, em épocas diferentes, pensa de modo diferente.

Ora, quanto difícil é tentar explicar as diversas modificações que ocorre no pensamento e nas ideias dos homens, mas alguns clássicos permanecem eternizados, assim como as suas concepções, que mesmo com o passar dos anos permanecem influenciando os ditos novos ideias.

Assim, ocorre com os princípios que mesmo com o passar do tempo e as diversas modificações permanecem inalterados, apenas contribuindo com as novas ideias e modificações apresentadas, mas todas respeitando aquilo que foi definido como fonte do direito.

A dignidade da pessoa humana tem um papel simétrico ao da imparcialidade, que é o fruto deste trabalho e será abordada a frente, mas antes deve-se continuar o estudo a cerca do processo penal, já que sem ele não adiantaria existir imparcialidade. Por ora, vamos adentrar no universo do princípio do devido processo legal.

2.3.2 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal é abordado no presente trabalho, pois é visto, por vezes, como sendo a união de todos os princípios penais e processuais penais, indicando com isso, a característica ímpar do processo criminal.

Ademais, deve se estudar o devido processo legal, comitantemente com o princípio da legalidade, vale ressaltar a garantia dada por esse princípio, qual seja, a de somente processar e punir o indivíduo se houver lei penal anterior que defina o ato como sendo criminoso.

Destaca-se, o pensamento do autor Beccaria (2009, p. 32), que define a ótica da questão do princípio da legalidade e do devido processo legal, em igualdade, com a pena mal aplicada, veja-se:

Toda pena, que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico.

Quando se verifica que a pena não deriva da absoluta necessidade e a partir de um devido processo legal, tem-se um ato tirânico, que vai resultar em uma fuga do conceito de justiça. Isso poderá causar um conflito de resposta, adequada, que a sociedade pede ao Estado-juiz.

Destaca-se a importância do devido processo legal para o processo penal e, também, para o ordenamento jurídico brasileiro. A sistemática criada em torno dos diversos princípios integrantes do processo penal deve se a esses dois princípios demonstrados acima, dignidade da pessoa humana e devido processo legal.

A Constituição de 1988 traz a tona o devido processo legal em seu artigo 5º, inciso LIV, quando diz: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”.

Ora, isso remete a garantia constitucional evidenciada no princípio em comento que versa sobre um processo transparente e com todas as garantias de ampla defesa, juiz natural, imparcialidade, equiparação entre as partes, contraditório, enfim, tudo que seja possível para consolidar um processo justo, obviamente buscando uma decisão justa.

Destaca-se o entendimento do professor Evânio Moura (2014, p. 40), acerca do princípio em comento:

O devido processo legal se constitui na primeira e mais basilar garantia processual do indivíduo, pois é por meio desse instrumento que se realiza a proteção efetiva dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal, verdadeira “*garantia das garantias*” ou “*megagarantia*”, composta de vasta gama de direitos fundamentais.

Registre-se que antes mesmo do direito ao devido processo legal *stricto sensu*, tem o cidadão o direito ao devido processo legal substantivo (*substantive due processo of law*), englobando: o devido processo legal legislativo, que consiste na necessidade de estrita e correta observância dos preceitos constitucionais quando da elaboração das normas constitucionais e infraconstitucionais; o devido processo legal administrativo, que aponta que “*pelo ângulo substantivo, a legislação deve estar em conformidade com os critérios do **just and fair standard**, ajustando-se as ideias de razoabilidade e interdição à arbitrariedade*”; e do devido processo judicial, com as suas duas emanções (formal ou substantivo) e os consectários ou desdobramentos lógicos (contraditório e ampla defesa).

No tocante ao exposto, percebe-se que o devido processo legal surge como uma garantia do indivíduo, protegendo os direitos fundamentais decorrentes de um Estado Democrático de Direito. Entende-se, o devido processo legal com um sentido além daquele definido no processo judicial, ou seja, tem-se a aplicabilidade, deste princípio, no processo legislativo, e administrativo, consagrando sua importância para o Estado Democrático de Direito.

Com isso, pode se dizer que se formou a base principiológica do processo penal, adiante, será possível estudar outro princípio que também é fundamental para o trabalho,

inclusive, é o que da origem a imparcialidade, base do tema em estudo, qual seja, o princípio do juiz natural.

3 A IMPARCIALIDADE COMO ALICERCE DA JUSTIÇA

3.1 O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

O referido princípio tem como base a própria Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, XXXVIII e LIII, conforme destaca-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 (...) XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;
 (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

A colocação deste princípio na Constituição o torna um dos fundamentais para o processo, inclusive, sendo considerado um direito e garantia fundamental. Quando trata-se de jurisdição, tal princípio figura como sendo um dos principais, é a garantia do cidadão de ter um julgamento justo e imparcial.

Com isso, tem-se que a prestação jurisdicional deve ser adequada ao ponto que o cidadão não pode escolher quem vai julgá-lo, conseqüentemente, quem vai julgar não poderá escolher os processos em que vai atuar, pois, ao contrário, ocorreria uma insegurança jurídica.

A imparcialidade surge com a finalidade de confrontar os diversos problemas ocorridos no âmbito das desigualdades, até porque a justiça surge como instrumento de compensação das desigualdades existentes na sociedade.

O princípio em análise sempre figurou no ordenamento jurídico brasileiro, ocorrendo apenas uma exceção, conforme expõem o professor Moura (2014, p. 85):

A garantia do juiz natural sempre mereceu atenção do legislador constituinte, figurando em todas as Constituições do Brasil, desde a Constituição do Império (1824), havendo apenas uma exceção, a Constituição Federal autocrática de 1937, e consiste em síntese no direito que todo cidadão possui de antecipadamente conhecer o juiz ou tribunal que poderá vir a processá-lo e julgá-lo, afastando a hipótese de julgamento realizada por tribunal de exceção ou juízes escolhidos a dedo, assegurando

ao cidadão um julgamento imparcial e justo, imune às influências do poder e aos casuísmos que desbordem as questões processuais debatidas no processo.

Diante do exposto, percebe-se a importância do instituto em comento para o ordenamento jurídico pátrio, inclusive, figurando em todas as Constituições ao longo dos anos. Conforme consta na atual Carta Magna o princípio do juiz natural afasta a possibilidade do cidadão de ser julgado por um tribunal de exceção ou juízes escolhido por imposição.

Ressalta-se, que o tribunal de exceção tem caráter temporário e/ou excepcional, sua natureza advém dos regimes ditatoriais e, em nada, combina com um Estado Democrático de Direito. Inclusive, são contrários aos princípios aqui comentados, quais sejam, juiz natural, dignidade da pessoa humana e os demais princípios relacionados ao devido processo legal. Não é recepcionado pela Constituição, pois, retrata aquele velho Estado absolutista do passado.

Ademais, o professor Moura (2014, p. 85) retrata um ponto que merece atenção:

Esse princípio tem como principal escopo ‘resguardar o acusado de possíveis injustiças a que poderia estar exposto, em razão da possibilidade de manipulação dos órgãos julgadores, que ensejaria influências no resultado da decisão’.

Esse princípio em tudo combina com o Estado Democrático de Direito, pois possibilita a segurança jurídica, somente vista na democracia, contudo, não se pode negar que a segurança jurídica, também, acompanha esse instituto, seja pela base criada através da utilização de tal princípio, seja pelo norte que o juiz natural fornece para o devido processo legal.

Conforme destacou o autor Evânio Moura, a possibilidade de manipulação dos órgãos julgadores em nada combina com a divisão de poderes, pois, até mesmo entre os poderes soberanos do Estado existe independência e harmonia, fato que possibilita a fiscalização de um poder sobre o outro. Não se pode imaginar um dos poderes, qual seja, o Judiciário, se prestando ao papel de ser influenciado em suas decisões, inclusive, na atual conjuntura política nacional o poder Judiciário é visto como um dos que apresenta maior confiabilidade pela sociedade.

Outrossim, é oportuno destacar que essa confiabilidade transmitida pelo poder Judiciário deve se aos muitos princípios que compõem o processo, mas sem dúvida, a imparcialidade é o princípio que torna o poder Judiciário confiável, inclusive, quando demonstra ser imparcial até mesmo no julgamento de seus pares.

Corroborando com o enunciado acima, destaca-se o entendimento do professor Moura (2014, p. 86), sobre a importância do instituto em comento:

Hoje não remanesce o menor laivo de dúvidas a respeito da importância de se tutelar o princípio do juiz natural, sendo que em diversos julgados, o Supremo Tribunal Federal reafirma o princípio, quer vedando-se a transferência de feitos em curso para varas criadas posteriormente ao fato, quer, ainda, protegendo o cidadão, com a vedação de criação de varas especializadas, por intermédio de atos administrativos dos tribunais (resoluções ou provimentos), quer, por fim, reconhecendo o direito do indivíduo de somente vir a ser processado e julgado perante o juiz competente.

A fixação de regras claras de competência é fundamental para o processo penal e para a segurança jurídica, pois, retrata a transparência da justiça com a sociedade, um juiz incompetente pode vir a prejudicar todo um processo, mas um juiz competente e imparcial vem a fazer o papel do Estado-juiz, qual seja, o de decidir de forma justa.

Quando a sociedade bate as portas da justiça procura-se a melhor e justa decisão, principalmente, quando se trata da liberdade, conforme ocorre com o processo penal, posto que, uma vida sem liberdade nada mais é do que um estado vegetativo.

Nesse entendimento, encontra-se a já comentada vedação dos tribunais ou juízos de exceção. Essa vedação é fruto da experiência vivida a pouco tempo com a ditadura militar, onde eram criados cortes para julgar, após o ocorrido do fato a ser analisado. Tal situação criou uma das maiores aberrações no ordenamento jurídico brasileiro, afastando por demais a função jurisdicional democrática do Estado.

Destaca-se, o pensamento do professor Moura (2014, p. 87):

Para assegurar essa garantia, tem-se como regra assentada e pacificada no conceito de jurisdição, a vedação aos tribunais de exceção, aos tribunais compostos para julgar determinadas situações já ocorridas (*ex post factum*), como demonstram historicamente o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio. Não é possível no Estado Democrático de Direito conviver com essa anomalia e excrescência autoritária e ultrapassada.

Com relação aos tribunais de exceção, o princípio do juiz natural “*quer evitar que a lei crie órgãos ou juízos para decisão **ad hoc** de determinadas causas*” e que “*este juízo não seja de exceção, isto é que não tenha sido constituído posteriormente à ocorrência do delito com a finalidade exclusiva de julgá-lo*”.

Seria o caso de indagar: qual a imparcialidade e isenção de um julgamento cujos julgadores foram escolhidos já sabendo qual o fato ou caso a ser apreciado, havendo ingerência política na indicação do julgador ou constituição do tribunal? A resposta é óbvia: nenhuma.

Neste diapasão, entende-se a importância do princípio do juiz natural e da imparcialidade para o processo penal, pois, conforme destacou o professor MOURA, não há a mínima condição de existir imparcialidade ou isenção em um julgamento cujos julgadores foram escolhidos. Mas, o presente trabalho atenta para o fato de que a prevenção, também torna o magistrado parcial, conforme será demonstrado a frente.

A Constituição 1988, inclusive, determinou como deverá ocorrer o provimento na magistratura, a fim de garantir a imparcialidade do juiz e preservar a obediência ao princípio do juiz natural.

Volvendo ao estudo do tribunal ou julgamento de exceção, tem-se um duplo entendimento acerca deste instituto, seja pela necessidade de ser constituído após o fato a ser analisado, escolhendo os julgadores de forma política, seja pelo fato de não obedecer ao mínimo das garantias legais, afastando-se por completo de um processo penal democrático e justo, inclusive, ferindo por completo o devido processo legal e todos os outros princípios conexos a este.

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo na justiça brasileira, tem se posicionado de forma contrária a extradição quando percebe-se dúvida quanto a justiça que irá julgar o extradito, ou seja, até mesmo ocorrendo dúvida quanto ao devido processo legal e a garantia de um juiz natural para o julgamento de um extraditado é motivo para suscitar a suspensão da extradição, de forma que possa garantir o mínimo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa proibição demonstra o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto aos tribunais de exceção, pois, entende-se não ser cabível em um Estado Democrático de Direito o surgimento de um tribunal de exceção que venha, como já fora comentado, expurgar os princípios garantidores de um devido processo legal e de um respeito mínimo a dignidade da pessoa humana.

Percebe-se, a importância e as garantias inerentes a esse princípio que vem a complementar a segurança jurídica, seja pela proibição de um tribunal de exceção ou seja pela impossibilidade de que seja designado, de forma aleatória, um magistrado para julgar determinado caso, seja pela proibição de ocorrer qualquer tipo de substituição ou mudança de competência sem que seja pelas regras já determinadas.

Não há possibilidade de se imaginar a justiça pautada em respeito ao cidadão sem que se possa ter um magistrado imparcial, um devido processo legal e um total respeito a dignidade da pessoa humana. O presente trabalho considera o exposto acima, como sendo a base de um processo penal democrático e que visa uma decisão justa.

O entendimento do professor Moura (2014, p. 89) discorre o caminho do desdobramento do princípio do juiz natural:

O princípio do juiz natural em verdade deriva de uma consequência lógica de dois outros princípios constitucionais: isonomia e devido processo legal, posto que sua incidência implica a vedação completa de afastamento do juiz da causa e de nomeação aleatória ou a dedo de julgadores.

Quanto ao princípio da isonomia procura igualar todos perante a lei, respeitado o dilema de que deve se tratar os iguais na medida da sua igualdade, e os desiguais na proporção das suas desigualdades. Acredita-se que esse princípio tem origem na Grécia, em um período dominado por homens que tinha como base a democracia. A igualdade entre as partes combina com a democracia, não se pode imaginar em o processo penal democrático tratamento desigual.

Inclusive, esse princípio não alimenta somente o poder Judiciário, mas também vai desaguar no poder Executivo e Legislativo. Decorre deste fato o respeito que deve existir nas elaborações das leis, atos normativos e medidas provisórias, afim de que não venha a criar nenhum tipo de discriminação, também, a igualdade perante a lei que é vista como uma exigência de que os poderes, na aplicação das leis, não realizem qualquer tipo de discriminação.

Em sua obra o professor Moura (2014, p. 90) destaca o tríplice significado deste princípio:

Destarte, chega-se à conclusão que o princípio possui um tríplice significado:

- a) *Ele põe em evidência em primeiro lugar, o plano da fonte: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência;*
- b) *Em segundo lugar, procura ele explicitar um ponto de referência temporal, através deste afirmando um princípio de irretroatividade: a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objeto do processo.*
- c) *Em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente.*

No tocante ao exposto acima, percebe-se que o princípio do juiz natural possui uma função fundamental no processo penal, seja pela garantia dada ao cidadão de ser julgado por um juiz imparcial, seja pela garantia de não ser julgado por um tribunal de exceção, seja pelo

fato de ser defeso a ocorrência de fixação de competência que venha a excluir uma decisão arbitrária ou mesmo discricionária.

A base dada por esse instituto à imparcialidade do juiz é fundamental para o processo penal, pois, quando veda todas as circunstâncias exposta acima cria a garantia constitucional de que o cidadão será julgado por um juiz imparcial e respeitando as desigualdades impostas a sociedade. Essa imparcialidade é vista, diante deste princípio, como um marco regulador do devido processo legal.

Deste modo, entende-se que o devido processo legal é o marco definidor de todos os princípios do processo penal, acredita-se que a união de todos formem o devido processo legal, sendo impróprio imaginar um processo que não tenha como base a imparcialidade do juiz.

Referendando o exposto e retratando o respeito que o Estado Democrático de Direito deve ter com esse instituto, destaca-se o entendimento de Moura (2014, p. 90)

Zelar pelo cumprimento desse tríplice desdobramento ou significado do conceito de juiz natural deve ser obrigação inerente a todo Estado Democrático de Direito, onde, verdadeiramente, somente se estará diante de um processo genuinamente legítimo se o princípio do juiz natural for cumprido e respeitado em sua inteireza, posto que, caso parem dúvidas sobre o descumprimento de qualquer das facetas do juiz natural, existirão suspeitas sobre a regularidade da punição e a legalidade da jurisdição prestada, enfim, sobre a higidez, imparcialidade e justiça da decisão proferida.

No tocante ao exposto, é inerente ao Estado Democrático de Direito a respeitabilidade aos princípios, sendo que não se pode imaginar um devido processo legal sem que ocorra a aplicabilidade do juiz natural, pois, poderá o procedimento ser considerado suspeito, caso não cumpra o princípio em tela, tornando os atos nulos.

O juiz natural tem papel fundamental no processo penal, inclusive, é a base da imparcialidade, tema do presente trabalho, e deve ser entendido como um dos princípios base do devido processo legal.

Com isso, encontra-se no referido princípio a segurança jurídica necessária ao cidadão, garantindo que o mesmo seja julgado por um magistrado imparcial e competente para analisar o conflito apresentado.

A sociedade vem clamando por um judiciário transparente e eficaz, nesse caminho encontra-se o respeito aos direitos e garantias fundamentais, vislumbrando se uma decisão

justa, ou seja, uma resposta eficaz, imparcial e adequada ao problema apresentado pela sociedade.

3.1 IMPARCIALIDADE x NEUTRALIDADE

A imparcialidade deve ser estudada, de início, com a diferenciação necessária entre os conceitos de imparcialidade e neutralidade. Um ponto de partida na própria definição de imparcialidade no âmbito do processo penal.

A neutralidade jurisdicional advém do século XVIII, ou seja, do surgimento do Estado Moderno, em que o Judiciário era visto como um poder responsável pela aplicação irrestrita da lei. Assim surge, nesse momento, a separação dos poderes do Estado, bem definidos, ou seja, Executivo, Legislativo e Judiciário.

O magistrado era visto com uma pessoa que deveria estar afastado da comunidade, ou seja, da sociedade, livre, assim, de qualquer obstáculo ao uso da racionalidade na sua decisão. Com isso, o Juiz tinha o papel de adequar os fatos as hipóteses legais e, ao final, declarar a lei.

Ademais, fica evidenciado que esse pensamento é fruto da racionalidade imperante à época, sendo resultado da evolução científica do século XVII que tratava na busca pela neutralidade jurídica, de uma ideia de pureza do conhecimento jurídico. É nesse momento que nasce a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, pregando, também, a ideia de um juiz neutro, ou seja, afastado da sociedade e das suas próprias características psíquicas, voltado tão somente para às leis.

Entretanto, esses ideais de neutralidade jurisdicional foram logo atacados, pois, não se acreditava que era possível manter uma racionalidade e um formalismo extremo pautado em um ideal de justiça. Ora, esse dogma de neutralidade foi compreendido como um erro, pois, vinha a ferir o principal objetivo das decisões judiciais, qual seja, a realização da justiça.

A decisão do juiz não pode ser compreendida apenas como sendo uma simples análise da norma jurídica, mas são inerentes ao magistrado as influências familiares, educacionais, sociais, políticas, entre outras que acabam contribuindo para o entendimento jurisdicional do juiz.

Não se pode pensar em neutralidade na justiça, tampouco, no direito, pois esse vive em detrimento de valores e ideologias trazidas pela sociedade e pelo cidadão. O magistrado não pode fugir da sua própria história e daquilo que encontra-se ao seu redor, ou seja, não pode tornar-se um cidadão neutro aos acontecimentos que influenciam na sua visão de mundo.

Corroborando com essa ideia o autor André Machado Maya (2014, p. 51) diz:

Essa relação entre o homem e o seu meio social foi cunhada com precisão por Heidegger, em *Ser e Tempo*, onde é abordado o problema da existência do *ser* desde a perspectiva de sua presença, ou , em outras palavras, da compreensão de sua relação como o mundo e com o próprio *ser*. O homem, nesse viés, é definido e existe porque inserido em um contexto universal onde se relaciona consigo e existe porque inserido em um contexto universal onde se relaciona consigo mesmo e com os outros homens, em uma constante troca de valores e experiências. Daí a expressão *ser-no-mundo*, utilizada por Heidegger como forma de destacar a simbiose existente entre o homem e o meio em que vive, a ensejar uma interação contínua do homem com a sua existência no contexto social.

Esse pensamento retrata a questão do homem estar atrelado às suas vivências pessoais, ou seja, suas tradições, de forma que o homem e parte do universo ao qual esta inserido e será influenciado por esse meio. Com isso, entende-se que o homem não pode se desvincular de suas tradições e influências, não existe um mecanismo que afasta o homem deste aprendizado, portanto, tudo está ligado ao seu subconsciente que armazena essas influências.

O professor MAYA (2014, p. 52) continua dizendo:

Neste ponto, ao referir-se à proposição como juízo, como ato de julgar, Heidegger afirma que ela “não paira no ar desligada, a ponto de poder por si mesma abrir pela primeira vez o ente como tal; no entanto, ela já se detém como *ser-no-mundo*”. O juiz compreende o objeto que lhe é dado julgar, como por exemplo, um caso penal, pela interpretação que dele faz, tendo por base a sua própria existência, sua história de vida, suas tradições, enfim, influenciado por uma historicidade que não lhe permite colocar-se perante às partes como um *ser* isolado em sua existência. Nas palavras de Heidegger: “A perspectiva em função da qual se encara o ente preliminarmente dado assume, no processo de determinação, a função de determinante.

A interpretação deve ser analisada não somente pela ótica do que foi interpretada, mas deve entender que o intérprete está reconstruindo um significado a partir das suas influências. Posto isto, deve se afastar o pensamento do juiz boca da lei, pois a lei é apenas o ponto de partida da interpretação dada na decisão, ocorre à influência dos conceitos pré-definidos na mente do magistrado que advém de suas tradições, negar essa consequência é afirmar que não existe ligação entre o *ser* e o *dever ser*.

Com isso, a neutralidade é vista como uma utopia, pois, será inalcançável diante da essência do homem. O homem é constituído por emoção e razão, ou seja, possui valores e ideologia adquiridos ao longo do tempo e sob a influência do meio onde vive.

A atuação jurisdicional neutra fica no campo da teoria, pois, é impossível imaginar um magistrado que não utilize a razão e a emoção quando proferir uma sentença, diferente da imparcialidade que cuida da parte objetiva, ou seja, dos dados processuais. O professor MAYA (2014, p. 61) comenta sobre essa impossibilidade:

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.

Assim sendo, fica evidenciado que o magistrado não pode se desligar de suas emoções e da razão, pois, é necessário que o juiz esteja próximo do meio em que vive. Com isso, é mais adequado pensar no símbolo da justiça com os olhos abertos, conforme a versão grega da deusa *Diké* e não como a deusa *Iustitia*, cuja possui a venda nos olhos que não permite ver as desigualdades e igualá-las, afim de reequilibrar a balança.

3.3 A IMPARCIALIDADE DE OUTRAS PROFISSÕES

Ocorre, a necessidade de se comentar sobre o instituto da imparcialidade frente a outras profissões que contribuem para a resposta adequada do Estado-juiz a sociedade. Com isso, o presente trabalho demonstra que o instituto da imparcialidade não está ligado apenas ao Estado-juiz, mas a todos os entes envolvidos no processo.

3.3.1 A IMPARCIALIDADE DO PROMOTOR NATURAL

O Ministério Público é uma instituição de caráter permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, conforme enunciado do artigo 127, da Constituição Federal:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

No tocante ao exposto, destaca-se a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O promotor no processo penal funciona

como o agente estatal responsável pela promoção da persecução penal, sendo o titular da ação penal pública.

Ocorre que, não se pode imaginar o membro do *parquet* como um agente acusador do Estado, mas sim um legítimo defensor dos interesses sociais e da ordem jurídica, pois, não está o promotor obrigado a acusar o indivíduo, podendo propor sua absolvição sumária.

Neste diapasão, destaca-se o entendimento do professor MOURA (2014, p. 205):

Com efeito, não mais se admite o promotor que se porta como acusador implacável, o verdugo que espera o réu à socapa no cadafalso ou patíbulo, o *Parquet* que de maneira sistemática e até irresponsável busca uma condenação, ainda que os autos do feito criminal não levem a essa conclusão.

A figura do promotor está ligada a fiscalização do cumprimento da lei no ordenamento jurídico pátrio, sendo assim, é necessário a figura do Ministério Público natural e imparcial visando não apenas uma garantia para seus membros, mas uma garantia para sociedade.

O professor MOURA (2014, p.204) retrata a necessidade de aplicar as regras do promotor natural:

Aplicar as regras do promotor natural de maneira indiscutível, consagrando esse princípio/garantia, constitui em sério mecanismo de proteção do indivíduo, mormente pelo fato de que se evita a figura do promotor por encomenda, escolhido de forma proposital, às vezes com interesses escusos e atentatórios à própria dignidade da função ministerial.

Com isso, percebe-se a função primordial do promotor natural frente à necessidade de garantir proteção ao indivíduo. Um órgão ministerial parcial compromete toda a função jurisdicional do Estado e afasta a função primordial do Estado-juiz, ou seja, garantir uma decisão justa.

O Estado Democrático de Direito não pode conviver com a possibilidade de promotores por encomenda que prejudicam a defesa do ordenamento jurídico e da sociedade.

A Constituição Federal assegurou aos membros do Ministério Público as mesmas garantias e prerrogativas dos membros da magistratura, visando à imparcialidade destes membros.

Destaca-se, a análise do professor MOURA (2014, 205) sobre a importância destas garantias e prerrogativas para a consolidação do promotor natural.

A conjugação desses princípios da independência funcional como a inamovibilidade, vem como a investidura apenas por concurso de provas e de provas e títulos, consagram o princípio do promotor natural não se admitindo como razoável e escoreita a possibilidade de existência de promotores sob encomenda ou premeditadamente estabelecidos para atuar em determinado feito.

Ademais, é oportuno destacar que os Tribunais Superiores vêm se posicionando favoravelmente ao instituto do promotor natural, porém, acreditam que não fere o instituto em comento a formação de equipes ou grupos para atuação em determinados assuntos.

Esses grupos especializados em determinado assunto ou matéria são denominados pela imprensa como força-tarefa e atuam em conjunto com o promotor da vara competente para a investigação, inclusive, o Ministério Público entende que esses grupos são legítimos e não violam o instituto em comento.

O professor MOURA (2014, p. 206) discorda de entendimento do órgão ministerial:

Dessa postura discordo frontalmente, ainda que dentre os integrantes do *Parquet* que compõem o grupo de trabalho ou equipe de investigação ou força-tarefa se aviste o promotor natural, ou seja, o titular da Comarca ou Vara (no caso específico do direito penal eleitoral a Zona Eleitoral), responsável pela atuação como representante do Ministério Público.

Assim, como não ocorre a possibilidade de dois ou três juízes sentenciarem no mesmo caso concreto, respeitando o princípio do juiz natural, não se pode imaginar uma denúncia baseada no entendimento de dois ou mais membros do órgão ministerial. A imparcialidade é afastada com a utilização do grupo de trabalho ou equipe de investigação, pois, a decisão do promotor natural do caso será influenciada pelos demais.

A figura do promotor natural deve ser estudada pela jurisprudência e pela doutrina com a finalidade de construir um pensamento comum e que venha a contribuir para o processo penal brasileiro.

3.3.2 A IMPARCIALIDADE DO DA AUTORIDADE POLICIAL

A autoridade policial tem a função de conduzir as investigações que poderão servir de base para a futura ação penal, conforme entendimento do professor NUCCI (2012, p.153):

Portanto, cabe aos órgãos constituídos das polícias federal e civil conduzir as investigações necessárias, colhendo provas pré-constituídas e formar o

inquérito que servirá de base de sustentação a uma futura ação penal. O nome *polícia judiciária* tem sentido na medida em que não se cuida de uma atividade policial ostensiva (típica da Polícia Militar para a garantia da segurança nas ruas), mas investigatória, cuja função se volta a colher provas para o órgão acusatório e, na essência, para que o Judiciário avalie no futuro.

Essa autoridade policial é denominada de polícia judiciária e é composta pela polícia civil e federal. A função primordial é a criação de instrumentos que possam servir de base para a denúncia ou a queixa, através do inquérito policial.

O autor TOURINHO FILHO (2013, p. 229) destaca a característica nobre desta polícia judiciária:

A Polícia Judiciária exerce aquela atividade, de índole eminentemente administrativa, de investigar o fato típico e apurar a respectiva autoria. É o conceito que se infere do art. 4º do CPP. Contudo, o art. 144, § 1º, IV, e § 4º, da CF distinguem as funções de apurar as infrações penais e as de Polícia Judiciária. Já que houve tal distinção, é lícito afirmar, nos termos do § 4º do art. 144 da Lei Maior, que às Polícias civis, dirigidas por Delegados de Polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de investigar as infrações penais e sua respectiva autoria, bem como fornecer às Autoridades Judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; realizar as diligências requisitadas pela Autoridade Judiciária ou Ministério Público; cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades competentes; representar ao Juiz no sentido de ser decretada a prisão preventiva ou temporária; representar ao Juiz no sentido de se proceder ao exame de insanidade mental do indiciado; cumprir cartas precatórias expedidas na área da investigação criminal; colhe a vida pregressa do indiciado; proceder à restituição, quando cabível, de coisas apreendidas, realizar as interceptações telefônicas, nos termos da Lei n. 9.296, de 24-7-1996 etc.

De acordo com Aury Lopes Jr. (2015, p. 117-118):

A polícia brasileira desempenha dois papéis (nem sempre) distintos: a polícia judiciária e a polícia preventiva. A polícia judiciária está encarregada da investigação preliminar, sendo desempenhada nos estados pela Polícia Civil e, no âmbito federal, pela Polícia Federal. Em regra, nenhum problema existe no fato de a polícia civil estadual investigar um delito de competência da Justiça Federal (como o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e demais delitos previstos no art. 109 da Constituição); ou de a polícia federal realizar um inquérito para apuração de um delito de competência da Justiça Estadual. Contudo, em geral, a atuação de cada polícia tende a limitar-se ao âmbito de atuação da respectiva Justiça (Federal ou Estadual).

Neste tocante, encontra-se o inquérito policial que deve ser compreendido com um instrumento administrativo, por tanto, visualizado como sendo um processo administrativo,

sobre a finalidade do inquérito policial destaca-se o entendimento do autor TOURINHO FILHO (2013, p. 229):

Qual a finalidade do inquérito policial? Pela leitura de vários dispositivos do CPP, notadamente o 4º e o 12, há de se concluir que o inquérito visa à apuração da existência de infração penal e à respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que o autorizem a promovê-la. Apurar a infração penal é colher informações a respeito do fato criminoso. Para tanto, a Polícia Civil desenvolve laboriosa atividade, ouvindo testemunhas que presenciaram o fato ou que dele tiveram conhecimento por ouvirem a outrem, tomando declarações da vítima, procedendo a exames de corpo de delito, exames de instrumento do crime, determinando buscas e apreensões, acareações, reconhecimentos, ouvindo o indiciado, colhendo informações sobre todas as circunstâncias que circunvolveram o fato tido como delituoso, buscando tudo, enfim, que possa influir no esclarecimento do fato. Apurar a autoria significa que a Autoridade Policial deve desenvolver a necessária atividade visando a descobrir, conhecer o verdadeiro autor do fato infringente da norma, porquanto, não se sabendo quem o teria cometido, não se poderá promover a ação penal. Na verdade, sendo desconhecido o autor do fato infringente da norma, não poderá o órgão do Ministério Público ou o ofendido, se se tratar de crime de alçada privada, dar início ao processo, vale dizer, ingressar em juízo com a denúncia ou queixa, pois o art. 41 do CPP, por razões óbvias, exige, como um dos requisitos essenciais para a peça vestibular da ação penal, a qualificação do réu ou, pelo menos, esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, sob pena de ser a denúncia ou queixa rejeitada por manifesta inépcia formal.

Percebe-se, a importância do inquérito policial para a construção da denúncia ou da queixa, funcionando esse instituto como sendo à base de apuração da existência ou não de infração penal. Com isso, entende-se a importância da imparcialidade, por parte, da autoridade policial, pois os resultados do inquérito policial serviram de norte para a futura ação penal.

A imparcialidade da autoridade policial é requisito básico para o cumprimento da função jurisdicional do Estado. Embora, seja o inquérito policial peça meramente informativa é necessário para a propositura da ação penal um suporte fático, pois, está em jogo à liberdade individual do cidadão.

Outrossim, é oportuno comentar que a natureza administrativa do inquérito policial o afasta de alguns princípios inerentes ao processo, como exemplo, o contraditório e a ampla defesa, mas acredita-se que a imparcialidade não poderá ser afastada, pois é primordial para a segurança jurídica.

3.3.3 A IMPARCIALIDADE DA TESTEMUNHA E DO PERITO

A testemunha e o perito devem ser vistos como elementos inerentes ao processo e não a uma das partes. Embora, por vezes, o perito e a testemunha sejam convocados por uma das partes, ambos surgem com a finalidade de contribuir para o processo.

Com isso, fica evidente o caráter de imparcialidade destes indivíduos no processo penal, pois sua função é contribuir para a função jurisdicional do Estado-juiz, a fim de encontrar uma solução justa para o caso concreto.

O processo penal democrático não pode ser visto como um instrumento das partes, mas como um instrumento da sociedade, por isso, a imparcialidade surge como o mecanismo capaz de interligar o conflito existente ao anseio de uma resposta justa e imparcial.

3.4 A IMPARCIALIDADE COMO PRINCÍPIO SUPREMO DO PROCESSO

A imparcialidade deve ser entendida como sendo algo totalmente diferente da neutralidade, sendo a neutralidade uma ideia utópica, pois seria como visto acima, um total isolamento do ser em relação ao meio social em que vive, por isso, algo inalcançável ao homem, tanto quanto ao julgador.

Deste modo, percebe-se que ser imparcial não significa ser neutro, pelo contrário, a imparcialidade permite ao observador a real compreensão da sua formação subjetiva e de seus conceitos, com isso, poderá o julgador tomar a distância necessária em relação aos interesses das partes envolvidas no processo judicial, sem que venha a ser contaminado.

Esse afastamento é essencial para o devido processo legal, a fim de buscar uma decisão justa e tentar realizar um juízo imparcial. O juiz deve agir como um terceiro indiferente às pretensões das partes, ou seja, o seu interesse deve estar limitado a aplicação do direito, diante do caso concreto.

Destarte, a imparcialidade deve ser aplicada não somente pela jurisdição exercida pelo Estado, mas também no âmbito do Direito Privado, através, da arbitragem que obedece a uma estrutura imparcial. Com isso, não se pode observar a imparcialidade como uma característica da jurisdição, pois, é encontrada em outros meios de solução de conflitos.

Neste diapasão, deve se entender a imparcialidade como sendo um valor ou um princípio. Tal entendimento fica explícito a luz da lição do professor MAYA (2014, p. 100):

Segundo Trujillo, imparcialidade é não apenas um valor instrumental relacionado à ideia de Justiça, e, por isso, estruturante da própria função jurisdicional, mas em si um direito subjetivo fundamental, em que o bem jurídico tutelado é a existência e o correto funcionamento do ordenamento

jurídico. Não há apenas um interesse à imparcialidade, mas um direito subjetivo de ser julgador por um tribunal imparcial.

Destaca-se, que a imparcialidade é vista com um direito fundamental de primeira relevância, podendo ser extraída a sua característica de valor estruturado da função jurisdicional, ou seja, o comportamento que o Estado deve ter para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, tendo um norte para a conduta dos magistrados.

O valor é entendido como algo que está caracterizando sua qualidade, o que pode ser feito de forma classificatória ou comparativa. Nada obsta que no âmbito jurídico ocorra essa diferenciação por caráter valorativo. Com isso, a imparcialidade tem a característica de algo inerente à noção de processo.

Ocorre que, essa característica, também aproxima a imparcialidade do sentido de princípio, conforme compreensão do professor MAYA (2014, p. 102):

Essa aproximação entre valor e princípio, aliás, é reconhecida por Alexy, para quem ambos os conceitos estão intimamente relacionados, a ponto de afirmar que “a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores”. Segundo o autor, princípio é um conceito deontológico, pois traduz razões para juízos concretos de dever ser, são normas formadas por mandamentos de otimização que ordenam que “algo deva ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Diante do exposto, seria a imparcialidade um dos melhores valores, ou seja, o preferido dentre os possíveis a serem adorados no exercício da atividade jurisdicional, quanto ao modelo de princípio tem o seu vínculo destinado ao comportamento dos magistrados.

De acordo com o entendimento do professor MAYA (2014, p. 102-103) o que importa é o deve ser, diante da conceituação da imparcialidade como sendo um princípio supremo:

Nesse contexto, considerando, conforme observação de Alexy, que no direito o que importa é o deve ser, entendemos mais adequado conceituar imparcialidade como um princípio supremo do processo, consoante entendimento de Aragoneses Alonso, pois dela decorre uma vinculação da conduta dos magistrados, que devem comporta-se na condução do processo como terceiros alheios aos interesses das partes. Esse o padrão a ser observado, o comportamento a ser adorado, o mandamento de otimização que se depreende da compreensão do processo como uma estrutura heterônoma de reparto, como condição de legitimidade da atividade jurisdicional.

Neste entendimento, a imparcialidade é vista como um princípio supremo do processo, devido sua funcionalidade e seu valor institucional, pois, o magistrado deve sempre agir como um terceiro alheio aos interesses da parte, na busca pela decisão mais justa e imparcial possível.

A imparcialidade funciona como um mecanismo para garantir que o Estado-juiz vá cumprir o seu objetivo jurisdicional, de forma que a sociedade possa encontrar as portas da justiça não um ar de neutralidade, mas de imparcialidade. Essa diferenciação é fundamental, por isso, foi realizada no presente trabalho.

Assim sendo, tem-se a real importância da imparcialidade para o processo penal, pois, como visto antes, o processo penal trabalha com a aplicação de penas que podem vir a restringir um dos bens mais valiosos a liberdade, posto isso, fica evidente o caráter valorativo e principiológico da imparcialidade para o processo penal e, principalmente, com base para a justiça.

A justiça não pode ser alcançada se o magistrado sai do estado de terceiro interessado e passa a ser parte interessada, por isso, a seguir será demonstrada a insegurança jurídica criada com o afastamento da imparcialidade do magistrado no processo penal e, conseqüentemente, a perda do caráter funcional da atividade jurisdicional do estado, qual seja, o de resolver os conflitos apresentados pela sociedade da forma mais imparcial e justa possível.

3.5 A INSEGURANÇA JURÍDICA CRIADA COM O AFASTAMENTO DA IMPARCIALIDADE

Conforme foi apresentado a imparcialidade tem um papel fundamental no processo penal, seja pelo seu caráter valorativo, seja pelo caráter principiológico deste importante instituto do ordenamento jurídico brasileiro.

É certo que, por vezes, essa imparcialidade é afastada com a utilização de outro instituto estudado no presente trabalho, qual seja, o da prevenção.

Ocorre que, quando o juiz tem sua competência definida pela prevenção, conforme visto acima, tal fato é devido pela circunstância do primeiro magistrado que tomou ciência de algum ato ou procedimento. Sendo que, por vezes, esses atos ocorrem antes mesmo de existir um processo, ou seja, na fase de inquérito, seja pela análise de um relaxamento de prisão, seja pela concessão de uma fiança, seja pelo conhecimento de um remédio constitucional, seja pela simples decretação de quebra de sigilo telefônico ou fiscal.

Assim sendo, o magistrado toma para si a análise de circunstâncias ou provas inerentes ao processo, antes mesmo dele existir. Outrossim, essa análise faz com que o juiz deixe de ser um terceiro imparcial e venha a se tornar parcial, pois, toma conhecimento de fatos inerentes ao processo administrativo.

No entanto, entende-se a importância da prevenção como sendo um instituto para decretação da competência jurisdicional do magistrado, mas esse juiz preventivo torna-se, também, parcial. A análise de circunstâncias inerentes ao processo, antes dele existir, podem criar um juízo parcial e influenciado pela análise de provas antes da existência de um processo propriamente dito.

Deste modo, não se pode imaginar um magistrado que julga um pedido de decretação de prisão ou liberdade provisória como sendo imparcial durante as próximas fases do processo, pois, para julgar esses atos o juiz deve tomar conhecimento de provas inerentes ao processo que vão fundamentar sua decisão, mas que, também, vão torná-lo um magistrado parcial.

É compreensível o julgamento de determinados atos antes da existência de um processo, ou seja, na fase de inquérito, mas não se pode esconder a necessidade de criação de mecanismo que possa desvincular o juiz que vai julgar determinados atos, na fase de processo administrativo, do juiz que vai julgar o processo propriamente dito.

O afastamento da imparcialidade, pela prevenção, vem a criar uma insegurança jurídica, pois, não há como ocorrer um devido processo legal sem que o juiz seja imparcial. Com isso, é fundamental a correção dessa problemática que vem ocasionando o afastamento da função base da Justiça, qual seja, a de permitir uma resposta justa à sociedade diante do caso concreto apresentado.

Não é possível no processo penal, que tem a função de determinar ou modificar a utilização de um dos bens mais preciosos: a liberdade, existir erros. Os erros podem ocasionar uma injustiça social que vai de encontro ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, comentado no presente trabalho.

Percebe-se, que o afastamento da imparcialidade vem a ferir dois princípios básicos do processo penal brasileiro, qual seja, a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal, por isso, deve-se manter uma atenção quanto à problemática apresentada na pesquisa. O homem está fadado aos erros, que são inerentes à natureza humana, mas não se pode conviver com erros que podem ser corrigidos com soluções simples.

O entendimento é que o Estado, assim como as leis, foi criado para promover uma atmosfera de paz, mesmo sendo privando o homem de algumas liberdades, nesse entendimento caminha a observação de BECCARIA (2009, p. 31):

Leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdades, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação e o Soberano é seu legítimo depositário e administrador. Não bastava, porém, formar esse repositório. Era mister defendê-lo das usurpações privadas de cada homem, em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do escrínio a própria porção, mas também usurpar a porção dos outros. Faziam-se necessários *motivos sensíveis* suficientes para dissuadir o despótico espírito de cada homem de submergir as leis da sociedade no antigo caos. Essas são as penas estabelecidas contra os infratores das leis.

Esse entendimento traz consigo a ideia central da união dos homens em sociedade e a criação das leis e das penas, com a finalidade de manter a ordem social e a paz. Ocorre que, a aplicação desta pena, com a finalidade de coibir o avanço ao afronto as leis, não pode se sobrepor aos princípios básicos existentes.

Quando ocorre esse afastamento da imparcialidade do magistrado, que torna-se parcial, todo avanço no campo e na luta pela garantia de direitos e deveres é afastada também, pois, não é possível conviver em um Estado Democrático de Direito em que o representante da justiça aplica as leis de forma parcial, quando deveria agir como um terceiro imparcial.

Assim sendo, sem a pretensão de apresentar uma solução definitiva para a problemática apresentada buscasse um instituto ou medidas que possam reduzir os danos causados pelo afastamento da imparcialidade no processo penal. Por isso, tem se o próximo capítulo abordando o instituto do Juiz de Garantias, ou juiz de controle de garantias, ou, ainda, um juiz de controle da legalidade da investigação preliminar.

4 O JUIZ DE GARANTIAS

4.1 A PREVENÇÃO NO PROCESSO PENAL

A regra de prevenção na legislação ordinária está presente no Código de Processo Penal, no artigo 83, que retrata a prevenção como aquele juízo que primeiro tomou contato com o fato, veja:

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.

Assim sendo, tem-se a prevenção como um foro subsidiário ou sendo retratada como regra de fixação de competência, a escolha vai depender do caso concreto, ou seja, quando não se souber onde se deu a consumação do delito ou na dúvida quanto aos limites territoriais de duas ou mais comarcas.

O professor MAYA (2014, p. 109-110) comenta a cerca do primeiro ponto a ser destacado em relação ao instituto processual em comento:

O primeiro ponto a ser destacado, em relação à regra processual em comento, diz respeito à distinção que deve ser estabelecida entre igualdade de competência e jurisdição cumulativa. Com efeito, fossem sinônimas, não teria o legislador feito expressa referência a ambas as hipóteses. A propósito, leciona Frederico Marques haver jurisdição cumulativa nos casos em que dois ou mais magistrados são competentes para o processo e julgamento de determinado fato penal não apenas em razão da matéria, mas também em razão do local, justamente por pertencerem à mesma circunscrição judiciária. É o caso, por exemplo, das quatorze varas criminais do Foro Central de Porto Alegre, as quais, abstratamente, possuem a mesma competência *ratione materiae* e *ratione loci*. Por outro lado, tem-se igualdade de competência quando, embora idênticas as atribuições de dois ou mais juízes em razão da matéria e do local, pertençam eles a diferentes comarcas, o que se verifica nos casos de infrações penais cometidas no limite territorial entre duas jurisdições, ou nos casos de delitos continuados e permanentes, cujos atos constitutivos tenham sido praticados em diferentes comarcas, bem como nos casos em que o réu tenha duas ou mais residências, ou que não possua residência certa, e, ainda, quando, nas hipóteses de conexão e continência, diante do concurso entre jurisdições da mesma categoria, não seja possível determinar o foro prevalente. (MARQUES, José Frederico. Da competência em matéria penal... p. 252-253) Essa distinção, contudo, não é pacífica. Em sentido diametralmente oposto, Tourinho Filho afirma existir igualdade de competência nos casos em que o magistrados têm a mesma competência em razão da matéria em razão do lugar, pois integrantes de uma mesma comarca e jurisdição cumulativa nas hipóteses em que, embora possuam eles idêntica competência *ratione materiae* e *ratione loci*, integram comarcas distintas. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. v. II. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 134-135)

Com isso, percebe-se ocorrer uma divergência conceitual entre a igualdade de competência e a jurisdição cumulativa. Isto posto, encontra-se a solução no próprio Código de Processo Penal que retrata em seu artigo 75, o seguinte *‘A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz*

igualmente competente.’ A redação do artigo, por si só, vem a sanar qualquer tipo de dúvida, uma vez que entende-se que a igualdade de competência está para dois ou mais juízes com idêntica função em razão da matéria e do local, na mesma comarca. Enquanto que, a jurisdição cumulativa retrata a mesma situação, mas com magistrados de diferentes circunscrições judiciárias.

Uma problemática surge quanto a definição da prevenção com sendo um critério subsidiário ou de fixação de competência. Sendo certo que essa problemática apenas coloca a prevenção em segundo ou primeiro plano, quando na verdade é importante que se tenha o real valor desse instituto para o processo penal.

Quando a prevenção molda-se como foro subsidiário, ela atua nos casos onde não se pode determinar onde se deu a consumação do delito ou quando não for possível determinar o domicílio ou residência do réu, neste diapasão encontra-se o artigo 72, § 2º, Código de Processo Penal, *‘Art. 72. Não sendo conhecido o lugar da infração, a competência regular-se-á pelo domicílio ou residência do réu; § 2º Se o réu não tiver residência certa ou for ignorado o seu paradeiro, será competente o juiz que primeiro tomar conhecimento do fato.’*

A prevenção é um critério muito subjetivo do processo penal, isso porque, pode determinar o juiz que vai tramitar o processo antes mesmo de existir um processo. Essa característica da prevenção é dos fatores que podem levar a um juízo parcial, ou seja, afastar a imparcialidade do juiz no momento que toma para si conhecimento de circunstâncias do caso, antes mesmo dele tornar-se um processo.

Nesse tocante o professor MAYA (2014, p. 118-119) coloca alguns exemplos sobre esse prévio conhecimento do magistrado:

Assim, a exemplo da decretação de prisão preventiva, ato jurisdicional nitidamente decisório que exige do magistrado a formação de uma convicção prévia sobre o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, também a decisão de homologação da prisão em flagrante – por força do disposto no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal –, a decisão que defere ou indefere mandado de busca e apreensão (artigos 240 a 250 da Lei processual), as decisões sobre a prisão temporária, a interceptação telefônica e a quebra de sigilos bancário e fiscal, e também as decisões acerca das medidas assecuratórias de sequestro, hipoteca e arresto, implicam a determinação da competência pela prevenção do juízo, pois exigem do magistrado um prévio conhecimento sobre a matéria objeto de futura ação penal, inerente ao exercício da função de garantidor dos direitos individuais desempenhada pelas autoridades judiciais na fase pré-processual.

Ora, ficam evidenciados as diversas circunstâncias em que o juízo será convocado a se manifestar na fase pré-processual, por sua vez, terá acesso a diversos elementos antes mesmo de ser instaurado um processo judicial, ou seja, na fase que denomina-se processo administrativo ou inquérito.

Ocorre, também, a necessidade de referendar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, através do *habeas corpus* nº 88214, e do Superior Tribunal de Justiça, através do *habeas corpus* nº 108.528, qual seja, de que será prevento o juiz que primeiro toma conhecimento da causa examina os pedidos feitos pela autoridade policial, ou seja, mesmo antes do oferecimento da denúncia torna-se prevento o juiz que teve a oportunidade de se manifestar ainda na fase de inquérito policial.

EMENTA Habeas corpus. Processual penal. Competência do Juízo. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. Cautelaridade demonstrada. Alegação de excesso de prazo. Questão não analisada no Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância. Precedentes da Corte. 1. Tem prevenção para a ação penal o Juiz que primeiro toma conhecimento da causa e examina a representação policial relativa aos pedidos de prisão temporária, busca e apreensão e interceptação telefônica, nos termos do art. 75, parágrafo único, c/c art. 83 do Código de Processo Penal. 2. A análise do decreto de prisão preventiva autoriza o reconhecimento de que existe fundamento suficiente para justificar a privação processual da liberdade do paciente, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, especialmente porque se constatou, através da interceptação telefônica autorizada judicialmente, que o paciente estava envolvido com o extravio de processo relativo a tráfico ilícito de entorpecentes e, também, na tentativa de utilização de testemunhas que faltariam com a verdade. 3. A questão relativa ao excesso de prazo não foi examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, o que impossibilita a sua análise, nesta sede, sob pena de indevida supressão de instância. 4. Habeas corpus denegado. (HC 88214)

EMENTA. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DELEGADO QUE CAPITULA A CONDUTA COMO LESÃO CORPORAL. INQUÉRITO DISTRIBUÍDO À VARA DO TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. PREVENÇÃO. POSSIBILIDADE DE O JUIZ E O MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO SE VINCULAREM À CAPITULAÇÃO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. MODUS OPERANDI. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA. Mesmo antes do oferecimento da denúncia o Juiz torna-se prevento para a análise e julgamento do processo se teve a oportunidade de se manifestar, na fase do inquérito policial, sobre a regularidade da prisão em flagrante delito. Se ainda não foi oferecida denúncia nos autos, não há que se falar em vinculação do Juiz à capitulação sugerida no inquérito policial. O modo como o crime foi praticado denota a real periculosidade do agente, bastando como fundamento à necessidade de mantê-lo segregado cautelarmente. Ordem denegada. (HC 108.528)

Assim sendo, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionando de forma pacífica quanto aos remédios de natureza constitucionais, ou seja, tais, também, devem seguir a natureza do instituto em comento, qual seja, o da prevenção.

Ocorre que, no direito sempre há exceções e o instituto em comento não fugiria a regra, por isso, em sentido contrário, não será possível prevenir a competência do juízo nas decisões que versarem sobre a mera prorrogação de prazo para a conclusão do inquérito policial. Esse entendimento se deve ao fato de não incidir a competência em decisões que se limitam a impulsionar o andamento das investigações, isso porque, estão desprovidas da necessária relação de independência com o mérito da futura ação penal.

Neste diapasão, destaca-se que o presente trabalho versa sobre uma prevê análise do instituto da prevenção, pois, o mesmo é à base da confusão jurídica quanto a imparcialidade do juiz, mas não se esgota as inúmeras possibilidade do mundo jurídico quanto ao instituto, necessário seria um trabalho próprio sobre o instituto para que pudesse comentar tudo acerca deste fenômeno jurídico.

A prevenção deve ser analisada como um instituto que vem, por vezes, a definir a competência do juízo, antes mesmo de existir um processo ou uma ação penal. Por vezes, este instituto permite que o magistrado possa conhecer das provas e de outros elementos antes de existir um processo.

É fato que essa dinâmica criada pela prevenção faz nascer, também, uma insegurança jurídica, uma vez que o juiz deixa de ser um terceiro imparcial e passa a ser parcial com o conhecimento de detalhes inerentes ao processo, sem que haja um processo.

Com isso, finaliza-se o estudo da prevenção que é o causador da problemática envolvendo a imparcialidade, com isso, se faz necessária a criação de mecanismos que possam reduzir os danos causados pela prevenção. É assim que se passa para o próximo item que versa sobre o juiz de garantias como perspectiva de redução de danos.

4.2 O JUIZADO DE GARANTIAS COMO PERSPECTIVA DE REDUÇÃO DE DANOS

No início do presente trabalho foi abordada uma breve análise dos princípios fundamentais ao processo penal, com isso, pode se evidenciar que o processo penal decorre de um sistema de enunciados normativos que visam orientar à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Ocorre que, alguns autores, como Frauzi Choukr, entendem não haver solução viável para a problemática abordada no presente trabalho, inclusive, sendo preciso, no entendimento do autor, uma reforma estruturante no processo penal, afim, de garantir uma orientação privilegiada a função garantidora do poder Judiciário, em especial ao tocante a investigação preliminar.

Conforme detalhado anteriormente essa investigação preliminar, por vezes, torna o juiz parcial, pois, decorre do conhecimento de provas e detalhes inerentes ao processo, antes mesmo, de existir um processo.

O magistrado tem a função de garantir ao acusado julgamento eficaz e justo, de forma que não deve se imaginar um juiz que sai da posição de independência e imparcialidade e assuma a posição de interessado, perante as partes. A insegurança jurídica decorrente do descumprimento do juiz natural é incalculável.

Decorre deste pensamento o entendimento de MAYA (2014, p. 195-196):

Com uma maior amplitude, Scarance Fernandes observa que decorre exatamente da cada vez mais próxima relação entre indivíduos e Estado a “necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista”, e refere, como exemplo delas, os diplomas protetivos de direitos humanos firmados após as guerras mundiais. Segundo o autor, agora especificamente sobre a problemática atuação do juiz na investigação criminal, a tendência verificada nas legislações europeias parece ser a de atribuir a supervisão da atividade de investigatória ao Ministério Público, afastando-se, com isso, o juiz da atividade de colheita de elementos informativos voltados a sustentar a propositura da ação penal, com o que resta afirmada a “busca por um sistema acusatório mais apurado”.

Geraldo Prado, por sua vez, observa que essa *acusatoriedade real* depende diretamente da efetiva imparcialidade do julgador, cuja tarefa deve ser compreendida como sendo “fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante”. Segundo autor, tomando como ponto de partida a opção democrática da Constituição vigente, “o processo como instrumento da jurisdição representa uma primeira garantia, em razão de que outras hão de operar, especialmente a imparcialidade e independência do juiz”.

Neste diapasão, não resta dúvida que a função primordial da atividade jurisdicional penal, no atual modelo constitucional, é o de garantir os direitos fundamentais, tendo o magistrado a função de garantir, em todo o processo, mas em especial da fase de investigação, o real efetivo das liberdades individuais.

Faz-se, necessário, garantir desde logo, ou seja, na fase de investigação, os direitos constitucionais, pois, com isso, caminha-se a passos largos para o avanço do processo penal como sendo um garantidor, construindo uma nova postura ética do Estado.

A problemática decorre, justamente, desta aproximação, conforme esclarece MAYA (2014, p. 196):

O paradoxo, contudo, decorre do fato de que é exatamente o exercício dessa função de garantidor dos direitos fundamentais do suspeito, no decorrer da investigação preliminar, como visto no tópico anterior, o que, ao exigir, do magistrado, uma efetiva aproximação para com o material informativo colhido no inquérito policial, lhe retira a imparcialidade exigida para a posterior condução do processo e emissão de uma decisão de mérito. Não há como, de fato, verificar a *existências de provas* do crime, de *indícios veementes* da procedência ilícita de bens, de *fundadas razões* que indiquem a necessidade da interceptação telefônica, ou mesmo a sua *imprescindibilidade*, ou, ainda, se convencer da *certeza* da infração, sem se contaminar subjetivamente com os argumentos formulados pela autoridade policial ou pelo Ministério Público e com os próprios elementos indiciários que dão suporte às medidas cautelares postuladas. A exigência de que o juiz analise detidamente tais elementos para verificar a legitimidade da medida proposta, e, principalmente, de que fundamente sua decisão indicando os motivos do seu convencimento, é por si só incompatível com a ideia de distanciamento e, portanto, com a manutenção da imparcialidade.

O juiz utiliza da sua razão e, por vezes, da sua emoção, por tanto, não é cabível o entendimento de que o magistrado encontra-se apto a continuar demandado em processo, onde já utilizou-se de suas prerrogativas jurisdicionais, ou seja, não é exagero acreditar que o juiz perdeu sua imparcialidade.

Com isso, fica evidenciado que o magistrado quando atua na fase de investigação toma para si os conhecimentos de elementares inerentes ao processo, por tanto, realiza, por si só, um juízo de valor, ainda que internamente, tal fato, vai de encontro com os preceitos do princípio do juiz natural e da própria imparcialidade do magistrado.

Não se configura, neste momento, um desejo do magistrado em se tornar parcial ao processo em análise, mas é forçado pelas circunstâncias apresentadas a tomar uma decisão que é fundamentada pela sua razão e emoção, através de uma simples análise da lei junto ao caso concreto.

Inclusive, o duplo grau de jurisdição garante ao cidadão a reanálise de seu processo, a qual sofrerá uma decisão, por uma instância superior. A legislação não permite que o próprio julgador realize uma reanálise de sua decisão, pois, acredita-se que já fora tomada a decisão com fundamento naquilo que foi apresentado, ou seja, o juiz já saiu do estado de inércia,

típico do magistrado imparcial, e tomou para si a decisão de se posicionar em relação a pensamento de uma das partes.

Assim, ocorre com as decisões de caráter investigativos, já demonstradas neste trabalho, ou mesmo a simples análise de um remédio constitucional, que pela prevenção torna o juiz competente para julgar toda a demanda vindoura.

Neste diapasão, deve se entender que o juiz que venha a proferir uma decisão na fase de investigação não será competente para presidir a instrução processual e, conseqüentemente, proferir uma sentença de mérito.

Com isso, será necessário considera-se o instituto da prevenção pelas às avessas da atual previsão legal, ou seja, como causa de exclusão da competência, indo em contrario senso ao nosso ordenamento jurídico predominante, inclusive, em lei.

O instituto da prevenção, já comentado, deveria ser revisto e ter a sua função modificada para que pudesse ocorrer a exclusão da competência com a utilização deste instituto, a fim de garantir a imparcialidade do magistrado. Embora, reconheça-se, que o simples contato do magistrado com os elementos da investigação não vão torna-lo imparcial, mas a vindoura decisão, que muito se assemelha a uma sentença meritória, poderá ocasionar o afastamento da imparcialidade do magistrado.

Mas, poderá a solução ocasionar uma problemática quanto ao procedimento dos crimes de menor potencial ofensivo, adotado no sistema jurídico brasileiro como procedimento sumaríssimo.

Destaca-se, não ser o reconhecimento da prevenção como causa de exclusão de competência a solução definitiva, conforme expõem o MAYA (2014, p. 198):

Daí, pois, pensarmos não ser o reconhecimento da prevenção como causa de exclusão da competência, por si só, uma alternativa suficiente à otimização da garantia da imparcialidade. Melhor resultado poderia ser alcançado com a adoção do instituto do *juiz de garantias*, consistente na atribuição exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, da competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase pré-processual, com a conseqüente exclusão da competência desse magistrado para a sequência da persecução penal sob contraditório.

Assim sendo, entende-se que a modificação no instituto da prevenção, por si só, não vem a surtir os efeitos desejados, a fim de minimizar os danos causados, sendo necessário criar um juiz de garantias. Esse juiz de garantias é explicado pelo professor MAYA (2014, p. 198):

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.

Assim, ao serem centralizadas a análise e a decisão de todos e quaisquer medidas restritivas das liberdades individuais em um específico órgão jurisdicional, competente apenas para a tutela da legalidade das medidas investigatórias, retirando-se desse magistrado a competência para atuar na instrução criminal e depois sentenciar, se está, a um só tempo, eliminando o casuísmo decorrente da compreensão da prevenção como regra de exclusão de competência e, também, potencializando a eficácia da garantia da imparcialidade. O instituto do juiz de garantias aparece, aqui, como um instrumento de conformidade constitucional da atuação jurisdicional na fase pré-processual.

Entende-se, que esse juiz de garantias, também, irá preservar os direitos fundamentais do acusado, pois, não se pode imaginar um processo penal democrático onde não seja respeitado todos os direitos inerentes a dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, esse juízo de garantias irá proporcionar a segurança jurídica adequada, pois, será competente para analisar o que couber sobre a investigação criminal e a depender da forma como seja criado poderá ser competente para autorizar a concretização das medidas cautelares inerentes ao processo penal.

Ademais, tem-se o entendimento de que finalizado a investigação preliminar e iniciado o procedimento de instrução e julgamento cessará a competência, deste juízo, e outro será competente para julgar a demanda. Com isso, pode-se garantir a imparcialidade do magistrado, pois, aquele que atuou na investigação preliminar, não atuará na fase processual de instrução e julgamento.

Com isso, poderá ser levantada a hipótese de que essa divisão irá prejudicar a análise dos processos, pois, o juízo que participou da fase de investigação preliminar não é o mesmo que vai julgar, no entanto, não é papel do magistrado conhecer das provas antes da existência de um processo, pois, teríamos um grave vício principiológico, qual seja, o do contraditório e da ampla defesa, a parte contrária não teria a oportunidade de se manifestar.

O juiz de garantia permite que um magistrado competente tome conhecimento de todas as elementares do processo no momento adequado e oportunizando a parte contrária o direito de se defender, e não como ocorre atualmente, que quando o juiz vai iniciar a instrução

e julgamento já tem conhecimento de todas as provas, pois, participou, inclusive, da sua produção.

O Estado-juiz foi criado para analisar a problemática e se posicionar em conformidade com os princípios e a lei, o papel de investigar e produzir provas é das partes, que devem levar ao magistrado o maior número possível de indícios que venha a confirmar aquilo que está sendo pretendido.

Esse instituto surge como um instrumento adequado para a fase pré-processual e em total conformidade com os direitos e garantias fundamentais, tornando-se um excelente mecanismo jurisdicional. O divisor de águas entre o juízo de garantias e a fase processual é o recebimento da denúncia ou da queixa sendo, com isso, a divisão entre a fase pré-processual e a processual propriamente dita.

Retrata-se, a importância deste instituto para o devido processo legal, pois, surge como um possível minimizador de danos, quando cria um juízo específico para investigação preliminar, tornando o juiz da fase processual, totalmente, inerte quanto à produção de provas.

O processo penal poderá finalmente contar com o magistrado imparcial, sendo que, não se pode garantir a total imparcialidade do magistrado, que deve ser vista como utopia, por isso, mesmo que o juiz de garantias surja como um reparador de danos, mas a imparcialidade plena depende, também, de outros aspectos, como exemplo, investimentos na formação dos magistrados com a finalidade de mostrar o seu real papel na sociedade e no Estado Democrático de Direito, sendo o responsável por dar uma resposta justa e imparcial à sociedade, frente aos problemas levados às portas das Justiças.

4.3 A ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 156/2009

O professor MAYA (2014, p. 203) instituiu uma breve análise sobre o projeto de lei 156/2009:

Elaborado por uma comissão especificamente nomeada para a finalidade de reformar o Código de Processo Penal na sua íntegra, adequando, com isso, a legislação adjetiva aos atuais padrões democráticos oriundos da Constituição Federal de 1988, o Projeto de Lei 156/2009 começa referindo, na sua exposição de motivos, que “Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O *garantismo*, quando consequente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado”.

O projeto surge como uma alternativa para instituir o juízo de garantias no sistema jurídico pátrio, passando, conforme foi mencionado no início do trabalho, pela reformulação do Código de Processo Penal. Com isso, o instituto do juiz de garantias será regulado no Capítulo II do projeto de reforma do Código de Processo Penal, sendo mencionado em seu artigo 14 o rol exemplificativo das suas atribuições.

As atribuições deste instituto junto ao novo Código de Processo Penal visam tutelar a legalidade da investigação preliminar e proteger os direitos individuais do acusado.

Neste diapasão, o professor MAYA (2014, p. 204), comenta sobre o artigo 15:

Depois, no artigo 15 constam dois pontos de destacada importância. O primeiro deles, ao dispor estarem abrangidas na competência do juiz de garantias todas as infrações penais, excetuadas apenas as de menor potencial ofensivo, atualmente reguladas pela Lei 9.099/95, o que encontra justificativa na medida em que a prática dessas infrações enseja a lavratura de termo circunstanciado, e não a instauração de inquérito policial. Não há, nesses casos, ao menos como regra, investigação criminal, mas apenas a colheita dos dados necessários à identificação do infrator, da vítima e das testemunhas, bem como a narração resumida do fato delituoso com suas circunstâncias. Por isso, não havendo previsão de adoção de medidas investigativas restritivas de direitos individuais por parte da autoridade policial, afigura-se, em princípio, sem sentido o instituto do juiz de garantias nesses casos. Depois, na parte final do mesmo dispositivo legal, consta que a competência do juiz de garantias cessa com a *propositura* da ação penal. Impositivo notar, aqui, a referência à *propositura*, e não ao *recebimento* da denúncia ou queixa. Não será, pois, pela redação do anteprojeto em comento da competência do juiz de garantias receber a inicial acusatória, ou mesmo determinar a notificação do denunciado para apresentar resposta à acusação, em procedimentos como os previstos na Lei 11.343/06 e nos casos de crimes cometidos por funcionários públicos, pois, em tais hipóteses, a denúncia já foi proposta.

No tocante ao exposto acima, ocorre uma crítica por parte do professor MAYA acreditando que o projeto está se afastando da linha teórica proposta na sua exposição de motivos. Isto porque, o juiz de garantias deveria receber ou rejeitar a denúncia ou queixa, pelo fato deste juízo estar em contato com os elementos indiciários produzidos na fase pré-processual, conforme destaca MAYA (2014, p. 205):

Dessa forma, seria mais apropriado que o recebimento ou a rejeição da denúncia ou queixa fosse ato processual da competência do próprio juiz de garantias, visto que ele já estará em contato com os elementos indiciários produzidos na fase pré-processual, com o que se estará afastando qualquer necessidade de o juiz da instrução processual manter contato com o material informativo que compõe o inquérito policial, exceto quando para tomar conhecimento das provas ditas irrepetíveis, como são os laudos periciais, em

geral. Com efeito, se o objetivo é afastar o juiz do contato com a investigação preliminar, então outro caminho não resta que deixar a decisão sobre o início do processo penal a cargo do próprio juiz de garantias, como, a propósito, disciplina o Código de Processo Penal de Portugal, antes referido.

No ponto, destacamos que o projeto de Lei 156/2009 propõe que a decisão de recebimento ou rejeição da acusação seja proferida após a resposta do acusado, impondo ao magistrado verificar ser ou não caso de absolvê-lo sumariamente ou de declarar a extinção da sua punibilidade, o que, por óbvio, implica um atento exame das teses acusatória e defensiva, inequivocamente aproximado ao juízo de mérito.

Com isso, percebe-se que o entendimento de MAYA caminha para que o juiz de garantias seja o competente para analisar o recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa, pois, o mesmo teve contato com todos os elementos produzidos na fase pré-processual, inclusive, afastando o juiz da fase processual do contato com o material informativo que compõe o inquérito policial, com a devida exceção das provas irrepetíveis, quais sejam, os laudos periciais.

O juiz de garantias possuiria a competência para decidir sobre a admissibilidade da denúncia ou da queixa, tornando o juiz da fase de instrução e julgamento totalmente imparcial quanto a produção de provas e as informações contidas no inquérito policial.

Destaca-se, que o projeto de Lei 156/2009 retrata a necessidade de o juiz manifestar-se sobre admissibilidade da denúncia ou da queixa, apenas após o oferecimento da resposta do acusado, no caso sobre uma possível absolvição sumária do mesmo. Essa modalidade vem a colocar o magistrado em uma situação de total exame das teses acusatórias e de defesa, ou seja, indiretamente aproximando-se do juízo de mérito.

Assim sendo, o magistrado no início da fase processual, propriamente dita, tomaria ciência de todas as circunstâncias do processo para que pudesse, com isso, auferir um juízo de mérito que o moveria do estado de inércia para um estado de parte do processo, pois, de pronto tomaria uma decisão embasada na sua razão e emoção.

O projeto de lei volta a ser tema de crítica pelo professor MAYA (2014, p. 206):

A crítica, nesse ponto, fica por conta da redação do artigo 15, § 6º, na parte em que dispõe que as questões pendente serão decididas pelo juiz do processo. Aqui, tem-se claramente a possibilidade (outra – a primeira é a relativa ao recebimento da denúncia) de contaminação do juiz pelos elementos de convicção produzidos no inquérito policial, exatamente em sentido contrário ao objetivo do instituto proposto pelo projeto. Com efeito, e como já observado alhures, a decisão sobre quaisquer medidas cautelares postuladas na investigação depende do exame dos elementos dela

decorrentes e do convencimento do juiz sobre sua legitimidade. Daí que, no intuito de evitar a contaminação judicial do juiz do processo, todas as medidas devem ser apreciadas pelo juiz de garantias, e só então quando concluídas as diligências investigatórias, é que tem lugar a decisão de recebimento ou não da denúncia. Atribuir ao juiz do processo a competência para decidir sobre eventuais diligências não decididas pelo juiz de garantias é retirar qualquer eficácia do instituto proposto.

No tocante ao exposto acima, o professor MAYA retrata a necessidade do projeto de lei ser modificado, pois, não se pode imaginar que ocorrendo pendência na fase de investigação preliminar, tais deveram ser solucionadas pelo juiz do processo. Ora, o instituto em comento é criado com a finalidade de não contaminar o juiz do processo com elementares inerentes ao inquérito policial, no entanto, esse dispositivo caminha em sentido contrário ao do juiz de garantias.

Outrossim, ocorre uma contaminação pelo juiz do processo quando se atribui a ele a decisão de eventuais diligências não decididas pelo instituto do juiz de garantias, com isso, o juiz do processo terá acesso, como ocorre atualmente, aos procedimentos inerentes a fase de investigação preliminar, não surtindo o efeito desejado pelo instituto criado.

Destaca-se que, o instituto do juiz de garantias, dentro de uma reformulação do Código de Processo Penal, deve caminhar com uma reestruturação dos Códigos de Organização Judiciária dos Estados.

Encontra-se, atualmente, no ordenamento jurídico pátrio a situação de apenas um magistrado compor determinada comarca, sendo que o projeto de lei 156/2009 veda a atuação do magistrado, que atua como juiz de garantias, nas fases seguintes desse mesmo processo penal.

Com isso, necessário se faz uma readequação nas comarcas que possui apenas um magistrado, fato que pode vir a prejudicar a aplicação do instituto em comento, ressaltando que o projeto de lei 156/2009 foi modificado e não possui prazo para ser efetivado, após sua aprovação, ficando dependente de uma reestruturação do Código de Organização Judiciária dos Estados que venha a modificar a estrutura física das comarcas que na sua maioria, possuem apenas um juiz para resolver todos os conflitos.

4.4 O JUIZ DE GARANTIAS x INSTÂNCIAS RECURSAIS

No tocante as instâncias recursais, destaca-se o entendimento do professor MAYA (2014, p. 207):

Consoante analisado no capítulo anterior, vige, como regra, nos tribunais de segunda instância e nas Cortes superiores, a prevenção como regra de fixação da competência, ora do relator de determinada medida recursal ou ação penal originária julgada anteriormente, ora do próprio órgão colegiado julgador, de modo que os posteriores recursos da sentença penal condenatória, inclusive aqueles referentes à execução penal, serão julgados pelo magistrado ou pelo órgão colegiado que, no mais das vezes, conheceu e julgou o primeiro *habeas corpus* impetrado já em face de alguma medida adotada no curso da investigação preliminar.

Conforme se depreende do exposto acima, tem-se a mesma problemática do juiz de primeiro grau nas instâncias recursais, no caso em comento, encontra-se a prevenção sendo utilizado a partir da análise de um remédio constitucional, muito utilizado no processo penal, qual seja, o *habeas corpus*.

O *habeas corpus* é o mecanismo utilizado para salvaguarda a liberdade do indivíduo, seja pelo fato dela estar sendo ameaçada ou pelo fato de já ter ocorrido sua privação. Com isso, há uma insegurança jurídica na fase recursal, pois, aquele que primeiro vier a tomar ciência do remédio jurídico ou de qualquer outra elementar será, pelo instituto da prevenção, o competente a julgar posteriores recursos da sentença penal.

Cria-se, nesse momento, uma insegurança jurídica e um potencial risco da perda da imparcialidade, conforme se extrai do entendimento de MAYA (2014, p. 207):

Também nesse cenário, portanto, identifica-se um potencial risco de perda da imparcialidade dos julgadores, e, no caso, com ainda mais acentuada gravidade, na medida em que, como regra, as ações penais são decididas de modo definitivo justamente pelos tribunais de apelação. Daí justificar-se, também em definitivo a essa fase do processo penal, uma reflexão em torno de medidas aptas a emprestar efetividade ao direito de ser julgado por um *tribunal* imparcial.

Com isso, percebe-se que a imparcialidade também será prejudicada na instância recursal, pois, tem-se o instituto da prevenção presente nessa fase processual. Não se pode imaginar um devido processo legal sem que ocorra a certeza de que o indivíduo será julgado por um tribunal imparcial, inclusive, tendo o ordenamento jurídico pátrio definido que as instâncias superiores são a *ultima ratio* daquele que deseja modificar a sentença.

Necessário se faz encontrar uma solução que venha a minimizar os danos causados pela falta de imparcialidade, a fim de resgatar nos julgadores a imparcialidade inerente ao devido processo legal e ao próprio juiz natural, princípios básicos do processo penal.

A doutrina retrata a possibilidade de minimizar os danos causados, destaca-se o entendimento do professor MAYA (2014, p. 208):

Seguindo a mesma linha do juiz de garantias, uma das possibilidades no âmbito dos julgamentos colegiados da fase recursal é a criação de um *juizado de garantias*, um órgão jurisdicional inserido na estrutura dos tribunais de segunda instâncias e competente exclusivamente para o reexame de todos e quaisquer atos decisórios proferidos pelo juiz de garantias durante a investigação preliminar e, também, dos atos decisórios proferidos pelo juiz singular durante a instrução criminal. 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.

Nesse modelo, todas e quaisquer medidas jurisdicionais adotadas pelo juiz de garantias na investigação criminal, e, mais, pelo próprio juiz do processo, no curso da instrução processual, independentemente da sua natureza, seriam revisáveis, seja via *habeas corpus*, seja por recursos em sentido estrito, pelo juizado de garantias, órgão jurisdicional composto, da mesma forma como os demais órgãos colegiados que integram as Cortes recursais, por três magistrados.

No tocante em tela, retrata-se a necessidade de solucionar a problemática apresentada, com a finalidade de minimizar possíveis danos causados pela perda de imparcialidade do magistrado, inclusive, ocorrendo uma divisão entre a fase de investigação preliminar e a fase processual.

Neste diapasão, encontra-se a lógica jurisdicional do instituto em comento, pois, a criação de um juiz de garantias deve ser acompanhada do mesmo instituto na via recursal, pois, é pacífico a aplicabilidade do princípio do duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro.

Com isso, em respeito ao duplo grau de jurisdição e com solução para a problemática da imparcialidade na via recursal surge à necessidade de criação de um juizado de garantias, com a competência de reexaminar aquilo que foi julgado pelo juiz de garantias e tudo aquilo que for apresentado antes da existência de um recurso propriamente dito.

Essas medidas visam proteger a aplicabilidade do juiz natural, conseqüentemente da imparcialidade que deve ser vista como sendo uma garantia constitucional, respeitando o princípio do devido processo legal, sendo necessário garantir uma segurança jurídica para a sociedade. Não há possibilidade de encontrar uma decisão justa que não venha a respeitar os princípios inerentes ao processo penal, e a injustiça é um dos piores venenos que uma sociedade democrática pode conhecer, pois, resgata condições e situações somente

encontradas em períodos ditatoriais, onde as garantias e direitos fundamentais são oprimidos em detrimento de regime totalitário e nada democrático.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho versou sobre um instituto importante do processo penal brasileiro. O processo penal merece atenção, seja pelo fato de possuir um código da década de 50, seja pelas inúmeras emendas que foram necessárias para adequá-lo ao Estado Democrático de Direito que se vive atualmente no Brasil.

A imparcialidade do juiz é a efetivação do princípio do juiz natural garantindo um devido processo legal. Este, por sua vez, surge como um norte para os demais princípios do processo penal.

Destaca-se que, a história retrata que o homem, em constante conflito, escolheu viver em sociedade, com isso, abdicou de algumas liberdades com a finalidade de viver em paz. Isto posto, surgiu a figura do Estado para controlar as novas relações entre os membros da sociedade e solucionar os conflitos existentes.

O Estado Democrático de Direito remete a ideia de separação de poderes, ora proposta por Montesquieu, qual seja, Executivo, Judiciário e Legislativo. Mas também, retrata a necessidade de cumprir os deveres e respeitar os direitos. O Judiciário surge para afastar as ameaças ou lesões a esses direitos e garantir o cumprimento dos deveres.

A sociedade encontra na figura do Estado-juiz a solução dos conflitos, ocasionados pela violação de um direito em detrimento de outro. Com isso, surge a figura do magistrado que busca uma decisão justa para o caso concreto.

Não se pode imaginar que esse magistrado é revestido de completa neutralidade, inclusive, o presente trabalho menciona o entendimento doutrinário que entende ser a neutralidade jurisdicional do magistrado uma utopia, pois, sua capacidade humana permite que o juiz possua razão e emoção.

Por outro lado, é preciso que esse magistrado seja imparcial. A imparcialidade garante uma decisão mais próxima da perfeita definição de Justiça. Ora leitor, a justiça surge como divisor de águas, enquanto, muitos tentam aplicar a igualdade, a justiça procura tratar os iguais na medida das suas igualdades, e os desiguais na proporção das suas desigualdades, ou seja, o mais próximo da perfeição.

Assim sendo, não se pode imaginar que o magistrado, escolhido pela sociedade como o pacificador de conflitos, seja parcial. Quando um magistrado julga um procedimento na fase

de inquérito, ou seja, na investigação preliminar, ele está tomando para si um juízo de valor, inerente ao cargo que ocupa.

A imparcialidade do magistrado garante um devido processo legal e permite que as partes sejam tratadas de forma isonômica, conforme prevê a Carta Magna de 1988. O processo penal não pode conviver com a possibilidade do mesmo juiz atuar na fase pré-processual e na fase de instrução processual, colocando em risco um dos bens mais preciosos do ser humano, a liberdade.

Com isso, é necessário que seja analisado o instituto da prevenção. A prevenção deve ser entendida como um mecanismo que afasta o instituto da imparcialidade do magistrado. Por isso, é necessário que ocorra a inversão da prevenção no processo penal brasileiro, pois, não se admiti que o juiz que tomou ciência do primeiro ato de uma investigação policial, torne-se o competente para julgar todo aquele processo. É preciso que a prevenção venha a ser instituída como um critério de exclusão de competência, para que o magistrado que julgou a fase preliminar, ou seja, a investigação não possa atuar na fase processual.

Contudo, é preciso analisar a questão do procedimento sumaríssimo que, em tese, não sofreria nenhuma alteração, ou seja, ficando fora dessa exclusão de competência pela prevenção devida sua característica voltada para os procedimentos dos crimes de menor potencial ofensivo e em respeito ao princípio da celeridade.

O projeto de lei 156/2009 surge como uma possível solução, mas é necessário que ocorra uma reforma completa do ordenamento jurídico pátrio, principalmente, no tocante ao processo penal, sendo necessária uma readequação do poder Judiciário em sua estrutura física, a fim de adequar as mudanças propostas pelo referido projeto lei.

Assim sendo, destaca-se o entendimento do professor André Machado May quando relata diversas críticas ao projeto de lei 156/2009. O juiz de garantias não pode se conceber sem autonomia, conforme encontra-se no projeto de lei 156/2009. Este determina que ocorrendo dúvidas, estas serão sanadas no juízo processual. O instituto do juiz de garantias não possui competência para julgar o recebimento ou rejeição da denúncia ou da queixa.

O ordenamento jurídico brasileiro está fadado de leis que não são cumpridas ou que já nascem atrasadas devido a morosidade legislativa, não se pode avançar com a criação do juízo de garantias e retroceder na sua utilização.

É preciso conceder a esse instituto a possibilidade de minimizar os danos causados pela supressão do instituto da imparcialidade do juiz no processo penal visando a melhor forma de aproximar o magistrado da imparcialidade.

Retrata-se, a necessidade de readequação das instâncias superiores frente à problemática apresentada, pois, não adiantaria solucionar o problema na base e manter o conflito nas instancias superiores, ocorrendo um grave prejuízo ao duplo grau de jurisdição.

Porém, a necessidade de readequação deve ser analisada frente a uma solução que não venha a ser descartada pelo seu grau de dificuldade, deve-se procurar uma solução simples para resolver os problemas complexos.

Por isso, a presente pesquisa defende a criação de varas próprias para o juiz de garantias, com suas características próprias e com turmas próprias nas instâncias superiores com a finalidade de solucionar a problemática.

A demanda deverá na fase de investigação preliminar ser iniciada nestas varas específicas. Com isso, poderá o juiz de garantias proceder toda a investigação preliminar e manifestar-se sobre o aceite ou não da denúncia ou queixa. Logo após, será definido qual o procedimento a ser utilizado, comum ou especial. A exceção fica a cargo do procedimento sumaríssimo. Assim sendo, tem-se a instauração ou não da ação penal propriamente.

Desta feita, deverá ocorrer o respeito ao duplo grau de jurisdição para a turma específica na instância superior. É correto afirmar que o novo Código de Processo Penal deve retratar em capítulo próprio para o instituto em comento, mas garantido, sempre, todos os direitos e garantias fundamentais já pré-estabelecidos na Constituição Federal, não se pode imaginar esse instituto como sendo uma continuação do inquérito policial, ou seja, um procedimento administrativo, pois é sabido que o inquérito afasta diversos princípios inerentes e fundamentais.

O juiz de garantias deve ser visto como um processo, mas cuidará da construção da fase preliminar de investigação, tudo isso, visando garantir a imparcialidade do juiz no processo penal como alicerce da justiça.

O presente trabalho não visa esgotar a discussão sobre o tema, pois, é necessário que o tema seja debatido para que se possa encontrar a melhor solução. Não se pode imaginar é a continuação desta problemática *ab libitum* em nosso ordenamento jurídico.

A construção de uma sociedade avançada passa pela reformulação de antigos conceitos e a criação de novas bases, pois, o homem é um eterno ser em evolução. O direito é alcançado por essa evolução da sociedade, com isso, é preciso que ocorra uma adaptação das leis a nova realidade social.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 4. ed. rev. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 88214**, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 28.04.2009, publicado em 14.08.2009. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14714229/habeas-corpus-hc-88214-pe>. Acesso em: 15 abril 2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 108.528**, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 28.08.2008, *DJe* 15.09.2008. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20625804/habeas-corpus-hc-108528-mg-stf/inteiro-teor-110024636>. Acesso em: 15 abril 2015

CHOUKR, Frauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. Ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MOURA, Evânio. **Processo penal eleitoral: crimes eleitorais, jurisdição e competência**. Curitiba: Juruá, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VADE MECUM. **Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VADE MECUM. **Código de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.