



OS EFEITOS DA PREVENÇÃO COMO CRITÉRIO FIXADOR DE COMPETÊNCIA E OS REFLEXOS NA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

ARTIGO ORIGINAL

TERÇAROLLI, André Fini¹

TERÇAROLLI, André Fini. **Os efeitos da prevenção como critério fixador de competência e os reflexos na imparcialidade do julgador.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano. 08, Ed. 06, Vol. 02, pp. 58-73. Junho de 2023. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/imparcialidade-do-julgador>, DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/lei/imparcialidade-do-julgador

RESUMO

O presente trabalho visa analisar os efeitos, ainda que involuntários, advindos da fixação da competência por prevenção no processo penal em razão da vinculação do julgador que atuou na fase de investigação preliminar para a ação penal. Durante a etapa de apuração preliminar o juiz é convocado para proferir uma série de decisões, bem como tem contato com os elementos de informações produzidas unilateralmente sem contraditório, circunstâncias aptas à criação de uma maior predileção por aquela tese que vem sendo construída. Fatores com aptidão de gerar reflexos na fase processual em decorrência da maior proximidade do julgador com aqueles termos, de modo a rechaçar os argumentos trazidos pela parte contrária, ainda que não por vontade própria. Após analisar as questões envolvendo a prevenção e o seu comprometimento na imparcialidade do julgador, busca-se traçar uma solução para evitar os seus efeitos negativos.

Palavras-chave: Imparcialidade do julgador, Efeitos negativos da prevenção, Preservação da cognição, Inconstitucionalidade, Juiz de garantias.

INTRODUÇÃO

Na atualidade uma das principais premissas do processo penal moderno é o de estabelecer meios ou mecanismos capazes de assegurar o julgamento por um juiz imparcial. Ao se buscar condições próximas ao referido desiderado, ter-se-á espaço



para que seja proferida decisão judicial equânime e justa para solucionar os casos concretos.

Por outro lado, de acordo com o modelo processual desenhado pelo Código de Processo Penal, não obstante os avanços cunhados pela Constituição Federal de 1988, bem como as poucas alterações legislativas, ainda remonta-se aos ideais inquisitoriais, com grande influência do denominado Código Rocco (Código de Processo Penal Italiano), refletindo na organização do sistema criminal brasileiro e, principalmente, na atuação dos sujeitos processuais (MAYA, 2014, p. 01 e GIACOMOLLI, 2016, p. 87-91).

O modelo brasileiro, em sua essência, não passa de um sistema inquisitório, levando em consideração a ampla possibilidade de ingerência do julgador na atividade probatória (COUTINHO, 2009, p. 110).

Tal ideologia, embora ainda não tenha sido totalmente despida do Código de Processo Penal, não pode ser considerada superada com a simples separação das funções, o denominado *actum trium personarum*, pois somente haverá imparcialidade quando houver o afastamento do julgador da atividade probatória (gestão da prova) e a sua desvinculação dos elementos indiciários colhidos durante a investigação preliminar (COUTINHO, 2001, p. 28).

Nesse contexto, o sistema acusatório representa o único modelo democrático capaz de garantir a imparcialidade do julgador e afastar o viés autoritário do regime anterior, com a iniciativa exclusiva das partes para a gestão das provas (princípio dispositivo), restando ao julgador uma posição passiva alheia à busca do material probatório (RITTER, 2019, p. 58 e SILVEIRA, 2013, p. 27).

De acordo com a estrutura delineada pelo Código de Processo Penal, durante a etapa preliminar de persecução penal o julgador é convocado a proferir uma série de decisões complexas e invasivas a direitos fundamentais, tomando como base exclusivamente os elementos coligados unilateralmente pela Polícia Judiciária.



O contato com os elementos indiciários propicia ao juiz a formação de uma convicção provisória, ainda que involuntária, sobre a provável existência do crime e sua autoria, possibilitando que se coloque em dúvida a imparcialidade para o julgamento de mérito (SCHÜNEMANN, 2013, p. 207).

A prática de atos decisórios na fase de investigação possibilita ao julgador um conhecimento diferenciado sobre o objeto investigado e, por consequência, acaba refletindo na ação penal em decorrência de pré-juízos ou pré-conceitos sobre o objeto que será levado a julgamento, retirando o equilíbrio necessário para a condução da ação penal, pois o julgador tende a confirmar o seu posicionamento anterior, além de ser mais receptivo àqueles fundamentos, de forma a desprezar o material ofertado em sentido contrário (MAYA, 2020, p. 36-37).

A grande problemática decorre das hipóteses fixadoras da competência por prevenção, que vinculam funcionalmente o magistrado para o julgamento da ação penal, apesar da possibilidade de contaminação subjetiva derivada da etapa processual anterior, com o consequente desequilíbrio da atividade cognitiva (MAYA, 2014, p. 42).

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho parte da análise dos nefastos efeitos decorrentes da aplicabilidade da competência por prevenção frente a necessidade de se resguardar a imparcialidade do julgador, propondo soluções concretas, ou reinterpretação, a partir de institutos já previstos na legislação processual pátria.

A PREVENÇÃO COMO CRITÉRIO FIXADOR DE COMPETÊNCIA

Como adverte Frederico Marques, as “razões de ordem prática obrigam o Estado a distribuir o poder de julgar, entre os vários juízes e tribunais, visto não ser possível que um só órgão judiciário conheça todos os litígios e decida todas as causas” (MARQUES, 1953, p. 36). Assim, diante da necessidade funcional de estruturar a atividade jurisdicional, seja por conta da extensão territorial ou delimitando-a em razão de determinadas matérias e/ou pessoas, surge a necessidade de distribuir o seu



exercício a cada órgão ou grupo de órgãos que compõem o Poder Judiciário, derivando a noção de competência.

Nesse sentido, Scarance Fernandes aduz que “competência é a capacidade de exercer a jurisdição dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal e legislação ordinária” (SCARANCE, 2007, p. 107). Portanto, o exercício da atividade jurisdicional sofre certa limitação pelos critérios de competência, instituídos com a finalidade de estruturar e propiciar a prestação da atividade.

Levando em consideração as lições de Frederico Marques ao analisar os critérios de classificação de competência estipulados na Constituição Federal e na legislação ordinária, o modelo mais adequado ao ordenamento jurídico brasileiro seria a divisão tripartida, distribuída em razão material, territorial e funcional (MARQUES, 1953, p. 51).

De forma rápida, a competência funcional é fixada de acordo com as fases do processo; já a competência material é definida em razão da natureza dos fatos em julgamento; e, por último, a territorial é estabelecida de acordo com o lugar em que teria ocorrido a infração penal.

Após serem percorridas todas as etapas para a definição do juiz competente, que transcorre o plano abstrato até alcançar o órgão jurisdicional concreto (BADARÓ, 2016, p. 227). Ocorre que, no último plano, o concreto, dois ou mais órgãos jurisdicionais podem ser igualmente competentes para processar e julgar o feito, seja materialmente, pela existência de mais de uma vara criminal ou câmaras especializadas na mesma matéria, ou nos casos de crimes limítrofes entre duas comarcas, quando não se pode definir o local exato do crime, sendo tal impasse solucionado pelo critério de fixação da competência por prevenção.

De acordo com o artigo 83 do Código de Processo Penal, firmar-se-á a competência por prevenção quando concorrerem dois ou mais juízes igualmente competentes (em razão da matéria ou local), e o processo será julgado pelo que primeiro tiver praticado algum ato processual, ainda que antes do oferecimento da denúncia ou queixa.



Trata-se de uma vinculação funcional ao feito quanto ao juízo que “em primeiro lugar tomou contato com a causa” (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2010, p. 266). Apesar do aludido conceito ser altamente difundido, não atende as exigências estabelecidas no Código de Processo Penal por exigir não apenas o simples contato com a causa, mas a prática de ato ou medida concernente ao processo, por um juiz que se antecipe ao outro.

Uma das principais premissas da regra da competência por prevenção decorre da exigência legal da existência de juízos detentores da mesma competência. Na hipótese contrária, não há que se cogitar a determinação de acordo com os seus critérios, mas sim a prevalência do juiz competente sobre os demais, de acordo com o regramento em razão da matéria e/ou do lugar.

Por tais motivos compreende-se que se trata de um critério subsidiário de determinação de competência a ser utilizado quando os demais se mostrarem insuficientes para definir o juiz competente. Entretanto, há posicionamento contrário negando a qualidade de causa de determinação de competência justamente por conta da exigência legal da existência de dois ou mais juízes competentes, servindo apenas como indicador de qual juízo, entre todos os competentes, prevalecerá sobre os demais.[2]

Não obstante a aplicação do instituto somente se dê quando existirem juízos igualmente competentes, de fato, quando ultrapassado o plano abstrado de definição, a prevenção determina qual órgão jurisdicional será concretamente competente, funcionando “como regra subsidiária e auxiliar de determinação da competência exclusiva de um desses juízos, e, por consequência, de exclusão da competência dos demais” (MAYA, 2014, p. 112).

Além disso, a literalidade do artigo 83 do Código de Processo Penal pode levar à conclusão de que bastaria a prática de qualquer ato judicial para tornar o juízo preventivo. A correta exegese da norma exige a realização de atos de conteúdo decisório, contudo, restrito àqueles que mantenham uma “relação de acessoriedade” (KARAM, 2005, p. 149) com o objeto da futura ação penal por propiciar ao magistrado



um conhecimento, prévio e sumário, sobre o mérito da demanda, como nas hipóteses de decretação de medidas cautelares (reais ou pessoais) e os meios de obtenção de provas (MAYA, 2020, p. 35).

As demais medidas, realizadas com o escopo de impulsionar o andamento da investigação preliminar, sem qualquer relação com o mérito da ação principal, não possuem o condão de firmar a competência por prevenção, como são exemplos a deliberação concordando com a dilação de prazo para a conclusão do inquérito policial; a notificação para responder pedido de explicações (artigo 144 do Código Penal); etc.

IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

Deve-se levar em consideração que o processo não pode mais ser encarado como um instrumento a serviço do poder punitivo estatal, senão como limitador daquele poder e garantidor dos direitos fundamentais do investigado e/ou acusado. Como alerta Aury Lopes Júnior, “o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso” (LOPES, 2020, p. 38), funcionando como um legitimador no caminho percorrido até a prolação de eventual sentença condenatória.

Tendo em vista o papel que o juiz criminal assume na estrutura processual – de garantidor dos direitos e garantias fundamentais –, sua posição é fundamental para o equilíbrio do sistema penal. Em decorrência disso, é crucial manter sua imparcialidade para que haja legitimidade em sua atuação e se mantenha a estrutura democrática do processo penal.

Com efeito, em razão de sua importância, a imparcialidade foi elevada à marca do sistema acusatório (REALE, 2011, p. 99), à essência da jurisdição (GIACOMOLLI, 2006, p. 210) ou, como prefere Pedro Aragonés Alonso, ao “princípio supremo do processo” (ARAGONES, 1997, p. 127).

Tradicionalmente, superada a ideia de neutralidade[3], a imparcialidade sempre foi encarada apenas quanto ao seu aspecto subjetivo, representada pela condição de terceiro desinteressado ou equidistante ocupado pelo juiz (ZILLI, 2003, p. 140), seja



quanto às partes como ao objeto da ação penal. O julgador deve se manter em estado de alheamento aos interesses em jogo (RITTER, 2019, p. 69).

Nesse formato, investigar os indicativos capazes de evidenciar o comprometimento subjetivo do julgador representa tarefa extremamente árdua, isso por demandarem reflexões relacionadas a questões de convicção pessoal com determinado caso concreto. Diante das referidas dificuldades, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH, a partir do julgamento do *Caso Piersack vs. Bélgica*[4], teve a oportunidade de definir os contornos sobre a imparcialidade objetiva, consistente em verificar se o juiz oferece garantias suficientes para eliminar eventual dúvida sobre sua imparcialidade.

Seu exame parte da análise de situações concretas que possam fomentar questionamentos sobre a imparcialidade do órgão jurisdicional – acontecimentos que legitimem o temor de sua ausência – resultantes na perda de confiança da sociedade e, acima de tudo, dos acusados, desde que o receio gerado possa ser objetivamente justificado (GIACOMOLLI, 2016, p. 279).

O TEDH se orienta, nesse aspecto, pela teoria da aparência, prezando pela importância de o juiz ser imparcial no aspecto subjetivo e que também pareça ser imparcial. Nas palavras de Badaró, “se a sociedade não acredita que a justiça foi feita, porque não se garantiu ao acusado um julgamento por juiz ou tribunal imparcial, o resultado de tal processo será ilegítimo e prejudicial ao Poder Judiciário” (BADARÓ, 2016, 45).

Sintetizando a concepção de imparcialidade objetiva, o TEDH, durante o julgamento do *Caso Delcourt vs. Bélgica*, consignou que “não basta que a justiça seja feita, é preciso que seja visto que é feita” (tradução nossa)[5].

Como consequência, na hipótese de existir dúvida razoável acerca da imparcialidade do julgador, mesmo que subjetivamente possa não ter influenciado diretamente no processo, justifica-se seu afastamento dos autos (RITTER, 2019, p. 77).



OS EFEITOS NEGATIVOS DA PREVENÇÃO FRENTE A IMPARCIALIDADE

Na esteira em que foram sendo delineados os contornos da imparcialidade objetiva, o TEDH passou a analisar diversos casos concretos, questionando sua eventual afronta, entre eles o instituto da prevenção, com especial ênfase para os casos em que um mesmo juiz atua em diferentes fases processuais, como se dá no Brasil, na Espanha e na Itália, constituindo-se por uma etapa preliminar de investigação e outra de julgamento (MAYA, 2014, p. 126).

A prevenção tem por característica principal vincular o juiz ao processo por ter praticado algum ato ou medida, fixando sua competência para o futuro julgamento. Levando em consideração a forma como o Código de Processo Penal estruturou a persecução penal, composta por uma fase de investigação e outra processual, o juiz na primeira etapa pré-processual é convocado a tomar uma série de decisões, por exemplo, deliberar sobre a decretação de medida cautelar pessoal ou real, impondo que julgue ao final o processo.

Referida atuação na fase preliminar possibilita ao juiz, ainda que de forma precária e involuntária, certo conhecimento inicial sobre a culpabilidade do agente envolvido em razão da proximidade com os elementos de informação colhidos sem contraditório, podendo influenciar no futuro provimento final.

Como reflexo da formação de um juízo provisório acerca da existência do crime e da autoria, o TEDH, por intermédio da perspectiva objetiva da imparcialidade, lançando mão da teoria da aparência, fundada na concepção de que “o tribunal deve não apenas ser imparcial, mas devem, também, demonstrar ser imparcial, preservando, assim, a confiança da sociedade nas decisões jurisdicionais” (MAYA, 2014, p. 127), passou a ser questionada sobre a atuação do magistrado em fases diferentes de um mesmo processo.

Diante da possibilidade de risco concreto de quebra da imparcialidade, o TEDH, durante o julgamento do Caso *De Cubber vs. Bélgica*, firmou precedente que criou o



paradigma para o embasamento das decisões posteriores, no sentido do temor de perda da imparcialidade do julgador por ter participado da fase investigatória diante da possibilidade de ter formado sua convicção sobre a culpabilidade já naquela etapa processual. Assim, “nestas condições, é legítimo temer que, quando começarem os debates, o magistrado não disporia de uma inteira liberdade de julgamento e não ofereceria, em consequência, as garantias de imparcialidade necessárias”[6]. Assim, conclui-se pela violação da imparcialidade objetiva, fundamentada na existência de dúvidas quanto à garantia de ser imparcial.

Apesar da inclinação inicial do TEDH em inadmitir abstratamente a atuação do julgador na fase preliminar da persecução penal, com o passar dos tempos a concepção passou a sofrer certa relativização. No julgamento do *Caso Hauschildt vs. Dinamarca*[7], o Tribunal considerou que não basta a intervenção prévia do julgador na fase de investigação, deve-se analisar a natureza dos atos praticados para aferir o nível de convicção formada pelo julgador. Destarte, as decisões que demandam a construção de um entendimento próximo de culpabilidade do acusado seriam as que justificariam o temor de perda da imparcialidade objetiva (MAYA, 2020, p. 52-53).

Malgrado a nova interpretação fornecida pelo TEDH, com aptidão inclusive de gerar maior insegurança por estar apoiada em análise casuística (COMAR, 2022, p. 274), é sensível o zelo de proteção da imparcialidade em nível internacional, encarado como o verdadeiro fundamento de validade do processo (RITTER, p. 2019, p. 83-84).

No cenário brasileiro, os reflexos da definição de imparcialidade objetiva podem ser extraídos do julgamento do Habeas Corpus nº 164.494/PR realizado pelo Supremo Tribunal Federal, na ocasião foi reconhecida a imparcialidade do ex-juiz Sérgio Moro por conta da sua postura como juiz acusador em decorrência da determinação de condução coercitiva, quebra de sigilo telefônico dos advogados para monitorar e antecipar as estratégias dos defensores, divulgação de conversas obtidas em interceptação telefônica, atuação para impedir que não fosse cumprida decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, utilização de expressões abusivas em atos decisórios, levantamento do sigilo de colaborações premiadas para influenciar no pleito eleitoral e ter aceitado cargo de Ministro de Estado no Governo



de oposição. Tudo a denotar, ainda que concretamente não se possa questionar sua parcialidade, o receio ou temor de ausência da imparcialidade no aspecto objetivo, de modo a perder a legitimidade de atuação pela perda de confiança depositada em sua atuação.

Ademais, trazendo toda a evolução da jurisprudência firmada pelo TEDH para a realidade processual brasileira, sobressaem os efeitos deletérios advindos da prevenção quando confrontados com a imparcialidade do julgador, pois, como dito anteriormente, apenas os atos decisórios que mantenham uma “relação de acessoriedade” (KARAM, 2005, p. 149) com o objeto da futura ação penal vinculam o juiz ao julgamento do feito.

Ocorre que os mencionados atos são aqueles que possibilitam ao julgador um conhecimento prévio, ainda que sumário, sobre a culpabilidade do agente, ou seja, permitem a “formação precoce de um juízo acerca da ocorrência do crime e sua possível autoria” (RITTER, 2019, p. 153). Portanto, a vinculação do juiz proveniente da prevenção constitui um obstáculo à garantia da imparcialidade do julgador em seu aspecto objetivo.

Nessas hipóteses, ainda que de modo indesejável[8], não há como se preservar a atividade cognitiva do julgador, em decorrência da criação de pré-juízos derivados da sua proximidade com os elementos de informação e, principalmente, da formação inicial da convicção acerca da culpabilidade do agente, circunstâncias que, de acordo com a psicologia social, propiciam que o juiz venha a ser mais receptivo com o material probatório que confirme suas decisões anteriores, com prejuízo para as provas contrárias.[9]

Não se pode negar que “a prática de atos decisórios propicia ao magistrado um conhecimento diferenciado sobre o objeto da investigação e futura ação penal” (MAYA, p. 2020, p. 36). Nesse caminhar, a teoria da dissonância cognitiva busca analisar o comportamento de determinada pessoa frente a duas ideias divergentes (dissonantes) e, em especial, o rompimento desse estado de contradição, gerador de



um conflito interno, por meio da tomada de decisão de modo a evitar sua restauração (LOPES, 2020, p. 258 e RITTER, 2019, p. 146).

Trazendo as bases do pensamento ao processo penal, pode-se sintetizar conforme o raciocínio desenvolvido por Schünemann, quanto à necessidade de o juiz dirimir duas concepções conflitantes (teses de acusação e defesa), bem como estabelecer sua convicção sobre o objeto da ação penal, apoiando-se em uma das concepções trazidas pelas partes (SHÜNEMANN, 2013, p. 208).

Para afastar referida incongruência de pensamentos e estabilizar a atividade cognitiva, “uma vez que a leitura dos autos faz surgir uma imagem do fato, é de supor que, tendencialmente, o juiz a ela se apegará (...), isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes”(SHÜNEMANN, 2013, p. 208), resultando na preservação da posição tomada anteriormente através da superestimação dos dados e na busca seletiva de informações que confirmem as cognições prévias (LOPES, 2020, p. 258-259).

Ao decidir, o julgador assume involuntariamente o “compromisso de conservar determinada posição” (RITTER, 2019, p. 146), denominado de efeito primazia, de modo a rechaçar as atividades dissonantes. “Toda pessoa procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória. A tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz a (molesta) dissonância cognitiva” (LOPES, 2020, p. 259).

Saindo brevemente do campo teórico, vale citar a pesquisa desenvolvida por Gloeckner[10], oportunidade em que foram analisados 90 (noventa) acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, constata-se que em todas as situações processuais em que foi decretada prisão preventiva o acusado foi condenado ao final, ou reformada a decisão de primeiro grau para condenar em segunda instância, bem como teria ocorrido menção, ainda que parcial, à prisão processual nos fundamentos da decisão (GLOECKNER, 2015, p. 273-274).



Dentro dos moldes delimitados pela legislação processual penal não existe remédio para garantir a imparcialidade do julgador, de modo que apenas através de uma reforma em sua estrutura seria possível alcançar tal modelo ideal (CHOUKR , 2006, p. 93). Por essa ótica, a melhor solução para adequar o sistema se dará com a implementação do juiz das garantias, visto como meio de preservação da originalidade da cognição do magistrado durante o julgamento da ação penal.

O Direito não oferece respostas sobre a possibilidade de contaminação judicial derivada da atuação do magistrado na etapa pré-processual, passível de formar uma cognição provisória acerca da culpabilidade do investigado muito antes de iniciada a instrução processual, bem como não existem meios para se alcançar a exclusão do conhecimento previamente estabelecido.

Não há aqui, uma efetiva afetação da imparcialidade do julgador derivada dos contatos com os elementos de informação, mas apenas uma predisposição e/ou inclinação do caminho destacado, com aptidão de gerar riscos sobre a expectativa de imparcialidade depositada pela sociedade na figura do julgador.

A Lei n. 13.945/2019 implementou a criação do juiz de garantias no processo penal brasileiro, estipulando que o julgador que intervir na fase investigatória estará impedido de funcionar na etapa processual, operando-se a cisão entre os dois grandes momentos do processo penal, com o objetivo de afastar do juiz da investigação por não oferecer condições mínimas de imparcialidade. Sua criação fomentando a imparcialidade do julgador, afastando eventual contaminação decorrente do contato com os elementos de informações produzidos de forma precária durante a investigação preliminar.

Representa o juiz de garantias, espécie de competência funcional determinada por fase do processo, fixada a depender da fase da persecução penal entre órgãos jurisdicionais distintos com atribuições diversas. A competência será do juiz das garantias para atuar durante a etapa pré-processual, entre a instauração da investigação preliminar e o recebimento (ratificação) da denúncia, ficando impedido de atuar na fase judicial composta pela instrução e julgamento. Superado o



recebimento da exordial acusatória, a competência será do juiz da instrução. Conseqüentemente, o juiz que exerceu o controle da investigação policial deve ser diferente daquele que irá atuar na instrução processual.

O art. 3º-D do Código de Processo Penal criou regra de impedimento para o processo penal, justificada na necessidade de preservação da imparcialidade do julgador, impedindo que o juiz que atuou na fase de investigação preliminar possa também funcionar como juiz na instrução e julgamento.

Com a instituição do juiz de garantias, os artigos que regulam a prevenção precisam ser reinterpretados para adequá-los à nova sistemática. Em determinadas situações, a prevenção continuará funcionando como critério residual de competência aplicável até o recebimento da denúncia ou queixa-crime, voltada para definição de qual juiz de garantia será o competente entre todos os demais. Para tanto, aquele que anteceder na prática de algum ato na investigação preliminar, será o preventivo.

CONCLUSÃO

De maneira não rara, o juiz tem contato com os elementos de informações produzidos unilateralmente sem contraditório durante a fase investigativa, com aptidão de formar uma cognição inicial sobre a culpabilidade, ainda que por intermédio de um juízo provisório. A situação tende a ser agravada, quando no curso da investigação preliminar o magistrado profere decisões que tangenciam o mérito da ação penal, sopesando indícios de autoria e prova da materialidade, valendo-se, para tanto, dos elementos de investigação.

Em ambas as situações, seja pelo contato com o material coletado na investigação preliminar, ou proferindo decisões judiciais, exigem do julgador um contato muito próximo com os dados investigatórios, gerando a possibilidade de dúvidas quanto à parcialidade decorrente da contaminação inconsciente e precoce do julgador.

Nesse cenário não há como estabelecer mecanismos seguros para garantir a imparcialidade do julgador, pois, nesses casos podem incidir os negativos efeitos da prevenção, gerando o temor de dúvida quanto à parcialidade decorrente da



possibilidade de contaminação, inconsciente e precoce, do julgador pelas tomadas de decisões anteriores.

Uma das formas para se preservar a originalidade da cognição para o julgamento de mérito pode se dar através da declaração de inconstitucionalidade dos artigos 75 e 83 do Código de Processo Penal, isso por representar verdadeiro obstáculo à garantia do julgamento por um juiz imparcial ao possibilitar o desequilíbrio da relação jurídica processual pela formação de juízos prévios acerca da culpabilidade do acusado, que, como consequência, inviabilizará o exercício do contraditório e da ampla defesa ao ser mais receptivo com o material probatório que confirme sua tomada de decisão anterior, em detrimento dos elementos em sentido contrário.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus nº 92.893/ES, já ter declarado a constitucionalidade da prevenção na hipótese de um julgador que atuou na fase de investigação preliminar e depois foi relator da decisão de recebimento da denúncia, sua decisão foi tomada em sede de controle incidental e não foi apreciada com a profundidade que o tema recebe atualmente, de modo que a Corte apoiou seus fundamentos apenas com base na atividade exercida pelo juiz na etapa pré-processual de mero administrador e supervisor de ilegalidades para formar seu raciocínio, desdobrando qualquer espécie de ponderação da necessidade de preservação da cognição do julgador de modo a evitar, mesmo que de forma inconsciente, que haja preferência de uma tese sobre outra, originada do prévio juízo formado acerca da culpabilidade pela tomada de decisão que o vincula ao futuro julgamento.

Por outro lado, em razão da jurisprudência do TEDH ter sofrido certas oscilações ao longo do tempo - bastando, inicialmente que a simples participação do juiz na fase de investigação já implicava em ofensa a imparcialidade objetiva, até chegar na necessidade de analisar o conteúdo do ato e os requisitos legais exigidos pelo ordenamento local -, seus fundamentos não podem ser invocados exclusivamente para justificar a implantação do juiz de garantias em nosso país. Entretanto, não se pode negar sua importância, que traçou os contornos entre a imparcialidade objetiva



e subjetiva, além de analisar sua aplicabilidade em hipóteses concretas. Julgados que acabaram por influenciar alterações legislativas em diversos ordenamentos jurídicos.

Contudo, a jurisprudência do TEDH nos trouxe noção da necessidade de analisar também da aparência de imparcialidade fundada no risco ou temor de sua perda, em decorrência da intervenção do julgador durante a fase de investigação preliminar poder gerar prejuízos a cognição no momento da sentença por conta de eventuais pré-juízos. Tal concepção, somada aos estudos surgidos através da psicologia social, fez que se fosse repensada a estrutura do processo penal, em especial a posição e, principalmente, a condição do julgador durante a fase de investigação preliminar e os seus reflexos para o julgamento futuro.

Nos moldes como formulada o nosso processo penal, com a atuação do magistrado nas duas fases da persecução penal (dúplice atuação), representa ambiente fértil para alastrar a dissonância cognitiva, através da inicial construção mental inconsciente sobre os fatos e a tendência de confirmação, colocando em xeque a imparcialidade que se espera do julgador.

Não há aqui, uma efetiva afetação da imparcialidade do julgador derivada dos contatos com os elementos de informação, mas apenas uma predisposição e/ou inclinação do caminho destacado, com aptidão de gerar riscos sobre a expectativa de imparcialidade depositada pela sociedade na figura julgador.

Dentro dos moldes delimitados pela legislação processual penal não existe remédio para garantir a imparcialidade do julgador, de modo que apenas através de uma reforma em sua estrutura seria possível alcançar tal modelo ideal.[11] Por essa ótica a melhor solução para adequar o sistema se dará com a implementação do juiz das garantias, visto como meio de conter os indesejáveis efeitos oriundos da prevenção.

Portanto, a criação do juiz de garantias pela Lei nº 13.945/2019 visa minimizar os potenciais riscos à imparcialidade, procurando preservar a cognição do magistrado da instrução e julgamento dos pré-juízos originados da intervenção na fase de



investigação policial, vedando que se leve ao seu conhecimento qualquer elemento colhido na etapa pré-processual.

Dentro da nova sistemática, o julgador que intervir na fase investigatória estará impedido de funcionar na etapa processual de instrução e julgamento, cindindo os dois grandes momentos do processo penal, de modo a impedir a atuação e afastar o juiz que pode oferecer riscos à imparcialidade.

Embora tardiamente, em decorrência da Lei nº 13.964/2019 foi implementada a criação do novel ator processual denominado juiz de garantias, fomentando a imparcialidade do julgador e afastando eventual contaminação decorrente da tomada de decisões durante a etapa de investigação preliminar. Contudo, a eficácia da referida lei encontra-se suspensa diante do deferimento de medida cautelar nas ADIs nº 6298, 6299 e 6300 até o julgamento de mérito.

REFERÊNCIAS

ARAGONES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal**: introducción. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal, constituição e crítica**: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Habeas Corpus nº 92.893/ES**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 02 de outubro de 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570780>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Habeas Corpus nº 164.493/PR**. Relator Ministro Edson Fachin, Redator do Acórdão Ministro Gilmar Mendes, 23 de outubro



de 2021. Disponível em:
<https://peticonamento.stf.jus.br/api/peca/recuperarpdf/15346606406>. Acesso em: 29 mai. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

COMAR, Danielle Nogueira Mota. **Imparcialidade e juiz de garantias**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

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

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 26-51, jul. 2001a.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, jul./set. 2009.

DUARTE, Liza. Bastos; GIACOMOLLI, Nereu José. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista da Ajuris**, v. 33, n. 102, 2006.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Piersack v. Belgium (Application nº 8692)**. Strasbourg, 01 out. 1982. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557>. Acesso em: 17 nov. 2022.



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Delcourt v. Belgium (Application nº 2689/65)**. Strasbourg, 17 jan. 1970. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62025>. Acesso em: 17 nov. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of De Cubber v. Belgium (Application nº 98186/80)**. Strasbourg, 26 out. 1984. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465>. Acesso em: 17 nov. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Hauschildt v. Denmark (Application nº 10486/84)**. Strasbourg, 24 maio 1989. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57500>. Acesso em: 17 nov. 2022.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à Constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 209-230.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem crítica a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso**. Madrid: Gráfica Clemares, 1950.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: comentários à lei nº 13.965/19 – artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. V. 1.



KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Da competência em processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1953.

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

MAYA, André Machado. **Juiz de garantias**: fundamentos, origem e análise da Lei 13.964/19. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz de garantias?”. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 213, p. 21-23, ago. 2010.

PRAGO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, ano 10, n. 43, out./dez. 2011.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

APÊNDICE - REFERÊNCIA NOTA DE RODAPÉ

2. “A prevenção fixa a competência: não a determina. Por isso se denomina jurisdição preventiva a de um juiz competente antecipada em face à outro, também competente” (MARQUES, José Frederico. **Da competência em processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 202).

3. “(...) utópica abstração subjetiva, um completo isolamento do ser em relação ao contexto social em que está inserido, afigura-se inalcançável ao homem e, como tal, ao julgador” MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 99).



4. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Piersack v. Belgium (Application nº 8692)**. Strasbourg, 01 out. 1982. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557>. Acesso em: 17 nov. 2021.
5. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Delcourt v. Belgium (Application nº 2689/65)**. Strasbourg, 17 jan. 1970. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62025>. Acesso em: 17 nov. 2022.
6. *“En estas condiciones, es legítimo temer que, cuando comenzaron los debates, el Magistrado no dispondría de una entera libertad de juicio y no ofrecería, en consecuencia, las garantías de imparcialidad precisas”* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of De Cubber v. Belgium (Application nº 98186/80)**. Strasbourg, 26 out. 1984. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465>. Acesso em: 17 nov. 2022.
7. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Hauschildt v. Denmark (Application nº 10486/84)**. Strasbourg, 24 maio 1989. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57500>. Acesso em: 17 nov. 2022.
8. “A principal consequência do nosso sistema nesse ponto é a de permitir que o juiz que tem contato com os autos do inquérito para qualquer ato (como nas “concessões” de prazo, por exemplo) possa ser indesejavelmente influenciado por tudo aquilo que foi produzido previamente à ação penal, deixando aflorar esse influência não somente no juízo de admissibilidade da inicial, mas, sobretudo, procurando incorporar ao seu convencimento quanto ao mérito elementos de informação que não teriam esse finalidade” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **As garantias constitucionais da investigação criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 47).
9. “(...) entre no processo sem ter contra si o peso de alguma decisão anterior por ele mesmo proferida a favor (ou contra) uma das partes” (LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime**: comentários à lei nº 13.965/19 – artigo por artigo -. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 113).
10. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015.
11. CHOUKR, Fauzi Hassan. **As garantias constitucionais da investigação criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 93.



MULTIDISCIPLINARY SCIENTIFIC JOURNAL

**NÚCLEO DO
CONHECIMENTO**

REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR NÚCLEO DO
CONHECIMENTO ISSN: 2448-0959

<https://www.nucleodoconhecimento.com.br>

Enviado: 17 de maio, 2023.

Aprovado: 30 de maio, 2023.

¹ Advogado criminalista, Mestrando em Direito Processual Penal na PUC/SP e Pós-Graduado lato sensu em Direito Penal Econômico pela FGV/SP e FDUSP. ORCID: 0009-0007-5677-8195.