

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**RAFAEL DE SOUZA FILGUEIRAS**

**JUIZ DAS GARANTIAS: CONTEXTO NACIONAL E  
INTERNACIONAL E A IMPARCIALIDADE ADOTADA PELO  
TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS**

**VOLTA REDONDA  
2023**

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**JUIZ DAS GARANTIAS: CONTEXTO NACIONAL E  
INTERNACIONAL E A IMPARCIALIDADE ADOTADA PELO  
TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS**

Monografia apresentada ao Curso de  
Direito do UniFOA como requisito à  
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluno:

Rafael de Souza Filgueiras

Professora Orientadora:

Éricka Julio Batitucci

**VOLTA REDONDA  
2023**



Fundação Oswaldo Aranha



## FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

**ESTUDO SOBRE O JUIZ DAS GARANTIAS E A IMPARCIALIDADE ADOTADA PELO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS**

Elaborado por Rafael de Souza Filgueiras, apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovado em 20 de junho de 2023

Banca Avaliadora:

Professor(a) Orientador(a) - Unifoa

Professor(a) Avaliador(a) - Unifoa

Professor(a) Avaliador(a) - Unifoa

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a minha família, que sempre me apoiou a lutar pelos meus sonhos, ao meu amor, Marina, que sempre esteve ao meu lado me apoiando durante essa luta. À minha orientadora por todo aprendizado passado durante esse período agradeço também às minhas amigas Janine Aguiar e Rebeca Baltazar, que compartilharam muitos momentos durante toda a faculdade.

## RESUMO

Essa monografia tem por objetivo realizar um estudo acerca do juiz das garantias, previsto no pacote anticrimes, que se encontra suspenso por uma decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, por tempo indeterminado. Essa abordagem é importante visto que com essa implementação a estrutura do processo penal brasileiro sofreria uma grande alteração com o objetivo de se garantir a imparcialidade no curso do processo penal. Diante disso, o presente trabalho mostra como a implementação desse instituto garantiria maior imparcialidade no processo. Tal pesquisa demonstra como funciona o juiz das garantias em alguns países e como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entende a imparcialidade. Por meio de uma metodologia qualitativa, compreendeu-se que a imparcialidade ainda é um objetivo a ser alcançado por muitos países e como o juiz das garantias facilitaria que tal objetivo fosse alcançado.

**Palavras-chave** imparcialidade; juiz das garantias; pacote anticrimes; inquérito policial.

## ABSTRACT

This monograph aims to carry out a study about the guarantees judge, provided for in the anti-crime package, which is suspended by a decision of the Minister of the Federal Supreme Court, Luiz Fux, for an indefinite period. This approach is important since with this implementation the structure of the Brazilian criminal procedure would undergo a major change in order to guarantee impartiality in the course of the criminal procedure. Therefore, the present work shows how the implementation of this institute guarantees greater impartiality in the process. Such research demonstrates how the judge of guarantees works in some countries and how the European Court of Human Rights understands impartiality. Through a qualitative methodology, it was understood that impartiality is still a goal to be achieved by many countries and how the judge of guarantees would facilitate this goal to be achieved.

**Keywords** impartiality; judge of guarantees; anti-crime package; police inquiry.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2 JUIZ DAS GARANTIAS</b> .....	<b>9</b>
2.1 A Função Do Juiz Das Garantias.....	11
2.2 Juiz Das Garantias E Juiz Da Instrução .....	14
2.3 A Imparcialidade No Processo Penal.....	15
<b>3 O INQUÉRITO POLICIAL NO PROCESSO PENAL</b> .....	<b>18</b>
3.1 Características Do Inquérito Policial.....	19
3.2 O Início Do Inquérito Policial .....	21
3.3 Diligências Durante O Inquérito Policial .....	24
3.4 Garantias Constitucionais No Processo Penal .....	26
<b>3.4.1 Princípios da Ampla defesa e defesa plena</b> .....	<b>28</b>
<b>3.4.2 Princípio do Contraditório</b> .....	<b>30</b>
<b>3.4.3 Princípio da irretroatividade da lei penal</b> .....	<b>31</b>
<b>4 DO DIREITO COMPARADO</b> .....	<b>32</b>
4.1 Juiz Das Garantias Na Argentina .....	32
4.2 Juiz Das Garantias Em Portugal .....	32
4.3 Juiz Das Garantias Na Alemanha.....	34
4.4 Juiz Das Garantias Na Itália .....	34
<b>5 IMPARCIALIDADE PERANTE O TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS</b> .....	<b>36</b>
5.1 Piersack Vs Bélgica .....	38
5.2 De Cubber Vs Bélgica .....	39
5.3 Hauschildt Vs Dinamarca .....	40
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>44</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por finalidade analisar os principais aspectos do juiz das garantias previsto no pacote anticrimes de 2019 e de sua suspensão. Diante desse contexto, essa pesquisa questiona: É possível haver imparcialidade de um juiz que atua na fase investigatória e na fase processual? Como a implementação do juiz das garantias ajuda em um processo mais imparcial? Como o tema é abordado nos principais países europeus?

Esse trabalho foi construído por um tema de extrema relevância, vez que se trata de um direito constitucional, o direito a um processo imparcial. Atualmente o juiz que atua na fase investigatória produz provas contra o réu e atua posteriormente no processo. Dessa forma, mesmo que o magistrado tente ter uma visão imparcial sobre o processo, acaba que não consegue ser neutro, por isso é necessário perguntar, será possível um magistrado decretar uma prisão preventiva e posteriormente inocentar esse mesmo réu?

Tal preocupação se tornou evidente com a previsão do juiz das garantias na lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Deste modo, essa monografia analisou como é a atuação de juízes que atuam apenas na fase investigatória em alguns países. Dessa forma, esse trabalho se mostra relevante por mostrar que a busca pelo julgamento imparcial não se limita apenas ao Brasil, mas também em alguns países europeus e na Argentina, sendo que o tema já foi abordado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, destaca-se que foi utilizado o direito comparado para a análise de casos de três situações que foram abordadas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Os objetivos propostos abrangem, de uma forma geral: analisar o instituto do Juiz das Garantias, a suspensão pelo STF, bem como a sua possível aplicação. Especificamente, busca analisar como o tema é abordado em países europeus e como esse modelo poderia ajudar a aplicação no Brasil.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do tema se deu de forma qualitativa e descritiva baseada em revisão bibliográfica de Doutrinadores da área do Direito Processual Penal. Também houve a utilização do Código de Processo Penal,



e da Constituição Federal. Também será feito um estudo de caso a respeito de julgamentos proferidos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mostrando como o tribunal entende a imparcialidade de juízes que já atuaram em mais de um processo de um mesmo acusado.

O segundo capítulo abordou o que é o juiz das garantias, quais seriam suas funções, também diferenciou o juiz das garantias e o juiz da instrução. No terceiro capítulo, foram expostos aspectos do inquérito policial, bem como algumas garantias constitucionais. O quarto capítulo, elucidou como o juiz das garantias é utilizado em países como Argentina, Portugal, Alemanha e na Itália. O quinto capítulo mostrou como a imparcialidade já foi abordada no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

## 2 JUIZ DAS GARANTIAS

O instituto do juiz das garantias foi uma das novidades trazidas na Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrimes, com o objetivo de dar ao acusado garantias e imparcialidade na fase de investigação criminal, o capítulo irá tratar dos detalhes dessa novidade trazida pelo pacote anticrimes. Destaca-se que atualmente, o juiz das garantias encontra-se suspenso por mais de 3 anos, tendo em vista que o pacote entrou em vigor no início de 2020 e ainda está pendente de julgamento.

Para Dutra Santos (2022), a nomenclatura desse instituto poderia ser diferente, tendo em vista que seria mais adequado se referir ao juiz da investigação e do recebimento da peça acusatória, uma vez que as garantias são observadas em todos os momentos, sendo na investigação ou na fase processual. Todavia, a nomenclatura adotada pelo legislador não prejudica o modelo a ser vislumbrado no pacote anticrimes, pois ainda assim deve-se garantir a imparcialidade dos juízes atuantes, sendo na fase de inquérito policial ou na fase processual.

Conforme explicado acima, é interessante mostrar como a nomenclatura dada pelo legislador em nada altera o objetivo da implementação do juiz das garantias, tendo em vista que se vislumbra a imparcialidade do acusado. Ainda nesse sentido, a validação dada pela legislação para um juiz atuar na fase investigatória é de extrema importância para gerar uma investigação e um processo com independência entre os juízes, estando mais próximo da imparcialidade.

Conforme Lima (2020), o juiz das garantias assegura um processo liso, equilibrado e com regras que visam a proteger o e valorizar o ser humano, mostrando que julgar e acusar não andam lado a lado. O autor deixa claro que o controle da investigação criminal não deve se concentrar na mesma figura de quem faz o julgamento posterior, evitando vícios e protegendo os direitos, não só do acusado, como também do procedimento em geral, sendo da investigação e do processo propriamente dito.

Pode-se dizer que, para ambos os autores, além da implementação do pacote anticrimes, a figura do juiz das garantias é importante para garantir a imparcialidade do julgamento posterior. Neste contexto, fica claro que enquanto não for implementado a figura do juiz das garantias, os julgamentos ainda estarão contendo

possíveis vícios adquiridos pelo juiz que atua na fase investigatória, sendo certo que ao pedir a produção de uma prova, naturalmente o mesmo estará se convencendo da condenação do acusado.

O mais preocupante, contudo, é constatar que tal implementação se encontra suspensa e pendente de julgamento sem data prevista para ser analisada pelo Supremo. Conforme mencionado pelo autor Santos (2020, p. 53) "na medida em que o magistrado participa do inquérito, deferindo, por exemplo, várias cautelares, e, ainda, exerce o juízo de admissibilidade da acusação, admitindo-a, o seu olhar perdeu, involuntariamente, a equidistância de outrora".

Conforme explicado acima, a importância de separar as fases de investigação e julgamento é que haja uma condução do processo sem parcialidade, nesse sentido, pode-se dizer que seu objetivo é fazer com que haja uma sentença, seja ela condenatória ou absolutória, sem que um julgador produza provas naquele caso, devendo atuar com as provas produzidas por outro juiz, imparcial ao julgamento. Destaca-se que para SANTOS (2020), esse instituto não é uma novidade no mundo do direito comparado, pois em vários países já se coloca em prática a separação do juiz inquisidor do juiz julgador.

Dessa forma, é importante destacar que além de ser necessário separar a atuação dos juízes das garantias e dos julgadores, o juiz das garantias deve ser provocado no inquérito policial, não produzindo provas de ofício.

De acordo com Brasileiro (2020, p.113).

A partir do momento em que uma mesma pessoa concentra as funções de investigar e colher as provas, estará comprometido a priori com a tese da culpabilidade do acusado. Com efeito, se o magistrado tomou a iniciativa de determinar, de ofício, a realização de um ato investigatório, mesmo antes do início do processo penal, já indica, por si só, estar ele procurando uma confirmação para alguma hipótese sobre os fatos, é dizer, estar ele se deslocando daquela posição de imparcialidade decorrente da sua posição de terceiro para uma posição parcial, não mais alheia aos interesses da acusação ou da defesa.

O autor deixa claro na citação acima que a principal forma de garantir a máxima imparcialidade é a não produção de provas pelos juízes durante a investigação criminal e junto a isso, que ocorra a separação da atuação dos juízes. Esse é o motivo pelo qual é importante frisar esse ponto, uma vez que, uma pequena prova produzida de ofício pode comprometer a imparcialidade.

Espera-se, que com a implementação do juiz das garantias os direitos do acusado seja respeitado e o processo siga de uma forma mais lisa, no sentido de não haver qualquer decisão que possa ser tida como arbitrária ou parcial, visto que ao não produzir provas de ofício e tendo um terceiro alheio a todo esse trâmite pré-processual seria, como é em alguns países é, a solução para garantir um processo que vise o acusado como sujeito de direitos e não como um objeto processual em que se busca sua condenação com um juiz produzindo provas e julgando ao mesmo tempo. Brasileiro (2020, p. 108) "Em um sistema acusatório, cuja característica básica é a separação das funções de acusar, defender e julgar, não se pode permitir que o magistrado atue de ofício na fase de investigação".

## 2.1 A FUNÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

O juiz das garantias é tratado nos artigos 3-A ao 3-F do Código de Processo Penal Brasileiro, o artigo 3º-B do Código de Processo Penal, mostra a responsabilidade do juiz das garantias na fase de investigação policial.

Segundo Santos (2020) O zelo à legalidade da investigação criminal e aos direitos individuais, [...], demanda do juiz das garantias imparcialidade e distanciamento idênticos aos exigidos do magistrado da instrução e do julgamento, mostrando-se indeclinável a fundamentação, circunstanciada, de todas as suas decisões, a teor do art. 93, IX, da CRFB/88.

O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

- I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal;
- II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;
- III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;
- IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;
- V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;
- VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do

contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI - decidir sobre os requerimentos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

O legislador deixa claro, conforme citado acima, que o juiz das garantias terá competências ao longo do inquérito policial visando o controle da investigação policial e salvaguardar os direitos individuais, assegurando que não haverá discricionariedade quanto ao seu dever de fiscalizar a legalidade dos atos descritos. Em contrapartida, poderá decidir sobre alguns temas, desde que haja fundamentação legal.

Segundo Lima (2020), tal previsão mudaria a estrutura da atuação dos juízes na fase de inquérito policial, haveria dois juízes atuando sob o mesmo fato, sendo um na fase de investigação e outro atuando na fase processual. Dessa forma, o juiz que atuar entre a instauração da investigação criminal e o recebimento da denúncia ou queixa seria impedido de atuar na fase processual.

No mesmo sentido, Nucci (2020) entende que a atribuição do juiz das garantias é de fiscalizar todas as investigações criminal desde que não sejam de menor potencial ofensivo, pois essas seguem a Lei de Juizado Especial Criminal. Imperioso destacar que as definições dadas na investigação não afetariam o processo penal.

Enquanto Lopes Junior (2019) entende que um juiz é um terceiro manipulado de forma inconsciente na fase da instrução processual, ou seja, é necessário que haja a figura do juiz das garantias para que tome decisões na fase de investigação policial até que decida receber ou não a denúncia.

Conforme citado acima, os autores entendem que há uma busca para maximizar a imparcialidade do julgador, através de uma série de atribuições dadas ao juiz que atua na fase do inquérito policial, assegurando o direito de um julgador imparcial ao acusado.

Dessa forma, fica claro que os autores mencionados acima dão muita importância não apenas para a criação do juiz das garantias, mas principalmente para a sua implementação, não se buscando a condenação do acusado, mas sim um processo livre de vícios e conceitos pré-determinados.

Brasileiro (2020, p. 111) mostra que há vedação na atuação de ofício dos magistrados:

não mais será admitida qualquer iniciativa do magistrado, nem mesmo no curso do processo judicial. Não apenas por força da nova redação do art. 3º-A, in fine, do CPP, mas também pelo fato de o Pacote Anticrime ter vedado expressamente a possibilidade de decretação de qualquer medida cautelar pessoal de ofício pelo magistrado, seja durante a fase investigatória – o que já era vedado antes (Lei n. 12.403/11) –, seja durante a fase processual.

A implantação dessa inovação no Brasil mostra que haverá uma alteração em como será a atuação dos magistrados, vedando, por exemplo, a atuação do juiz das garantias no curso do processo penal.

Conforme afirma Brasileiro (2020, p. 115)

entre a instauração da investigação criminal e o recebimento da denúncia (ou queixa), a competência será do juiz das garantias, que ficará impedido de funcionar no processo; após o recebimento da peça acusatória e, pelo menos em tese, até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória (ou absolutória), a competência será do juiz da instrução e julgamento.

Conforme explicado acima, é importante destacar que cada juiz terá atribuição referente a fase em que se faz necessária a atuação, não havendo se falar em juiz das garantias atuando no processo de instrução em julgamento, assim como os juízes da instrução não terão atribuição para atuar antes da denúncia ou queixa.

Além do mencionado, o autor deixa claro que não haverá atuação de ofício dos magistrados, devendo as partes direcionarem os pedidos aos juízes, mesmo que em benefício do acusado, os juízes devem aguardar o pedido das partes, tendo em vista a imparcialidade observada.

## 2.2 JUIZ DAS GARANTIAS E JUIZ DA INSTRUÇÃO

Importante destacar as diferenças entre os dois juízes que atuariam no processo penal caso a figura do Juiz das Garantias entrasse em vigor. Não se trata apenas sobre a diferença de atuação a depender da fase processual. Para Lima (2020), o Juiz das Garantias teria uma forma de atuar mais branda, sem que se produza provas, sendo apenas para controlar a legalidade da investigação e para garantir os direitos fundamentais do acusado, seria como guardar as regras do jogo.

No mesmo pensamento, o Juiz da Instrução processual não guardaria apenas as regras do jogo, mas seria o senhor do processo, no sentido de que representaria uma máxima autoridade, direcionando o processo com suas instruções, podendo atuar de forma mais acusatória, pedindo produção de provas e pedindo diligências que achar necessário.

Para Avena (2021) O juiz das garantias teria competência para atuar na investigação criminal, especialmente no que diz respeito ao artigo 3º-B do CPP, além do que já foi dito, destaca-se que a atuação do juiz das garantias também serviria para tomar decisões quanto à citação do acusado, resposta à acusação e eventuais causas de absolvição do acusado.

Conforme explicado acima, o juiz da instrução e julgamento atuaria designando audiência para oitiva de testemunhas e interrogatório do réu, continuando o processo até que seja dada a sentença, quando o juiz da instrução recebe a condução do processo criminal, deverá reexaminar, em 10 dias a necessidade das medidas cautelares impostas pelo juiz das garantias.

Santos, (2020) destaca que o juiz das garantias deve observar os requisitos formais estabelecidos em lei e as garantias constitucionais processuais, com esse dever, ao chegar na fase processual estaria finalizada sua atribuição. Destaca ainda, que o nome mais adequado seria juiz da investigação, pois seria figura oposta ao juiz do julgamento.

Conforme mencionado pelo autor, o acusado deve ter seus direitos constitucionais respeitados e ser tratado como sujeito do processo. Destaca-se ainda, que diante da implementação do juiz das garantias esses direitos seriam observados desde o início do procedimento inquisitorial. Fica claro que o objetivo é uma atuação que não visa a absolvição e tão pouca a condenação, mas sim um processo sem conceitos prévios. Dessa forma, o juiz agiria apenas mediante provocação.

### 2.3 A IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL

Para que essa imparcialidade na fase instrutória aconteça, o Código de Processo Penal estabelece em seu artigo 3º-C § 3º que:

Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Após diferenciar a atuação dos juízes na fase de investigação e na fase processual será possível descrever como o magistrado terá mais imparcialidade no momento de tomar suas decisões.

Para Brasileiro (2020, 165):

o ideal é concluir que a investigação preliminar não mais poderá integrar os autos do processo judicial, salvo no tocante às provas irrepetíveis, antecipadas e meios de obtenção de prova. Essa verdadeira medida de redução de danos vem ao encontro não apenas do princípio do contraditório e da ampla defesa, mas também terá o condão de evitar a contaminação do juiz, e os prejuízos, por sua parte, de uma primeira impressão unilateral e



negativa contra o acusado, certamente capaz de influenciar sua cognição para a condução do processo subsequente, colocando em risco a imparcialidade, princípio supremo do processo penal.

Para Lopes Junior (2020) o atual problema no processo penal brasileiro é que o juiz é introduzido no processo de forma precoce, pois ele deverá atuar na fase de investigação e posteriormente na fase de instrução e julgamento, dessa forma o juiz já conhece as provas produzidas e acaba por contaminar o processo. Esse é o mesmo juiz que decide sobre produção de provas na fase investigativa e posteriormente aceitará se a denúncia será recebida.

Para Lima (2020) a imparcialidade no processo penal pode-se subdividir-se em subjetiva e objetiva. A imparcialidade subjetiva é aquela em que o magistrado tem por sua própria interpretação, baseada em vivências anteriores, enquanto a imparcialidade objetiva se refere à maneira em que o processo será conduzido por um magistrado, não devendo haver favorecimento para nenhuma das partes.

Dessa forma, torna-se discutível como um juiz poderia pedir uma medida cautelar em fase de investigação e posteriormente atuar na fase processual proferindo uma sentença no mesmo sentido da medida cautelar.

Tal situação se mostra questionável, pois o magistrado teria presenciado toda a fase de investigação preliminar, que contém elementos informativos. Estes elementos gerariam, no mínimo, dúvidas para que o juiz chegasse a uma decisão imparcial no caso concreto (LIMA, 2020).

Santos (2020) menciona que para garantir a imparcialidade do processo, o juiz não pode participar da investigação e da fase processual ao mesmo tempo, visto que ao admitir o juízo de admissibilidade da acusação sua imparcialidade estaria afetada, ao ponto de afetar seu juízo de valor. Deve-se, portanto, existir a figura dos dois juízes para que seja concedida maior imparcialidade possível ao acusado. Lopes Junior (2020) recorda que:

introdutoriamente, que a imparcialidade não se confunde com neutralidade, um mito da modernidade superada por toda base teórica anticartesianista. O juiz-no-mundo não é neutro, mas pode e deve ser imparcial, principalmente se compreendermos que a imparcialidade é uma construção técnica artificial do direito processual, para estabelecer a existência de um terceiro, com estranhamento e em posição de alheamento em relação ao caso penal (*terzietà*), que estruturalmente é afastado.

Nesse contexto, quando um juiz necessita buscar provas para que condene um acusado, ele está ferindo o princípio do *in dubio pro reo*. Dessa forma, ocorre prejuízo para o acusado, pois o juiz na dúvida da autoria e materialidade do crime buscou por provas para condenar, violando o contraditório e ampla defesa. (LOPES JUNIOR, 2020)

Ainda é necessário destacar, que o Estado-juiz deve ser um terceiro no processo e não parte, assegurando dessa forma sua imparcialidade, pois mesmo que um juiz consiga ser imparcial, ele nunca será neutro, pois é um ser humano que possui suas concepções e experiências de vida, o que o impede de se tornar neutro (LOPES JUNIOR, 2020).

Parece óbvio que os juízes devem ser imparciais, porém sob o ponto de vista prático, há uma dificuldade em manter essa imparcialidade mesmo que o juiz tente, de toda forma, mantê-la. Afinal, os juízes são pessoas e criam suas convicções mesmo que estejam vinculados a Lei. Conforme explicado acima, é necessário afastar as medidas cautelares produzidas na fase de inquérito policial para que o juiz julgador tenha conhecimento apenas das provas que serão juntadas no processo.

Ao conduzir o processo dessa forma, o juiz julgador teria mais imparcialidade no momento de julgar. Ou seja, não basta que se afaste atuação do juiz julgador, mas também é necessário evitar que chegue a seu conhecimento qualquer informação que possa prejudicar sua parcialidade.

### 3 O INQUÉRITO POLICIAL NO PROCESSO PENAL

Lopes Junior (2019) entende que o inquérito policial é importante antes do processo pelo fato de se buscar fatos ocultos e é necessário que se busque elemento que comprovem a autoria e materialidade do crime para que se ofereça a acusação. No mesmo sentido, há uma função simbólica, na qual mostra para a sociedade que o Estado busca pela verdade, sendo afastado o sentimento de impunidade. É considerada também, uma fase de filtro processual, haja vista que impede que processos sejam instaurados de forma infundada.

O processo penal é uma pena em si mesmo, pois não é possível processar sem punir e tampouco punir sem processar, pois é gerador de estigmatização social e jurídica (etiquetamento) e sofrimento psíquico. Daí a necessidade de uma investigação preliminar para evitar processos sem suficiente *fumus commissi delicti* (LOPES JÚNIOR, 2019).

Nucci (2020) entende que o inquérito policial é um procedimento anterior, que prepara a ação penal, sendo de caráter administrativo e conduzido pela polícia judiciária, com o foco em obtenção de provas preliminares para que se obtenha indícios suficientes de materialidade e autoria de um possível crime. O inquérito policial deve ser presidido pelo Delegado de Polícia com participação do Ministério Público, este que poderá acompanhar as diligências policiais e terá o controle externo da polícia.

Para Avena (2021) o inquérito policial deve ser considerado de natureza administrativa, devendo ser instaurado pela autoridade policial. Dessa forma, o autor deixa claro que o inquérito policial deve ser considerado um procedimento inquisitorial, não havendo, portanto, contraditório ou ampla defesa. O contraditório e ampla defesa serão exercidos pelo réu durante o processo.

Importante destacar que o advogado tem direito de assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração conforme a Lei Nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016 que alterou o Estatuto da OAB. Tal dispositivo não desconfigura a natureza inquisitorial do inquérito policial, visto que não se trata de processo, mas sim de um procedimento para angariar provas de possíveis crimes.

Conforme explicado acima, o inquérito policial é um procedimento cujo objetivo é colher provas urgentes, que podem desaparecer, além de averiguar a materialidade e autoria do crime em questão. Dessa forma o inquérito se torna inquisitivo, pois não é sensato que para colher provas sobre a autoria de um crime avise o acusado.

De acordo com Nucci, (2020, p. 45):

O inquérito é um meio de afastar dúvidas e corrigir o prumo da investigação, evitando-se o indesejável erro judiciário. Se, desde o início, o Estado possuir elementos confiáveis para agir contra alguém na esfera criminal, torna-se mais raro haver equívocos na eleição do autor da infração penal. Por outro lado, além da segurança, fornece a oportunidade de colher provas que não podem esperar muito tempo, sob pena de perecimento ou deturpação irreversível (ex.: exame do cadáver ou do local do crime).

O autor deixa claro na citação acima que para afastar erros no processo penal, uma investigação bem feita afastará dúvidas sobre o direito de punir do Estado. Em contrapartida, as provas devem ser colhidas de forma célere, tendo em vista que várias delas não poderão ser colhidas novamente na fase processual, sendo interessantes de serem colhidas na fase de investigação.

Sendo assim, fica demonstrado a importância de colher provas durante o inquérito policial. Ao concluir um inquérito, pode-se evitar que um investigado seja processo de forma equivocada e causar danos irreparáveis a essa pessoa. Ainda nesse sentido, o inquérito policial é considerado um procedimento que organiza as peças necessárias para que posteriormente haja o processo.

### 3.1 CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial deverá ter um objeto e sua limitação, o objeto é o fato, diante do fato, autoridade policial terá sua discricionariedade para esclarecer se o fato é punível, quem é o autor dos fatos. Lopes Junior (2019) entende que o Inquérito é um procedimento, no qual a investigação preliminar cabe policial judiciária, sendo um modelo preliminar que a polícia, de certa forma, tem autonomia e controle para presidi-lo.

Em relação às limitações, o autor supramencionado as divide em Limitação qualitativa, mostrando que o inquérito deverá averiguar e comprovar os fatos oriundos da denúncia ou queixa.

O inquérito policial busca apenas a verossimilhança do crime, a mera fumaça (*fumus commissi delicti*), não havendo possibilidade de plena discussão das teses, pois a cognição plenária fica reservada para a fase processual (LOPES JÚNIOR, 2019, p579.).

Destaca-se ainda que o Inquérito Policial é procedimento dispensável quando o Ministério Público receber denúncia ou queixa que tenham elementos para a imediata propositura da ação.

A limitação temporal tenta demonstrar que o Inquérito policial deve ser célere, a lei impõe que o Inquérito deve ser concluído no prazo de 10 dias se o réu iniciar preso e 30 dias caso o réu esteja solto, esse prazo poderá ser prorrogado. Tal prazo difere em casos de tráfico de drogas, o inquérito deverá ser concluído no prazo de 30 dias se o possível autor estiver preso e 90 dias para o indiciado solto.

Para Avena (2021), o inquérito policial possui sete características, deve ser um procedimento escrito, devendo ser assinado pela autoridade, sendo incluído depoimentos das pessoas envolvidas e os depoimentos de testemunhas.

Outra característica é a oficiosidade, essa diz que o inquérito policial deve ser instaurado mesmo que não haja provocação de qualquer outra pessoa, a autoridade policial, assim que souber de algum delito deverá instaurar o inquérito, conforme art. 5º, I, do CPP, que diz Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado de ofício.

A terceira característica trata da oficialidade, que se refere à vedação de delegação do inquérito policial, devendo ser competência apenas dos agentes públicos. Destaca-se que o Ministério Público poderá instaurar procedimento investigatório criminal, que será presidido pela autoridade competente do Parquet, porém o mesmo não se confunde com o Inquérito Policial.

Tem-se como característica, a discricionariedade, essa, para Avena (2021), trata da liberdade que o Delegado de Polícia tem para postular diligências que achar necessárias, essa discricionariedade é chamada pela doutrina de juízo de prognose, devendo decidir quais atitudes deverá ser tomada para avançar no Inquérito.

O inquérito policial tem característica ser inquisitorial, essa característica, mostra que não há ampla defesa e contraditório no Inquérito Policial, o Inquérito deve ser considerado como um procedimento inquisitivo, dessa forma, o direito de ampla defesa e contraditório será exercido posteriormente quando se tornar ação penal.

A indisponibilidade do inquérito Policial mostra que quando instaurado, a autoridade policial não poderá promover seu arquivamento de ofício, o inquérito deve ser concluído e enviado para o judiciário para que o mesmo decida sobre seu arquivamento ou não. da mesma forma trata o artigo 17 do CPP: A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

### 3.2 O INÍCIO DO INQUÉRITO POLICIAL

Para Nucci (2020), o Inquérito Policial pode se iniciar de cinco maneiras, sendo elas: de ofício, por provocação do ofendido, por delação de terceiros, por requisição da autoridade competente ou pela lavratura de prisão em flagrante.

O primeiro caso, o Inquérito Policial deverá ter início quando a autoridade policial identifica a prática de alguma infração penal de ação pública incondicionada, devendo, dessa forma, instaurar uma investigação para que se obtenha respostas se houve crime e de sua autoria.

Em relação ao início por provocação do ofendido, a pessoa lesada faz uma reclamação para a autoridade competente, e essa irá dar início ao Inquérito Policial, avaliando os possíveis casos de materialidade e autoria.

O início por delação de terceiro ocorre quando qualquer pessoa, mesmo que não haja relação direta com o ocorrido leva o fato para a autoridade policial uma infração que o Ministério Público deve levar à autoridade policial.

A requisição da autoridade competente se dá quando um juiz ou promotor exige ao Delegado de Polícia que se inicie uma investigação policial, pois há provas de que houve um crime naquele momento.

Quando houver prisão em flagrante o inquérito Policial terá início, deve-se destacar que o artigo 302 do Código de Processo Penal descreve as hipóteses de flagrante, como:

Art. 302 Considera-se em flagrante delito:

I – quem está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Avena (2021) divide as formas de iniciar um inquérito policial pela natureza do crime, sendo os crimes de ação penal pública incondicionada, condicionada a representação e ação penal privada.

Os crimes de ação penal pública incondicionada, o inquérito policial deverá iniciar por portaria, essa portaria deverá ser expedida pela autoridade policial e deverá conter o objeto da investigação e os fatos que deverão ser apurados, mostrando dia, hora, local. Destaca-se que essa forma de instaurar o inquérito policial independe de provocação de terceiros.

Nesses casos, ainda deverá iniciar o inquérito policial caso o Ministério público requeira. No sentido empregado pelo código, a requisição de instauração de inquérito possui conotação de exigência, determinação, razão pela qual, em tese, não pode ser descumprida pela autoridade policial (AVENA, 2021). Caso a requisição não contiver os elementos para iniciar as investigações, o delegado deverá fazer um comunicado à autoridade requisitante para que a autoridade de as informações que são necessárias.

O inquérito policial também deverá ter início através do requerimento do ofendido ou de seu representante legal. Importante frisar que essa requisição tem natureza informativa, diferente da requisição do Ministério Público. O fato deve ser narrado de forma que individualize o possível acusado, deve ser mostrado as razões de convicção e presunção de autoria e deve também mostrar as testemunhas, conforma art. 5º §1º do CPP.

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

- a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;
- b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;
- c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

Quando ocorre flagrante, Avena (2019) entende que mesmo que não haja previsão expressa no art. 5º do CPP, a portaria para que seja instaurado inquérito é dispensada, pois conforme o artigo 304, §1º diz que se os depoimentos demonstrarem fundada suspeita, a autoridade deverá recolhê-lo à prisão e prosseguirá os atos do inquérito.

Nos crimes de ação penal pública condicionada à representação Avena (2021) entende que sem a representação do ofendido ou de seu representante legal não poderá ser instaurado inquérito. A representação é considerada a manifestação da vontade da vítima ou de seu representante legal que autoriza o Estado, através do Ministério Público, a instaurar um procedimento para que se averigue o possível crime.

Nos crimes condicionados à representação, caso haja flagrante delito, Avena (2021) deduz que só poderá ocorrer a lavratura do flagrante se a vítima ou seu representante legal estiverem presentes para que manifestem a vontade de se apurar a infração. Destaca-se que se não houver essa vontade da vítima, o delegado deverá fazer o ato, porém deve-se esperar que a vítima ou seu representante, em 24 horas, demonstrem sua vontade, caso esse prazo ultrapasse o limite o flagrado deverá ser solto de imediato, sob pena de constrangimento ilegal da autoridade policial.

Em contrapartida, nos crimes de ação privada, a vítima deverá apresentar queixa-crime para que a autoridade policial possa instaurar o procedimento policial, destaca-se que para Avena (2021), o requerimento não exige forma especial, porém deverá conter os requisitos do art. 5º §1º do CPP, que dispõe sobre a narração do fato com todas as circunstâncias, a individualização do indiciado ou traços característicos e as razões que mostram a convicção ou presunção de que ele seja o autor, devendo nomear testemunhas.

Destaca-se que o CPP em seu artigo 38 em seu demonstra o prazo para que o ofendido demonstra presente sua queixa-crime.

Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Esse prazo decadencial apresentado pelo artigo 38 começa a contar a partir do momento em que se tem ciência do autor do crime, dessa forma, para Avena (2021),



o prazo pode ter início antes do requerimento da instauração do inquérito, durante o inquérito ou quando se descobre o autor dos fatos após a conclusão do inquérito, quando o inquérito é encaminhado ao juízo competente.

### 3.3 DILIGÊNCIAS DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL

Durante o inquérito policial, a autoridade tem a discricionariedade para realizar eventuais diligências para que se chegue à conclusão sobre determinado crime, o artigo 6º CPP, para Lima (2020), trata-se de um rol exemplificativo, havendo alguns itens obrigatórios.

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

O disposto neste artigo mostra qual comportamento a autoridade policial deverá ter ao tomar conhecimento de uma infração penal. Para Avena (2021), dirigir-se ao

local é da infração é uma providência extremamente necessária, inclusive mantendo o estado do local do crime. Os agentes policiais devem evitar que terceiros intervenham na cena do crime para que os peritos possam analisa o local sem que haja prejuízo, que dificultam a obtenção de provas.

O inciso II, mostra a necessidade de apreender objetos que tenham relação com a cena do crime. Para Lopes Júnior (2019) os objetivos apreendidos devem acompanhar os autos do inquérito, sendo de extrema relevância relatar o local onde o objeto foi achado, com as circunstâncias em que foram encontrados. Dependendo da situação é necessário que se recorre ao judiciário para se obter uma autorização de busca e apreensão.

Em relação ao inciso III, Lopes Júnior (2019) mostra que as testemunhas devem ser ouvidas para esclarecer o fato e suas circunstâncias. Caso haja testemunhas que nada podem esclarecer sobre o fato delitivo, não há necessidade de ouvi-las. Em relação ao inciso IV, ouvir o ofendido, é importante destacar que o ofendido é de extrema relevância para narrar o ocorrido, visto que o mesmo pode esclarecer acerca da autoria e materialidade.

Outra diligência importante é a de ouvir o indiciado. Para Lima (2020), o indiciado tem o direito de ser ouvido durante o procedimento investigatório, trata-se de um direito do mesmo, entretanto, imperioso destacar que a Constituição Federal em seu art.5º, LXIII, confere o direito ao preso de permanecer em silêncio. Ou seja, deve-se oferecer a oportunidade ao acusado de ser ouvido e o mesmo irá decidir se falará ou ficará em silêncio.

Lima (2020) argui que o reconhecimento de pessoas e coisas e acareações são de extrema importante para que se tenha mais informações sobre o crime, essa diligência é capaz de reconhecer possíveis armas do crime, objetos que participaram do crime e também o reconhecimento de pessoas. Destaca-se que esse reconhecimento de pessoas tem sido admitido a utilização de recursos fotográficos para chegar à verdade real do processo.

O exame de corpo de delito é um procedimento tão importante como qualquer outro, esse exame ocorre sempre que a infração deixar vestígios, Avena (2021) destaca a importância dessa prova refletindo sobre a falta de discricionariedade sobre o exame de corpo de delito. Esse exame deve ser feito pela perícia oficial, porém

quando não houver perito oficial, será possível o Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e a indicação de assistente técnico.

De acordo com o art 6º, VIII do CPP, o indiciado deve ser identificado e sua folha de antecedentes criminais deve ser juntadas ao inquérito policial. (LIMA, 2020). O civilmente identificado não será submetido à identificação criminal. Em relação a ficha de antecedentes criminal, é destacado que não será mencionada qualquer anotação referente à instauração de inquérito policial.

O artigo 7º do CPP diz que para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

Ao fazer a reconstituição do fato delituoso, a autoridade policial poderá fazer a reconstituição dos fatos, porém deve-se observar para que não contrarie a moralidade ou a ordem pública. Para Lima (2020), o indiciado tem o direito de adotar um comportamento passivo, pois ao ter um comportamento ativo o indiciado estaria produzindo provas contra si mesmo, além do mais, não pode ser adotado pelos policiais medidas coercitivas para que o indiciado coopere na reconstituição.

Ressalta-se, por fim, que a natureza do inquérito policial faz com que não seja obrigatório a intimação do indiciado ou de seu advogado para que participe da reconstituição dos fatos. Porém se o mesmo ocorrer na fase processual, será garantido a ele o contraditório e ampla defesa.

### 3.4 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL

O Código Penal e o Código de Processo Penal são conjuntos de normas que foram instituídos na década de 1940 e apesar de constituírem direitos aos acusados, a Constituição Federal da República de 1988, concedeu diversos direitos fundamentais em seu artigo 5º. Couto (2014) destaca que o código de processo penal brasileiro foi baseado no fascismo, compreende-se então que o CPP tem um caráter repressivo, visando a pena como um castigo.

Em contrapartida, a CF/88 limitou a atuação do CPP com a criação dos direitos fundamentais e pelos tratados e convenções internacionais adotado pelo Brasil. Couto (2014) salienta que a Carta Magna deve ser o limite para o direito processual penal e penal agir, tendo em vista que os direitos fundamentais estão previstos como cláusulas especiais e o art 5º é uma regra que apenas ele mesmo poderá ceder, ou seja, deve-se considerar a ponderação entre os princípios previstos para que o Estado possa atuar com jus puniendi.

Para Couto, "as garantias constitucionais podem ser separadas em explícitos e implícitos, podendo estes ser relativos ao indivíduo, ao Estado e à relação processual" (COUTO, 2019, p. 12).

O autor deixa claro que os princípios são importantes, sendo que são considerados como elemento de uma disciplina específica, como valor, como instrumento, mas, sobretudo, como regra abstrata aplicável a fatos específicos. Dessa forma, há princípios explícitos na Constituição Federal, no Código de Processo Penal e princípios que devem ser observados mesmo não havendo previsão expressa.

princípios: ao mesmo tempo em que todos são importantes e se aplicam a todo o ordenamento, em um determinado caso concreto um princípio poderá ceder em relação a outro. Assim, isso que chamamos de harmonização dos princípios é uma característica natural do sistema, mas que deve ser observada exatamente com esta ótica: a de que se negamos a aplicação de um determinado princípio ao caso concreto, devemos obrigatoriamente indicar qual o princípio que demandou o enfraquecimento do outro. Este é um erro retórico muito comum entre os aplicadores do direito: negar a aplicação de um determinado princípio no caso concreto, esquecendo-se de dizer qual foi o outro princípio que o pressionou. (COUTO, 2019, p.12).

Conforme explicado acima, ao se aplicar um princípio e afastar a aplicabilidade de outro, não se pode deixar de evidenciar qual princípio foi afastado e também mostrar qual princípio fez com que ele fosse afastado.

Destaca-se que dentre os princípios constitucionais, os que mais se destacam são os princípios do estado de inocência e do devido processo legal. Esses dois princípios são considerados por Couto como as "vigas mestras" do sistema. O autor ainda destaca que cabe ao estado provar a "culpa" do indivíduo, demonstrando a autoria do delito, ou seja, essa prova deve vir do Ministério Público ou do assistente de acusação, demonstrando os fatos com a finalidade de provar a culpa do indivíduo.

Couto (2019) afirma que os princípios destacados acima têm grande vínculo com o princípio da legalidade, já que às partes processuais não é possível escolher

procedimento diferente daquele previsto na lei. A forma procedimental deve ter previsão legal, anteriormente à ocorrência do ilícito penal.

O STJ já se posicionou no sentido de que o devido processo legal é indisponível, interessante ao Estado, ainda que o réu confesse. Veja-se uma parte do acórdão proferido pelo Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa:

Com efeito [...], o direito à ampla defesa é irrenunciável, não podendo dele dispor o réu ou seu representado, seu advogado ou o Ministério Público, ainda que o acusado admita o cometimento da infração e queira cumprir a pena. Noutra senda, o respeito ao devido processo legal também interessa ao Estado, representado na figura do parquet, na medida em que busca o esclarecimento dos fatos, não punindo o inocente (STJ, HC 42496/SP).

Sendo assim, conforme citado acima, a partir desses princípios pode-se extrair diversos outros implícitos, sendo destacados na Constituição Federal de 1988, Código de Processo Penal. Ainda nesse sentido, destaca-se que o réu terá seus direitos garantidos, mesmo que o réu queira dispor de alguns direitos, não poderá fazer, como por exemplo o direito à ampla defesa, que é irrenunciável. Mesmo que o acusado admita que cometeu tal ilícito, a ele é assegurado o direito de ampla defesa e do devido processo legal, como os demais princípios previstos.

De toda forma, ao Estado cabe o direito de punir, e o deve fazer como a pessoal que de fato cometeu a infração e não com quem admitiu tê-la cometido, nesse aspecto, o Estado deve averiguar, mesmo que uma pessoa assuma o ilícito, quem é o "culpado" pelo ocorrido.

### **3.4.1 Princípios da Ampla defesa e defesa plena**

A ampla defesa e a defesa plena são dois princípios básicos para o prosseguimento do processo. Dessa forma, "o direito à ampla defesa é latente em todos os preceitos emanados do Estado, como substractum da ordem legal, porque constitui o fundamento primário e básico da segurança jurídica estabelecida pela vida social organizada" (COUTO, 2019, p. 18).

O princípio da ampla defesa é previsto no artigo 5º da Constituição Federal no inciso LV, que prevê aos acusados o direito de se defender no processo. Dessa forma, vale dizer que não é apenas interesse do acusado, mas também é do interesse público que todo acusado seja efetivamente defendido, pois dessa forma haverá um processo justo, regularizando a atividade jurisdicional.

Esse direito da defesa é a garantia de que o acusado poderá se defender de todas as formas, enquanto a acusação ficará adstrita à denúncia. Importante ressaltar que o direito de ampla defesa engloba também o direito ao silêncio. O acusado poderá optar por convencer o magistrado de que não cometeu os atos imputados a ele como também poderá optar pelo silêncio, sendo esta uma das formas de evitar a sua autoincriminação e, por conseguinte, de assegurar a sua ampla defesa (COUTO, 2019).

Tanto a ampla defesa quanto a plena defesa são incompatíveis com processos secretos, inquisitivos, devassas, queixas, depoimento de inimigos capitais. Invertendo a antiga regra dos julgamentos sigilosos, surge o princípio da publicidade, podendo esta ser plena (atos do processo abertos à população) ou restrita, quando não é erga omnes, em decorrência ao interesse das investigações processuais ou do sistema presidencialista, permitindo que a qualquer momento se estabeleça o sigilo voltado para atender a imparcialidade, a moralidade pública e a intimidade das pessoas. (COUTO, 2019, p. 18).

Conforme citado acima, é interessante, destacar a possibilidade do acusado em se manter em silêncio, está prevista no “Art 5º, LXIII, CF – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Dessa forma, o direito ao silêncio é conhecido pelo direito à não autoincriminação. Ou seja, será dada a oportunidade do acusado de se proteger de todos os atos imputados a ele como também o direito de ficar em silêncio a qualquer momento do processo sem que isso possa prejudicar o réu de nenhuma forma. o direito ao silêncio em nenhum momento poderá ser utilizado no processo como forma de incriminar o réu.

Fica evidente, diante do narrado acima, que os princípios da ampla defesa, contraditório e direito ao silêncio são importantíssimos para que haja um processo justo, visto que com eles o acusado poderá demonstrar a sua versão dos fatos. Destaca-se que esses princípios asseguram o interesse coletivo como o individual na justa aplicação da lei.

O Estado estará assegurando o interesse coletivo quando, através do processo justo e imparcial, pune a pessoa correta, dando à população a segurança de que não estará punindo qualquer pessoa. Fica claro que o Estado não deve procurar dar uma resposta a sociedade punindo qualquer pessoa, mas punindo a pessoa correta, inexistindo arbitrariedade.

### 3.4.2 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório é observado durante todo e qualquer processo. O contraditório é o direito de ser comunicado de todos os atos processuais. Destaca-se que "é essencial ao processo que as partes tenham condições de contrariarem as afirmações e as provas oferecidas no processo. O contraditório é, em resumo, ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los" (COUTO, 2019).

Não menos importante, é necessário destacar que o princípio do contraditório não se confunde com o princípio da ampla defesa. A ampla defesa é inerente ao acusado, enquanto o princípio do contraditório é garantido para as duas partes do processo.

Bem como assegura Brasileiro (2019), o direito do acusado de ser citado é uma mistura de princípio do contraditório com ampla defesa. Ao ser citado, o acusado terá ciência do processo e será chamado para exercer seu direito ao contraditório. Dessa forma, desde o início do processo o direito ao contraditório será exercido, não sendo somente quando houver provas, mas de qualquer ato praticado no processo.

Pode-se perceber que o contraditório está relacionado com o direito de ser informado e de se manifestar no processo. O acusado só pode se defender se for informado de que há um processo contra ele e além dessa informação deverá ter acesso ao que lhe é imputado, podendo assim se defender dos fatos que lhe são imputados.

Conforme explicado acima, o contraditório se estabelece sempre que houver prova que venha a inferir na paridade instrumental do convencimento, impondo a condução dialética do processo. Essa dialética se dá pelos argumentos ao ir de encontro com as teses de acusações e à pretensão punitiva da acusação.

A imparcialidade do juiz é mantida através da instrumentalização do contraditório, o sistema da persuasão racional, que tem por destino atingir o convencimento do juiz. O convencimento do juiz é formado somente através de uma persuasão realizada pelas partes, devendo ser motivado na sentença. É vedada a fundamentação da decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação (COUTO, 2019, p. 18).

Espera-se, dessa forma, que os direitos do acusado sejam respeitados durante todo o processo e que o juiz mantenha uma equidistância das partes. O princípio do

contraditório é uma regra no processo penal brasileiro e garante às partes o direito de serem informados dos atos ali ocorridos, evitando decisões surpresas.

Esse princípio também garante às partes que o juiz tomará sua decisão baseada em sua livre convicção motivada, dessa forma, ao motivar a decisão, as partes podem concordar ou não com a sentença, e baseado na justificativa do julgador, poderão recorrer de tal decisão aos órgãos superiores, demonstrando qual parte da decisão não está de acordo com o entendimento.

### **3.4.3 Princípio da irretroatividade da lei penal**

O inciso XL do 5º da CF/88 estabelece que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, dessa forma, a Constituição Federal mostra que não há possibilidade de aplicação de lei penal mais gravosa. Além da CF/88, o artigo 2º do Código Penal mostra, no mesmo sentido que: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.”

Destaca-se os casos em que há conflitos de normas a serem aplicadas no caso concreto:

Quando as duas normas penais passíveis de serem aplicadas a determinado caso concreto ou a uma ação em tese trazem modificações positivas e negativas ao mesmo tempo, o magistrado deverá optar por uma das duas, procurando, obviamente, aplicar a que seja menos prejudicial ao réu. Tal posicionamento tem fundamento na ideia de que seria vedado ao magistrado alçar-se à condição de legislador, combinando as duas normas penais em análise e criando uma terceira. (PASCHOAL, 2015)

Para Paschoal (2015), a irretroatividade da lei penal é uma forma de reflexo da justiça, pois considera ser injusto conceder uma pena superior à época dos fatos praticados, e ainda, reflete ser pior continuar punindo uma pessoa após o fato deixar de ser considerado crime.



## 4 DO DIREITO COMPARADO

É certo que o juiz das garantias é uma inovação trazida pelo Pacote Anticrimes no Brasil, porém é válido dizer que dentre os países mais desenvolvidos se aplica esse instituto há algum tempo. Mauro Fonseca Andrade (2020) destaca que o juiz das garantias teve início na década de 1970 e está presente em diversos países da Europa e da América do Sul, conforme será explicado a seguir.

### 4.1 JUIZ DAS GARANTIAS NA ARGENTINA

Segundo o professor Mauro Fonseca Andrade (2020), na Argentina o juiz das garantias teve sua implementação iniciada em 1991, de forma progressiva. Importante dizer que ainda não há esse instituto em todos os lugares de Argentina.

O Ministério Público argentino faz um pedido preliminar, como uma prisão provisória, pedidos de busca e apreensão ou quebras de sigilo para o juiz da investigação, dessa forma esse juiz analisará o pedido formulado, podendo recusar ou não os pedidos formulados pelo Parquet argentino.

Ao final da investigação, o promotor poderá fazer uma denúncia à justiça argentina, formalizando o processo apurado em investigação criminal. Importante destacar, nesse momento, que o juiz que participou da investigação não estará mais presente nos atos seguintes daquele processo. Outro juiz receberá ou não a acusação, devendo destacar que em alguns casos será um juiz sozinho, uma turma com três magistrados ou até mesmo um júri misto e esses novos juízes irão decidir sobre a sentença, devendo absolver ou condenar o acusado.

### 4.2 JUIZ DAS GARANTIAS EM PORTUGAL

Ainda em relação ao estudo realizado por Mauro Fonseca Andrade, Portugal foi um dos primeiros países a aderir o sistema de juiz das garantias. O sistema foi adotado em 1987 com a introdução de um novo Código de Processo Penal.

A nova Lei Portuguesa tratou do juiz da instrução, sendo este tendo funções parecidas com o juiz das garantias. A redação do artigo 17 da Lei Portuguesa trata da competência desse juízo, sendo esta: Compete ao juiz de instrução proceder à

instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até à remessa do processo para julgamento, nos termos prescritos neste Código.

Dessa forma, no modelo português, conforme Mauro Andrade, um juiz atuaria na fase de investigação, recebendo ou não a acusação e após a aceitação dessa denúncia outro juiz atuaria no processo, conferindo ao acusado a prerrogativa do juiz imparcial, visto que o juiz do processo não teria participado da produção de provas na parte de investigação.

Em relação ao entendimento jurisprudencial, é importante ressaltar que a corte portuguesa se preocupou em demonstrar, além da previsão legal, como o juiz da instrução deve atuar. O entendimento jurisprudencial português de 15-10-2008 especificou que: 1. Compete ao juiz de instrução exercer todas as funções jurisdicionais até à remessa do processo para julgamento, nos termos do disposto no art. 17º do C.P.Penal, independentemente de, uma vez deduzida a acusação, ter ou não sido requerida a abertura de instrução.

O juiz de instrução, poderá praticar os seguintes atos durante o inquérito policial:

art. 269 [...] 1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar:

- a) A efetivação de perícias, nos termos do n.º 3 do artigo 154.º;
- b) A efectivação de exames, nos termos do n.º 2 do artigo 172.º;
- c) Buscas domiciliárias, nos termos e com os limites do artigo 177.º;
- d) Apreensões de correspondência, nos termos do n.º 1 do artigo 179.º;
- e) Intercepção, gravação ou registo de conversações ou comunicações, nos termos dos artigos 187.º e 189.º;
- f) A prática de quaisquer outros actos que a lei expressamente fizer depender de ordem ou autorização do juiz de instrução.

2 - O juiz pratica os actos referidos no número anterior a requerimento do Ministério Público, da autoridade de polícia criminal em caso de urgência ou de perigo na demora, do arguido ou do assistente.

3 - O requerimento, quando proveniente do Ministério Público ou de autoridade de polícia criminal, não está sujeito a quaisquer formalidades.

4 - Nos casos referidos nos números anteriores, o juiz decide, no prazo máximo de vinte e quatro horas, com base na informação que, conjuntamente com o requerimento, lhe for prestada, dispensando a apresentação dos autos sempre que a não considerar imprescindível.

#### 4.3 JUIZ DAS GARANTIAS NA ALEMANHA

Na Alemanha, o juiz que assegura a fase pré-processual é chamado de juiz de investigação, suas atribuições estão relacionadas a questões como busca e apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas e prisão.

De acordo com Fernando Antônio Tavernard Lima a competência do juízo criminal é exercer a competência originária para o processo e o julgamento de delito que tenha por objeto ação penal privada ou quando, no caso concreto, a pena for privativa de liberdade não ultrapassar dois anos, sendo tratada como pena reduzida de ofensividade. Quando forem casos diversos dos descritos acima, Fernando descreve que o tribunal será feito por jurados, com um juiz de carreira e dois jurados.

O juiz de carreira irá presidir a audiência, assim como o julgamento e tratará das questões externas, como por exemplo busca domiciliar, enquanto os jurados terão acesso aos autos e direito a voto.

#### 4.4 JUIZ DAS GARANTIAS NA ITÁLIA

Conforme narra Santos, Marcos Paulo Dutra, a figura do juiz das garantias também está presente na Itália e é demonstrado da seguinte forma, O Ministério Público italiano se encontra atrelado ao poder judiciário, conforme Constituição Italiana, e trata dos procedimentos investigatórios sendo uma etapa pré-processual. Essa etapa é presidida pelo Ministério Público, sendo ele o titular do poder de polícia judiciária. O Parquet italiano, entretanto, delega esses procedimentos à polícia italiana que fica com a fase investigatória.

Destaca-se que como o Ministério Público está inserido no Poder Judiciário italiano, o que se busca na investigação é a verdade real, sendo a verdade podendo ser favoráveis à acusação, mas também podem ser favoráveis ao indiciado.

Dessa forma Santos (2022) define como importante marco:

A mudança trazida pelo Código de Processo Penal italiano de 1988 foi a supressão da antiga figura do juiz instrutor. A Itália continua a ter juízes competentes para atuar exclusivamente na fase das investigações preliminares, porém sem exercer atividades investigatórias, a cargo do Ministério Público e da polícia. Em verdade, o papel desses magistrados é zelar pelos direitos fundamentais do investigado, apreciando os pedidos cautelares articulados pelo Parquet, v.g., produção antecipada de provas,

prisões cautelares, além de fiscalizar o exercício da ação penal pública. A preocupação com a depuração do sistema acusatório é notável, tanto que o juiz que tiver examinado uma medida cautelar repressiva pleiteada pelo Ministério Público está impedido de presidir a audiência preliminar, ato no qual é emitido o juízo positivo ou negativo de admissibilidade da denúncia. Aprecia, contudo, as promoções de arquivamento.

Ao concluir as investigações, o Ministério Público italiano deve oferecer a denúncia, se assim entender ou pedir o arquivamento, sendo que serão submetidas ao juiz instrutor, que analisará se atenderá o pleito ministerial.

Diante do exposto, é possível compreender que o juiz de garantias é um instituto de extrema importância que os principais países europeus adotam para que a imparcialidade objetiva e subjetiva seja mantida e dessa forma, o julgamento não é colocado em dúvida pela atuação de um magistrado em outra fase processual.

## **5 IMPARCIALIDADE PERANTE O TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS**

Como já dito anteriormente, a busca pela imparcialidade em um processo penal não é uma inovação brasileira, países europeus já enfrentaram tal tema anteriormente levando o assunto até o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Foi possível averiguar, em alguns casos, que houve imparcialidade no processo levando a condenação do país perante ao TEDH.

Dessa forma, será analisado como o TEDH entende a imparcialidade nos casos como "De Cubber vs Bélgica", "Piersack vs Bélgica" e "Hauschildt vs Dinamarca".

Antes de mencionar tais casos, é importante destacar que os modelos adotados nos países são diferentes dos adotados no processo penal brasileiro. No entanto, são importantes para que a imparcialidade do juiz seja observada (ANDRADE, 2011).

Para o TEDH, a imparcialidade é dividida em objetiva e subjetiva. A imparcialidade subjetiva é aquela que está no psicológico do julgador, nas convicções que foram criadas durante a vida e capacidade do julgador de não se influenciar por essas convicções criadas. Já a imparcialidade objetiva é aquela que se refere à atuação como parte no processo, o juiz não poderá atuar como se fosse parte no processo, devendo ser equidistante das partes, dessa forma, quando o juiz atua na fase de investigação, por mais que ele seja imparcial, ele não parece imparcial. ou seja, não basta o julgador ser imparcial, deve parecer ser imparcial (STEFFENS, 2020).

Conforme explicado acima é interessante, aliás, afirmar que a imparcialidade judicial pretende que o juiz esteja completamente afastado, real e aparentemente, do objeto do processo e dos interesses das partes. portanto, para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos essa seria a melhor forma de atingir a imparcialidade, diminuindo os vícios dentro de um julgamento.

Importante ressaltar, que para a Corte Europeia, o juiz julgador não deve ser um juiz que não investiga, e que se restringe a receber o resultado da apuração ou os pedidos de quebra de direitos fundamentais.

No mesmo sentido do entendimento do TEDH, o STF já decidiu que

A imparcialidade judicial é consagrada como uma das bases da garantia do devido processo legal. Imparcial é aquele que não é parte, que não adere aos interesses de qualquer dos envolvidos no processo. Há íntima relação entre a imparcialidade e o contraditório. A imparcialidade é essencial para que a tese defensiva seja considerada, pois em uma situação de aderência anterior do julgador à acusação, não há qualquer possibilidade de defesa efetiva; é prevista em diversas fontes do direito internacional como garantia elementar da proteção aos direitos humanos (...)” (HC 164.493, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 09.03.2021).

Pode-se dizer que embora os sistemas processuais do Brasil e dos outros países tenham muitas diferenças, cada um com sua peculiaridade, os mesmos também tem uma característica em comum, que é a busca pela imparcialidade de julgamentos no processo penal. Conforme *Habeas Corpus* citado acima e também acerca da implementação do pacote anticrimes, ainda que o juiz das garantias esteja suspenso, é um caminho para buscar a imparcialidade das decisões.

É importante considerar que o tema ainda não fora abordado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, razão pela qual se mostra importante trazer de forma clara o entendimento do TEDH. Para a Corte Europeia, o juiz que participou na fase de investigação não oferece a imparcialidade objetiva para julgar o mérito da causa, devendo analisar o caso concreto. Porém, por mais que o juiz atue de forma objetiva, seguindo todos os requisitos desejado, quando ocorrer tal situação, a imparcialidade subjetiva estaria sendo violada, pois essa imparcialidade subjetiva deriva do contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz instrutor uma série de pré-juízos e impressões a favor ou contra do imputado, influenciando no momento de sentenciar.

De acordo com Lopes Júnior (2003, p.150)

(...) o Tribunal uma fundada preocupação com a aparência de imparcialidade que o julgador deve transmitir para os submetidos à administração da justiça, pois ainda que não se produza o pré-juízo, é difícil evitar a impressão de que o juiz (instrutor) não julga com pleno alheamento. Isso afeta negativamente na confiança que os Tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar nos justicáveis, especialmente na esfera penal.

O autor deixa claro na citação acima que a preocupação com a imparcialidade do julgador é que não haja desconfiança da sociedade contra a justiça, tendo em vista que os julgadores devem transmitir confiança para a população. Esse é um dos motivos pelo qual é importante a discussão sobre a imparcialidade do julgamento.

Sendo assim, o entendimento adotado pelo TEDH de imparcialidade é no mesmo sentido do qual o juiz das garantias previsto no pacote anticrimes. Apesar dos sistemas processuais serem diferentes e terem suas particularidades, as garantias dos direitos individuais a um processo imparcial é um ponto em comum.

Apesar da Corte Interamericana de Direitos Humanos não abordar o tema de forma clara, os países europeus já passaram por alguns vários casos que abordam o tema em questão e que foram levados ao TEDH.

### 5.1 PIERSACK VS BÉLGICA

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, julgou, em 1981 o caso que ficou conhecido como Piersack Vs Bélgica. Piersack estava sendo acusado de homicídio, que teria ocorrido em 1977. As investigações foram presididas pelo então promotor Van der Walle era responsável por investigar crimes contra a vida. Ocorre que, posteriormente Van der Walle se tornou magistrado e atuou como juiz-presidente do caso e Piersack foi condenado pelos homicídios. A defesa de Piersack impetrou recursos internos, porém a condenação foi mantida. O caso foi levado ao TEDH que decidiu que houve violação a imparcialidade, tendo inclusive, enfrentado a questão separando a imparcialidade objetiva e subjetiva, conforme já explicado acima. (MACHADO, 2020)

O Tribunal atacou a imparcialidade objetiva e subjetiva na alínea 30 de sua decisão.

“30. Embora imparcialidade normalmente denote ausência de preconceito ou parcialidade, sua existência ou não pode, notadamente sob o Artigo 6 § 1 (art. 6-1) da Convenção, ser testada de várias maneiras. Neste contexto, pode-se fazer uma distinção entre uma abordagem subjetiva, que visa apurar a convicção pessoal de um determinado juiz em um determinado caso, e uma abordagem objetiva, que determina se ele ofereceu garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima neste respeito.”

Significa dizer que a imparcialidade normalmente denota ausência de preconceitos, sua existência ou de outra forma pode, notadamente nos termos do artigo 6 § 1 (art. 6-1) do Convenção, ser testado de várias maneiras. Uma distinção pode ser feita neste contexto entre uma abordagem subjetiva, que busca averiguar a condenação pessoal de um determinado juiz em um determinado caso, e uma

abordagem, que é determinar se ele ofereceu garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima a este respeito.

Dessa forma, o juiz ao ter atuado anteriormente no processo de forma ativa e investigando o acusado, não poderia atuar novamente na fase de julgamento.

Importante destacar que o caso se difere do processo penal brasileiro, que o juiz se torna impedido de atuar quando tiver praticado outra função, conforme art. 252 CPP:

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

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Desse modo, fica evidente a busca pela imparcialidade no processo penal da Bélgica, mesmo que os institutos tenham outros nomes, busca-se um julgamento sem vícios e conceitos prévios dos julgadores.

## 5.2 DE CUBBER VS BÉGLICA

Outro caso interessante de se destacar é o De Cubber vs Bélgica, esse ocorreu posteriormente ao Piersack vs Bélgica e foi importante para consolidar o entendimento do TEDH.

Ocorre que De Cubber foi preso por ter praticado alguns crimes. O juiz da instrução do caso, Sr. Pilate, teria participado de outros processos contra o mesmo réu e a prisão expedida na fase de instrução fora proferida pelo mesmo juiz. No momento processual adequado, Sr. Pilate fez parte do quórum de julgamento que condenou De Cubber (ANDRADE, 2011).



Ao recorrer ao Tribunal de Cassação da Bélgica, esse tribunal entendeu que não houve violação a imparcialidade sob o argumento de que o acúmulo de funções não acarretaria em ofensa legal, tampouco à Convenção.

Da mesma forma que o caso anterior, *Piersack vs Bélgica*, a defesa acionou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos alegou ofensa ao direito ao julgamento por um tribunal imparcial (art. 6, 1, da Convenção Europeia de Direitos do Homem) ante o fato de que o juiz Pilate havia sido investigador/instrutor e julgador dos casos.

O TEDH se manifestou da seguinte maneira:

“No entanto, não é possível para a Corte limitar-se a um teste puramente subjetivo; devem também ser tidas em conta considerações relativas às funções exercidas e à organização interna (abordagem objetiva). Nesse sentido, até as aparências podem ser importantes; nas palavras da máxima inglesa citada, por exemplo, no acórdão *Delcourt* de 17 de janeiro de 1970 (Série A nº 11, p. 17, parágrafo 31), "a justiça não deve apenas ser feita: ser feito". Como o Tribunal de Cassação belga observou (21 de fevereiro de 1979, *Pasicrisie* 1979, I, p. 750), qualquer juiz em relação ao qual haja uma razão legítima para temer uma falta de imparcialidade deve se retirar. O que está em jogo é a confiança que os tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar na opinião pública e, sobretudo, no que diz respeito ao processo penal, no arguido (cf. acórdão de 1 de Outubro de 1982, pp. 14-15, acima referido).”

Nesse contexto, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos confirmou o entendimento de que deve haver uma imparcialidade subjetiva e objetiva, fazendo com que a justiça não deve apenas ser imparcial, mas também parecer imparcial.

Tal contexto se assemelha à justiça brasileira, pois no caso em questão o juiz da instrução participou do julgamento, como acontece quando um juiz se torna prevento, atuando na fase de investigação e posteriormente

### 5.3 HAUSCHIELDT VS DINAMARCA

Outro caso interessante de se pontuar foi o ocorrido na Dinamarca. Em 1989, *Hauschildt* teve que apelar ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, visto que o juiz chamado *Larsen* teria proferido 15 decisões para a manutenção da prisão preventiva do acusado, dentre outras decisões contra o mesmo.

O magistrado em questão teria atuado na fase de investigação proferindo decisões contra o acusado e posteriormente, na fase processual, o tribunal presidido

por Larsen condenou Hauschildt pela pena de 7 anos. Por mais que a defesa tenha apelado aos tribunais da Dinamarca, os recursos foram negados e o caso foi levado ao TEDH com a defesa alegando a violação a imparcialidade (ANDRADE, 2011).

Nesse caso, porém, o TEDH entendeu que não houvera violação a imparcialidade pelo fato de o juiz ter atuado nas duas fases. Diferentemente do que havia sido decidido nos casos anteriores. No caso em questão, foi entendido que a imparcialidade subjetiva não teria sido violada, ou seja, o fato de o juiz atuar na fase de investigação e decretar prisões preventivas, por si só, não seria capaz viciar as decisões posteriores.

Diante disso, o entendimento do TEDH foi no sentido de que

Desse ponto de vista, o caso em questão é claramente diferente de Piersack e Cubber. Em ambos os casos verificou-se uma incompatibilidade de funções, pelo facto de um magistrado que devia pronunciar-se imparcialmente sobre a culpa de um arguido ter desempenhado anteriormente outras funções relacionadas com a investigação dos mesmos crimes ou com as correspondentes acusações. Este não é o caso no presente caso.

Ou seja, o fato de o juiz ter proferido decisões na fase de investigação e depois na fase processual foi considerada uma violação a imparcialidade objetiva, demonstrando que o juiz aparentou ser parcial.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho mostrou que se faz necessária a implementação do juiz das garantias prevista no pacote anticrimes. A implementação desse instituto irá assegurar um processo mais imparcial, assegurando ao acusado que o magistrado do processo não terá contato com as provas constituídas na fase pré-processual. O pacote anticrimes prevê as funções do juiz das garantias e como se daria a atuação dos mesmos.

Destaca-se que apesar dos aparentes benefícios da implementação do juiz das garantias, o ministro Luiz Fux suspendeu sua implementação por tempo indeterminado em decisão cautela. Essa suspensão se deu em 2019 e até os dias de hoje não foi levado a julgamento pelo plenário do STF.

Podemos perceber que há uma busca por um processo longe de parcialidade não apenas no Brasil, mas como foi mostrado, há uma preocupação pela justiça de outros países, garantindo ao acusado um processo mais justo, no qual o juiz da investigação não atua na fase de instrução. Afinal, diante dos casos analisados, mostra-se que não é possível haver imparcialidade de um juiz que atua na fase investigatória e posteriormente na fase processual, sendo que a imparcialidade objetiva ou subjetiva será violada.

Há de se compreender a dificuldade da implementação desse instituto, porém, o tema é de extrema relevância, visto que há condenações de países no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, tendo em vista a parcialidade de magistrados pela atuação em fase de investigação, como são os casos de Piersack Vs Bélgica, De Cubber Vs Bélgica e Hauschildt Vs Dinamarca, trazidos para análise dessa pesquisa.

Dessa forma, não haverá se falar em comprometer a imparcialidade objetiva e subjetiva, pois os magistrados estariam tendo seu primeiro contato com o processo na fase de instrução, não havendo pré-juízos ou pré-conceitos sobre o caso ou sua convicção formada por fatos anteriores ao processo.

Com isso, o autor entende que é importante manter a discussão e observar como o STF vai julgar a suspensão do juiz das garantias previsto no pacote anticrimes,

mesmo que sua implementação esteja suspensa, já há uma previsão legal e sua implementação seria importante para o avanço do processo penal brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro. **O JUIZ DAS GARANTIAS NA INTERPRETAÇÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM**. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/e-dicao040/Mauro\\_andrade.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/e-dicao040/Mauro_andrade.html). Acesso 04 abril de 2023.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRITO, Alexis Couto D.; FABRETTI, Humberto B.; LIMA, Marco Antônio F. **Processo Penal Brasileiro, 4ª edição**: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597020403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020403/>. Acesso em: 26 out. 2022.

CHALFUN, Gustavo. **DA ANÁLISE DO JUIZ DAS GARANTIAS SOB A LUZ DO DIREITO COMPARADO E DAS DECISÕES LIMINARES NO STF** <https://www.migalhas.com.br/depeso/319989/da-analise-do-juiz-das-garantias-sob-a-luz-do-direito-comparado-e-das-decisoes-liminares-no-stf>. Acesso em 16 out. 2022

GABRIEL, Juridisse Miranda. **O juiz das garantias na legislação brasileira: um estudo sob a ótica do direito comparado** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 nov 2021, 04:49. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/57457/o-juiz-das-garantias-na-legislao-brasileira-um-estudo-sob-a-tica-do-direito-comparado>. Acesso em: 13 mar 2023.

LIMA, Walter. **A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO CONTEXTO NACIONAL E INTERNACIONAL**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/95989/a-figura-do-juiz-das-garantias-no-contexto-internacional-e-nacional>. Acesso 07 abril de 2023.

MACHADO, Iuri. **QUEM INVESTIGA PODE JULGAR? O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CASO DE CUBBER CONTRA BÉLGICA**. Disponível em: <http://www.salacriminal.com/home/quem-investiga-pode-julgar-o-supremo-tribunal-federal-e-o-caso-de-cubber-contra-belgica>. Acesso 04 abril de 2023.

MILITÃO, Eduardo. **COMO FUNCIONA O JUIZ DE GARANTIAS PELO MUNDO** <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/15/como-e-juiz-de-garantias-pelo-mundo-alemanha-portugal-brasil-argentina.htm>>. Acesso em 26 out. 2022

SANTOS, Marcos Paulo D. **Comentários ao Pacote Anticrime**: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645077. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>. Acesso em: 14 mar. 2023.

STEFFENS, Luana. **O DIREITO FUNDAMENTAL À IMPARCIALIDADE DO JULGADOR NA CONCEPÇÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS**

**HUMANOS: o direito a um julgamento justo – caso Piersack v. Bélgica.** Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Luana+Steffens.pdf/12f7a06d-5d67-c3b2-3e86-4ecc0b648b5a>. Acesso 04 abril de 2023.