



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Henrique Lemes Blanck

**A imparcialidade judicial no instituto da prevenção no sistema acusatório: um
cenário pós-lei 13.964/19**

Florianópolis

2022

Henrique Lemes Blanck

A imparcialidade judicial no instituto da prevenção no sistema acusatório: um cenário pós-lei 13.964/19

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Blanck, Henrique Lemes

A imparcialidade judicial no instituto da prevenção no sistema acusatório : um cenário pós-lei 13.964/19 / Henrique Lemes Blanck ; orientador, Matheus Felipe de Castro, 2022.
70 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Imparcialidade Judicial. 3. Prevenção. 4. Sistema Acusatório. 5. Pacote Anticrime. I. Castro, Matheus Felipe de. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A imparcialidade judicial no instituto da prevenção no sistema acusatório: um cenário pós-lei 13.964/19”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Henrique Lemes Blanck, defendido em **06/12/2022** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10 (dez)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 08 de Dezembro de 2022



Documento assinado digitalmente

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Data: 08/12/2022 08:41:06-0300

CPF: ***.323.479-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Matheus Felipe de Castro
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente

IARA MARIA MACHADO LOPES

Data: 07/12/2022 11:19:01-0300

CPF: ***.847.719-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Iara Maria Machado Lopes
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente

RODRIGO TADEU PIMENTA DE OLIVEIRA

Data: 07/12/2022 00:01:25-0300

CPF: ***.234.069-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Rodrigo Tadeu Pimenta de Oliveira
Membro de Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC

Aos **06** dias do mês de **dezembro** do ano de 2022, às **10** horas e **30** minutos, no Auditório do CCJ, foi realizada a defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado “**A imparcialidade judicial no instituto da prevenção no sistema acusatório: um cenário pós-lei 13.964/19**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Henrique Lemes Blanck**, matrícula **18102795**, composta pelos membros **Matheus Felipe de Castro, Iara Maria Machado Lopes e Rodrigo Tadeu Pimenta de Oliveira**, abaixo assinados, obteve a aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Aprovação Integral

Aprovação Condicionada aos seguintes reparos, sob fiscalização do Prof. Orientador

Florianópolis, 08 de dezembro de 2022.



Documento assinado digitalmente
MATHEUS FELIPE DE CASTRO
Data: 08/12/2022 08:40:36-0300
CPF: ***.323.479-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Matheus Felipe de Castro
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente
IARA MARIA MACHADO LOPES
Data: 07/12/2022 11:18:16-0300
CPF: ***.847.719-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Iara Maria Machado Lopes
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente
RODRIGO TADEU PIMENTA DE OLIVEIRA
Data: 07/12/2022 00:00:32-0300
CPF: ***.234.069-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Rodrigo Tadeu Pimenta de Oliveira
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Henrique Lemes Blanck

Matrícula: 18102795

Título do TCC: A imparcialidade judicial no instituto da prevenção no sistema acusatório: um cenário pós-lei 13.964/19

Orientador(a): Matheus Felipe de Castro

Eu, Henrique Lemes Blanck , acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 06 de dezembro de 2022.



Documento assinado digitalmente

Henrique Lemes Blanck

Data: 06/12/2022 23:51:21-0300

CPF: ***.539.090-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

HENRIQUE LEMES BLANCK

*Para minha mãe, que mesmo à distância,
tem o dom de fazer tudo ficar bem.*

AGRADECIMENTOS

Obrigado a todos que contribuíram nesta jornada de estudos, espero que ela esteja ainda no começo. Meus agradecimentos, em especial, vão para aqueles que fizeram esta área da minha história menos difícil e não soltaram a minha mão: Dilza Blanck, Vagner Blanck, Gabriel Blanck, Vitória Schwartz, Brenda Klug, Rodrigo Könsgen, Emanuele Gebeluky, Nathany Blank, Otávio Bonow, Frederico Weissheimer, Jean Reinhold, Júlia Brum, Vitória Dias, Vinicius Benin, Felipe Haas, Matheus Machado, Luiz de Aquino, Isabela Budib, Heloísa Burtet, Marcela Zanoni, Beatriz Cardoso (*in memoriam*), Lucas Nunes, Lucas Donatti, Aline Clemente, Ana Patte, Líria Marquetti, Glexandre Calixto, Carolina Pohlod e Suely Dióz.

Aproveito o espaço para agradecer também aos professores que passaram por esta jornada, pois trago um pouquinho de todos eles, até dos que tive menos afinidade. No entanto, nas pessoas de Verônica Roldán, Elisângela Maas, Anita Pereyra, Paula Kuhn e Matheus de Castro, eu agradeço aos mestres que conquistaram um lugar no meu coração e fizeram esta jornada possível até aqui e espero um dia poder representá-los nas artes de ensinar e encantar.

Sou grato também ao Curso Alfa de Pelotas e à Universidade Federal de Santa Catarina, dos quais lembrarei para sempre com carinho e que detêm grande responsabilidade em tornar este sonho de ter cursado Direito, numa das melhores universidades do país, uma realidade.

Por fim, agradeço à Ele, ao Universo, ao Karma ou seja lá o nome que tiver, pois não estou num momento de muita convicção religiosa, no entanto, sei que algo maior me encaixou neste contexto, com esta família, com estes amigos, com estes professores, naquele cursinho preparatório e nesta universidade e a isto eu agradeço.

Makes me that much stronger
Makes me work a little bit harder
It makes me that much wiser
So thanks for making me a fighter.
(STORCH e AGUILERA, 2002)

RESUMO

Considerando a prevenção como vinculante do magistrado quando este for responsável por alguma carga decisória no ato processual, objetiva-se verificar se a imparcialidade está presente com a aplicação de tal instituto. Para tanto, procede-se à análise dedutiva do instituto da prevenção, do debate sobre a imparcialidade judicial e dos sistemas acusatório, inquisitório e misto, à luz da Constituição Federal. Desse modo, observa-se que a imparcialidade é prejudicada pela prevenção, pois o contato e decisão prévios do magistrado sobre elementos investigativos ou etapas anteriores de um processo resultam em vícios ou vieses cognitivos, de modo a irem de encontro com o sistema acusatório e, conseqüentemente, com a Constituição Federal, por concentrar várias funções em uma única pessoa. Portanto, a supressão da prevenção deveria ser reconhecida, de modo a garantir que esta não se torne um escape para o procedimento inquisitório e, nesse cenário, a figura do juiz das garantias se mostra como a solução para muitas destas hipóteses de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Imparcialidade Judicial; Prevenção; Sistema Acusatório; Pacote Anticrime.

RESUMEN

Considerando la prevención como vinculante para el magistrado cuando le corresponde alguna carga decisoria en el acto procesal, el objetivo es verificar si la imparcialidad está presente con la aplicación de tal instituto. Para ello, se realiza un análisis deductivo del instituto de la prevención, el debate sobre la imparcialidad judicial y los sistemas acusatorio, inquisitivo y mixto, a la luz de la Constitución Federal. De esta forma, se observa que la imparcialidad se ve perjudicada por la prevención, ya que el contacto previo y la decisión del magistrado sobre elementos de investigación o etapas previas de un proceso resultan en vicios o sesgos cognitivos, en aras de ir en contra del sistema acusatorio y, en consecuencia, con la Constitución Federal, por concentrar varias funciones en una sola persona. Por tanto, debe reconocerse la supresión de la prevención, a fin de garantizar que no se convierta en una vía de escape para el procedimiento inquisitivo y, en este escenario, la figura del juez de garantías aparece como la solución a muchas de estas hipótesis de inconstitucionalidad.

Palabras clave: Imparcialidad Judicial; Prevención; Sistema Acusatorio; Paquete Anticrimen.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART Artigo

CF Constituição da República Federativa do Brasil

CIDH Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CNJ Conselho Nacional de Justiça

CP Código Penal

CPC Código de Processo Civil

CPP Código de Processo Penal

HC Habeas Corpus

MP Ministério Público

OEA Organização dos Estados Americanos

ONU Organização das Nações Unidas

PJe Processo Judicial Eletrônico

PL Projeto de Lei

PLS Projeto de Lei no Senado

RN Regras de Negócio

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Supremo Tribunal de Justiça

TEDH Tribunal Europeu de Direitos Humanos

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	A PREVENÇÃO NA LEGISLAÇÃO E SEUS FUNDAMENTOS	14
2.1	A PREVENÇÃO NO CENÁRIO PRÉ-PROCESSUAL	17
2.2	A PREVENÇÃO NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO	18
2.3	A PREVENÇÃO NOS TRIBUNAIS	19
2.4	A PREVENÇÃO NA ESFERA CIVIL	23
2.5	A IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ	27
2.6	A APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO PJE	29
3	O GIRO EPISTEMOLÓGICO PROCESSUAL NO BRASIL	33
3.1	O SISTEMA BRASILEIRO É ACUSATÓRIO?	34
3.2	A MANIFESTAÇÃO INQUISITORIAL NO BRASIL	38
3.2.1	Alterações legislativas que afastam este sistema	40
3.3	SISTEMA MISTO OU FRANCÊS	42
4	IMPACTOS DA PREVENÇÃO SOBRE A IMPARCIALIDADE	44
4.1	O SENTIDO IMPRESSO AO CPP COM O JUIZ DAS GARANTIAS	49
4.2	ASPECTOS COGNITIVOS DA IMPARCIALIDADE	55
4.2.1	As heurísticas e os vieses cognitivos	55
4.2.2	A teoria da Dissonância Cognitiva	57
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
	REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

A presente produção, apresentada como Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, tem como objetivo analisar a importância da imparcialidade judicial, os mecanismos que a garantem no sistema brasileiro e de que maneira o instituto da prevenção se manifesta neste cenário, com todas as suas possibilidades de aplicação.

É possível afirmar que o instituto em questão, no cenário pré-processual, vincula o magistrado caso haja necessidade de prisão em flagrante e expedição de mandado de busca e apreensão, por exemplo. No primeiro grau, alguns casos do que previnem o juízo seriam a concessão de fiança, a conversão da prisão em flagrante em preventiva ou temporária, bem como a decretação da prisão preventiva ou de prisão temporária. Nos tribunais, alguns exemplos de quando o instituto é envolvido consiste nos casos em que os desembargadores são chamados a se manifestarem sobre um pedido de habeas corpus durante o processo e em uma interposição de recurso em sentido estrito.

Desta forma, o trabalho aqui apresentado objetiva analisar de que maneira a (im)parcialidade é influenciada através da aplicação deste instituto, no cenário brasileiro, com o apoio de teorias cognitivas advindas Psicologia na fundamentação e como isso se relaciona com o disposto na Constituição Federal, de modo que a problemática reside no debate sobre se o instituto da prevenção vai ao encontro de um processo constitucionalizado e acusatório ou se estaria a reforçar o princípio inquisitório, bem como o resultado disto.

A pesquisa utilizou uma metodologia de construção dedutiva, tendo por referencial teórico principal o debate sobre a imparcialidade judicial, destacando-se Faustino Cordón Moreno e suas ponderações sobre o assunto em questão. Dividido em 3 capítulos, este trabalho contém informações sobre o instituto da prevenção, os sistemas processuais aplicados no cenário nacional, a (im)parcialidade judicial, o juiz das garantias e os aspectos cognitivos da (im)parcialidade.

O primeiro capítulo se destina a estudar o instituto da prevenção na legislação e seus fundamentos, como o princípio da identidade física do juiz. Ademais, o segundo capítulo tem como objetivo a compreensão dos sistemas processuais e como estes se manifestam no Brasil, a depender do contexto legal.

Por fim, no terceiro capítulo, o fito está em desmistificar os impactos da prevenção na imparcialidade judicial; as heurísticas e os vieses cognitivos; a teoria da dissonância cognitiva e como a aplicação do instituto do juiz das garantias se apresenta diante deste contexto.

2 A PREVENÇÃO NA LEGISLAÇÃO E SEUS FUNDAMENTOS

A palavra prevenção advém do Latim *praevenire* (*prae*, “antes” e *venire*, “vir”), ou seja, significa antecipar ou vir anteriormente. Destarte, conforme o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

TÍTULO V

DA COMPETÊNCIA

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:

[...]

VI - a prevenção;

[...]

E também:

CAPÍTULO VI

DA COMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO

Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa.

A partir desses aspectos, NUCCI (2020, p. 426) afirma que a prevenção é o conhecimento antecipado de determinada questão jurisdicional por um juiz, o que o torna competente para apreciar os processos conexos e continentais. Nesse sentido, o instituto da prevenção trata-se de critério subsidiário de determinação de competência, sendo aplicado quando os demais critérios não forem suficientes. Isto ocorre nas hipóteses em que há concorrência de dois ou mais juízes, igual e originariamente competentes. (PACELLI, 2020, p. 347).

Por conseguinte, constitui a hipótese de tal aplicação subsidiária quando o réu não possuir domicílio certo ou tiver mais de uma residência ou mesmo quando não for conhecido seu paradeiro, não tendo sido a competência firmada pelo lugar da infração e, também, havendo mais de um juiz competente, no concurso de jurisdições, sem possibilidade de aplicação dos critérios desempataadores do art. 78 do Código de Processo Penal:

CAPÍTULO II

DA COMPETÊNCIA PELO DOMICÍLIO OU RESIDÊNCIA DO RÉU

Art. 72. Não sendo conhecido o lugar da infração, a competência regular-se-á pelo domicílio ou residência do réu.

§ 1º Se o réu tiver mais de uma residência, a competência firmar-se-á pela prevenção.

§ 2º Se o réu não tiver residência certa ou for ignorado o seu paradeiro, será competente o juiz que primeiro tomar conhecimento do fato.

[...]

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

[...]

II - no concurso de jurisdições da mesma categoria:

- a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave;
- b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade;
- c) firmar-se-á a competência pela prevenção, nos outros casos;

Outra possibilidade de aplicação do instituto da prevenção consiste na hipótese de uma infração penal ter ocorrido a bordo de navios e aeronaves, em águas territoriais, no espaço aéreo correspondente ao território brasileiro, em rios e lagos fronteiriços ou em alto mar, não sendo possível determinar o local de embarque ou chegada imediatamente anteriores ou posteriores à ocorrência do crime, conforme o CPP nos artigos 89,90 e 91 (BRASIL, 1941):

CAPÍTULO VIII

DISPOSIÇÕES ESPECIAIS

Art. 88. No processo por crimes praticados fora do território brasileiro, será competente o juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República.

Art. 89. Os crimes cometidos em qualquer embarcação nas águas territoriais da República, ou nos rios e lagos fronteiriços, bem como a bordo de embarcações nacionais, em alto-mar, serão processados e julgados pela justiça do primeiro porto brasileiro em que tocar a embarcação, após o crime, ou, quando se afastar do País, pela do último em que houver tocado.

Art. 90. Os crimes praticados a bordo de aeronave nacional, dentro do espaço aéreo correspondente ao território brasileiro, ou ao

alto-mar, ou a bordo de aeronave estrangeira, dentro do espaço aéreo correspondente ao território nacional, serão processados e julgados pela justiça da comarca em cujo território se verificar o pouso após o crime, ou pela da comarca de onde houver partido a aeronave.

Art. 91. Quando incerta e não se determinar de acordo com as normas estabelecidas nos arts. 89 e 90, a competência se firmará pela prevenção. (Redação dada pela Lei nº 4.893, de 9.12.1965)

Por fim, para encerrar as hipóteses de aplicação subsidiária da prevenção (BRASIL, 1941):

DA COMPETÊNCIA PELO LUGAR DA INFRAÇÃO

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

[...]

§ 3º Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.

Art. 71. Tratando-se de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.

Sobre os artigos imediatamente supracitados acerca das hipóteses de aplicação subsidiária da prevenção (artigos 70 e 71), afirma-se que tanto o crime continuado quanto o crime permanente, cuja execução se prolonga no tempo, podem se desenvolver em lugares diferentes, sendo possível que o agente ultrapasse os limites territoriais de uma comarca, atingindo a esfera de competência de outros magistrados. Nesse caso, como a execução terá abrangido o território de várias comarcas, qualquer uma delas seria, em tese, competente para apurar a infração penal, firmando-se a competência pela regra da prevenção. (LIMA, 2020, p. 636).

Ademais, em conformidade com LIMA (2020 pg. 634), aspecto de suma importância consiste que para a prevenção ser reconhecida, deve haver alguma carga decisória no ato processual suficiente para prevenir a jurisdição, ainda que anterior ao oferecimento da peça acusatória. Destaca-se ainda o fato de que o instituto da prevenção foi reconhecido como súmula do STF (súmula 706), ao ser

afirmado nesta que “é relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção”.

2.1 A PREVENÇÃO NO CENÁRIO PRÉ-PROCESSUAL

Para PACELLI (2020, p. 348), no cenário da fase pré-processual, ao tratar do inquérito policial, embora este não constitua ato de exercício de jurisdição, pode ocorrer a necessidade da adoção de medidas restritivas de direito individual como prisão em flagrante. Nessa hipótese, o controle de legalidade de um ato dessa natureza, bem como a apreciação da necessidade de manutenção da medida restritiva será do Judiciário. Ademais, a expedição de mandado de busca e apreensão também configura ato de prevenção do juízo, tendo em vista o conteúdo inegavelmente decisório do ato judicial que excepciona a norma constitucional de garantia da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, Constituição Federal):

[...]

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

[...]

Segundo LIMA (2020, p. 635), muitos doutrinadores consideram que a distribuição de procedimentos não repercute na fixação da competência, uma vez que consistem em apenas medidas preparatórias das quais a relação com a eventual ação futura se dá unicamente pelo fato de serem necessárias para atender requisito indispensável ao legítimo exercício do direito de ação penal.

Karam (2005 apud LIMA, 2020, p. 635), no mesmo sentido, alega que o juiz que atuou nas medidas preparatórias não deve se tornar preventivo, pois não decidiu

sobre qualquer aspecto da causa, só então efetivamente trazida a seu conhecimento, ao contrário do que ocorre em medidas de caráter cautelar que antecedem à ação principal. Neste cenário, um exemplo de medida preparatória seria o pedido de explicações previsto no art. 144 do Código Penal (BRASIL, 1940), destinado a fornecer elementos para eventual e futura propositura de ação penal condenatória:

Art. 144 - Se, de referências, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Aquele que se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa.

Nesse sentido, é possível afirmar que a medida do art. 144 seria necessária nos casos em que expressões ambíguas permitam apenas que delas se infiram possíveis ofensas a serem esclarecidas, por não terem suficiente clareza para, por si, indicarem a atipicidade de eventuais crimes contra a honra (LIMA, 2020, p. 635).

Outrossim, observa-se que o recebimento da queixa ou da denúncia já caracteriza um juízo prévio sobre a viabilidade da ação penal então instaurada, uma vez que pressupõe o exame e já afastamento de algumas questões relativas às condições da ação, dos pressupostos processuais e da própria afirmação da competência, mesmo que não impedindo o magistrado de reexaminar tais questões após o recebimento desta (PACELLI, 2020, p. 348).

2.2 A PREVENÇÃO NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO

Perspectiva igualmente relevante é obtida através da análise de alguns exemplos de diligências que previnem o juízo, entre os quais se destacam a concessão de fiança, a conversão da prisão em flagrante em preventiva ou temporária, a decretação de prisão preventiva ou de prisão temporária, os pedidos de medidas assecuratórias dos arts. 125 a 144 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), os pedidos de provas (como expedição de mandado de busca e apreensão, interceptação telefônica ou quebra de sigilo bancário) e a manifestação do juízo acerca da regularidade da prisão em flagrante delito, quando comunicado nos termos do art. 5º, inciso LXII, da Carta Magna (BRASIL, 1988).

CAPÍTULO VI

DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

Art. 125. Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

Art. 126. Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

[...]

Art. 144-A. O juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012).

[...]

De acordo com LIMA (2020, p. 636), no entanto, habeas corpus em primeiro grau não tornaria o juízo prevento por tratar de matéria especificamente constitucional. Neste mesmo sentido, também não tornaria o magistrado prevento o fato de remeter cópia dos autos ao MP (art. 40 do CPP); os atos do juiz de plantão (após o fim do plantão, o processo deve ser objeto de distribuição) e, também, a simples antecedência de distribuição de inquérito policial, ou mesmo de ação penal ainda não despachada.

2.3 A PREVENÇÃO NOS TRIBUNAIS

No contexto dos tribunais, pode-se apontar que a prevenção torna a câmara ou o magistrado relator do primeiro recurso, ação penal ou medida processual competente para o julgamento de todas as questões processuais subsequentes que guardem relação com o mesmo feito, inclusive aqueles atinentes à execução penal. (LIMA, 2020, p. 637).

Esta questão sobre a formação precoce de um juízo acerca da ocorrência do crime e sua possível autoria se repete quando os desembargadores são chamados

a se manifestarem sobre um pedido de habeas corpus durante o processo; quando há interposição de recurso em sentido estrito, questionando-se eventual rejeição da denúncia por falta de justa causa ou de condições da ação; quando há concessão de liberdade provisória, pedido de relaxamento da prisão, indeferimento de revogação da prisão preventiva ou concessão ou denegação de HC e de recurso de apelação, atacando-se uma decisão de absolvição sumária em que o juiz reconheceu manifesta causa excludente de ilicitude ou culpabilidade do agente, ou ainda, que o fato evidentemente não constitui crime. Estas seriam circunstâncias responsáveis pela fixação da competência da respectiva câmara/turma ou do próprio relator, para posterior julgamento final do caso (RITTER, 2016, p. 140).

Em todas essas decisões supracitadas o magistrado imerge no mérito da causa, mesmo que sumariamente, até chegar a conclusão provisória de probabilidade concreta da ocorrência do crime e a possibilidade legítima de se ter desvendado sua autoria. Isto promoveria juízos que além de serem prematuros, ocasionariam a perda da imparcialidade do futuro julgador do processo, que além de já ter tomado uma decisão que buscará confirmar, terá fixado uma primeira impressão negativa do acusado em algumas das situações vistas, possivelmente a direcionar sua atuação em desfavor deste (RITTER, 2016, p. 140).

Segundo LIMA (2020, p. 637), no cenário dos Tribunais Superiores, tem prevalecido a orientação de que a decisão monocrática do relator, em recurso, não enseja a prevenção da turma que este integra se a este colegiado o recurso não tiver sido submetido. Conforme norma contida no art. 69 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020), o conhecimento do mandado de segurança, do habeas corpus e do recurso civil ou criminal torna o relator prevento para todos os recursos posteriores, tanto na ação quanto na execução, referentes ao mesmo processo, salvo se declarado suspeito ou impedido, se aposentar ou sair do Tribunal, quando incide o art. 10 da legislação supracitada:

Art. 10. A Turma que tiver conhecimento da causa ou de algum de seus incidentes, inclusive de agravo para subida de recurso denegado ou procrastinado na instância de origem, tem jurisdição preventa para os recursos, reclamações e incidentes posteriores, mesmo em execução, ressalvada a competência do Plenário e do Presidente do Tribunal. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 9 de 8 de outubro de 2001)

§ 1º Prevalece o disposto neste artigo, ainda que a Turma haja submetido a causa, ou algum de seus incidentes, ao julgamento do Plenário.

§ 2º A prevenção, se não reconhecida de ofício, poderá ser arguida por qualquer das partes ou pelo Procurador-Geral até o início do julgamento pela outra Turma.

§ 3º Desaparecerá a prevenção se da Turma não fizer parte nenhum dos Ministros que funcionaram em julgamento anterior ou se tiver havido total alteração da composição das Turmas.

§ 4º Salvo o caso do parágrafo anterior, prevenção do Relator que deixe o Tribunal comunica-se à Turma. (Incluído pela Emenda Regimental n. 34, de 7 de agosto de 2009)

Segue o art. 69 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para estudo:

Art. 69. A distribuição da ação ou do recurso gera prevenção para todos os processos a eles vinculados por conexão ou continência. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 34, de 7 de agosto de 2009)

§ 1º O conhecimento excepcional de processo por outro Ministro que não o prevento prorroga-lhe a competência nos termos do § 6º do art. 67. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 34, de 7 de agosto de 2009)

§ 2º Não se caracterizará prevenção, se o Relator, sem ter apreciado liminar, nem o mérito da causa, não conhecer do pedido, declinar da competência, ou homologar pedido de desistência por decisão transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 34, de 7 de agosto de 2009)

Outrossim, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça tem norma semelhante à do art. 69 do RISTF, na figura do artigo 71 do RISTJ, o qual afirma que a distribuição do mandado de segurança, do habeas corpus e do recurso torna preventa a competência do relator para todos os recursos posteriores, tanto na ação quanto na execução referentes ao mesmo processo (LIMA, 2020, p. 637):

Art. 71. A distribuição da ação, do recurso ou do incidente torna preventa a competência do relator para todos os feitos posteriores referentes ao mesmo processo ou a processo conexo, inclusive na fase de cumprimento de decisão; a distribuição do inquérito e da sindicância, bem como a realizada para efeito da concessão de fiança ou de decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa, prevenirá a da ação penal. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

§ 1º Se o relator deixar o Tribunal ou transferir-se de Seção, a prevenção será do órgão julgador.

§ 2º Vencido o relator, a prevenção referir-se-á ao Ministro designado para lavrar o acórdão.

§ 3º Se o recurso tiver subido por decisão do relator no agravo de instrumento, ser-lhe-á distribuído ou ao seu sucessor.

§ 4º A prevenção, se não for reconhecida, de ofício, poderá ser arguida por qualquer das partes ou pelo órgão do Ministério Público, até o início do julgamento.

§ 5º Observar-se-á a regra da distribuição por prevenção de processo para o Presidente de Seção e para as hipóteses previstas no art. 70, §§ 5º e 6º. (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

§ 6º Há prevenção nas ações e nos recursos decorrentes do mesmo procedimento policial investigatório, ainda que derivados de inquéritos diversos. (Incluído pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)

Logo, caso um Ministro do STJ mude, por exemplo, da 5ª para a 6ª Turma (ambas integrantes da 3ª Seção, que tem competência penal), mantém-se prevento para os demais processos. No entanto, se a mudança ocorrer para uma seção que não seja dotada de competência criminal, a exemplo da 1ª Seção, que tem competência tributária, aplicar-se-á, subsidiariamente, a prevenção da Turma à qual pertencia o referido Ministro, devendo os seus processos serem redistribuídos ao Ministro que vier a ocupar sua cadeira (LIMA, 2020, p. 637).

Tendo em vista o supramencionado, é paradigmática a jurisprudência advinda do informativo do STF n. 528, de novembro de 2008, na qual o Tribunal decidiu no bojo do HC 94.641/BA, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 11 de novembro de 2008:

Em acréscimo a esses fundamentos, o Min. Cezar Peluso, em voto-vista, concluiu que, na espécie, pelo conteúdo da decisão do juiz, restará evidenciado que ele teria sido influenciado pelos elementos coligidos na investigação preliminar. Dessa forma, considerou que teria ocorrido hipótese de ruptura da denominada imparcialidade objetiva do magistrado, cuja falta, incapacita-o, de todo, para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida. Esclareceu que a imparcialidade denomina-se objetiva, uma vez que não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Assim, sua perda significa falta da isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional. Observou, por último, que, mediante interpretação lata do art. 252, III, do CPP ("Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:... III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;"), mas conforme com o princípio do justo processo da lei (CF, art. 5º, LIV), não pode, sob pena de imparcialidade objetiva e por consequente

impedimento, exercer jurisdição em causa penal o juiz que, em procedimento preliminar e oficioso de investigação de paternidade, se tenha pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão. Vencida a Min. Ellen Gracie, relatora, que, no ponto, não conhecia do writ ao fundamento de supressão de instância e o indeferiu em relação às demais questões suscitadas.

Neste caso, o juiz anteriormente havia julgado um processo de investigação de paternidade das mesmas partes e o STF decidiu pela nulidade do processo em razão da imparcialidade do juízo que tinha realizado atos de natureza instrutória de ofício naqueles autos de investigação.

Conforme OLIVEIRA (2021, p. 34-35), o julgado de 2008 imediatamente supramencionado consiste na primeira vez em que se reconheceu a perda da imparcialidade (objetiva) do juiz ao atuar na investigação ou em etapa anterior do processo. Para Oliveira, os fundamentos que embasaram o voto do Ministro Cezar Peluso são os mesmos utilizados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso “Piersack vs Bélgica” de 1982, que consiste no fato de que a imparcialidade objetiva e subjetiva do julgador são prejudicadas quando se tem contato prévio com elementos investigativos. Sobre o julgado europeu se falará mais no próximo capítulo.

2.4 A PREVENÇÃO NA ESFERA CIVIL

A aplicação das normas previstas no Código de Processo Civil de 2015 na esfera penal e processualista penal podem se mostrar extremamente benéficas, principalmente quando favorecerem o réu, contanto que estejam em conformidade com os princípios e regras processuais penais (OROSO, 2018).

Neste sentido, pode-se afirmar também que a importação de conceitos desenvolvidos na esfera processualista penal para o âmbito processualista e materialista civil desempenhariam, igualmente, papel fundamental no desenvolvimento dogmático da ciência, uma vez que as ramificações do Direito não podem ser analisadas como ilhas estanques, impassíveis de qualquer diálogo, devendo sempre ser estimulado o intercâmbio de conceitos positivos, com o fito de obter desenvolvimento e aprimoramento das áreas do conhecimento (OROSO, 2018). Isso é corroborado pelo excerto de CARNELUTTI (1960, p. 48):

Solamente una ilusión puede permitirnos creer que los penalistas necesitan la ayuda de los civilistas más que éstos la ayuda de aquéllos. Ciertamente arraiga también sobre el terreno de la ciencia del derecho la mala semilla de la soberbia; pero la planta que nace de esta semilla se llama cizaña y no grano. De ser más modesta la ciencia del derecho civil, material o procesal, no puede más que ganar.

Tendo em vista o supracitado, destaca-se os seguintes artigos do CPC/2015 onde o instituto da prevenção se manifesta:

Art. 58. A reunião das ações propostas em separado far-se-á no juízo prevento, onde serão decididas simultaneamente.

Art. 59. O registro ou a distribuição da petição inicial torna prevento o juízo.

Art. 60. Se o imóvel se achar situado em mais de um Estado, comarca, seção ou subseção judiciária, a competência territorial do juízo prevento estender-se-á sobre a totalidade do imóvel.

[...]

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

[...]

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput .

[...]

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

[...]

Art. 340. Havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico.

[...]

§ 2º Reconhecida a competência do foro indicado pelo réu, o juízo para o qual for distribuída a contestação ou a carta precatória será considerado prevento.

[...]

Art. 930. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se a alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade.

Parágrafo único. O primeiro recurso protocolado no tribunal tornará prevento o relator para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo

[...]

Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

[...]

§ 3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao:

I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la;

[...]

Art. 1.029 § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido:

I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

[...]

Art. 1.037 § 3º Havendo mais de uma afetação, será prevento o relator que primeiro tiver proferido a decisão a que se refere o inciso I do caput .

[...]

Ao tratar do contexto dos tribunais, por alguns regimentos internos não respeitarem o parágrafo único do artigo 930 do Código de Processo Civil, é violado o preceito constitucional do artigo 96, I, da Constituição Federal, bem como do artigo 22, I, da mesma lei, uma vez que, sendo competência da União legislar sobre processo, a norma regimental não poderá ir além do previsto no atual CPC em relação à prevenção do relator, principalmente retirando a competência absoluta deste para atuar no caso. Segue, a seguir, os artigos anteriormente citados (BRASIL, 1988):

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

[...]

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

[...]

Embora tenha entrado em vigor em 18 de março de 2016 com o novo CPC, o enfrentamento dessa matéria na jurisprudência nacional não tem sido unânime, uma vez que muitos operadores do Direito ainda não perceberam sua relevância (ALMEIDA, 2019). Isto posto, destaca-se o seguinte julgamento advindo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Conflito de Competência 20180020025529 ou 0002541-10.2018.8.07.000):

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE DESEMBARGADORES. RELATOR ORIGINÁRIO E PROLATOR DO PRIMEIRO VOTO VENCEDOR, DESIGNADO PARA REDIGIR O ACÓRDÃO. FIGURAS QUE NÃO SE CONFUNDEM. 'RELATOR' É O JULGADOR A QUEM O FEITO ORIGINÁRIO, OU O RECURSO, TOCA POR DISTRIBUIÇÃO, FICANDO PREVENTO PARA OS DEMAIS RECURSOS QUE VENHAM A SER INTERPOSTOS. AO 'PROLATOR DO PRIMEIRO VOTO VENCEDOR' COMPETE A ATRIBUIÇÃO REGIMENTAL DE REDIGIR O ACÓRDÃO, NÃO SE LHE TRANSFERINDO A RELATORIA APENAS À CONTA DESSE FATO. INTELIGÊNCIA DAS NORMAS LEGAIS E REGIMENTAIS SOBRE O TEMA.

1. O art. 81, § 1º, do RITJDFT, dispõe que 'o primeiro recurso distribuído torna preventos o órgão e o relator para eventual recurso subsequente interposto em processo conexo, observada a legislação processual respectiva'. Ou seja, a norma ora transcrita cuida da prevenção do órgão e, sublinhe-se, do relator. O art. 118, a seu turno, refere-se à figura do 'relator' e à do 'prolator do primeiro voto vencedor'. São figuras diferentes, a quem o RITJDFT atribuiu competências (ou atribuições) diversas. O relator é o juiz natural do feito originário ou do recurso e adquire essa 'qualidade' com a distribuição, nos termos do art. 930, do CPC, sendo certo que, nos termos do parágrafo único desse dispositivo legal, 'o primeiro recurso protocolado no tribunal tornará prevento para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo'.

2. Nos termos da norma regimental, a figura do 'prolator do primeiro voto vencedor' não se confunde com a figura do 'relator' - que, por lei, é o juiz natural do feito ou do recurso, estando prevento para todos os outros feitos conexos daí para diante -, cabendo ao 'prolator do primeiro

voto vencedor', apenas e tão-somente, a tarefa de redigir o acórdão. E essa atribuição – 'redigir o acórdão' -, nos estritos termos do que se lê no RITJDFT e no CPC, não tem o condão de alterar a competência atribuída por lei ao Relator.

3. Vencido o Relator, o prolator do primeiro voto vencedor será designado para redigir o acórdão e haverá de desempenhar essa tarefa, tocando-lhe, por extensão lógica, relatar os embargos declaratórios que venham a ser eventualmente interpostos contra esse acórdão. Só isso e nada mais. O Relator seguirá sendo Relator, não podendo ser confundido com o 'prolator do primeiro voto vencedor', cuja atribuição, repita-se, é apenas a de redigir o acórdão.

4. Declarado competente o Desembargador suscitado.

Sob outra perspectiva, segundo PAIVA (2021), parte da doutrina justifica a necessidade da prevenção pois este magistrado estaria melhor habilitado para julgar, uma vez que já teria conhecimento prévio dos fatos e, conseqüentemente, mais arcabouço fático para subsidiar uma possível sentença. Tal argumento se valeria dos mesmos pressupostos que se encontram na base do chamado "princípio da identidade física do juiz", que tradicionalmente foi entendido na doutrina nacional como sendo um elemento garantia para o acusado e sobre o qual se abordará a seguir.

2.5. A IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

Conforme CASTRO e GHILARD (2020, p. 259), a identidade física do juiz seria o princípio segundo o qual o magistrado da instrução deveria ser o mesmo a proferir a decisão de mérito, uma vez que a reunião empírica das provas se relacionaria indissociavelmente com a decisão, sendo aquelas meio indispensável para chegar a esta, considerando ainda que a correta apreciação da prova só poderia ser garantida por essa relação de imediatidade cognitiva.

Nesse sentido, para Dinamarco (2005, p. 454-455 apud CASTRO e GHILARD, 2020, p. 259), o juiz que se desliga do processo no qual tomou pessoalmente toda prova oral, permitindo que outro juiz pronuncie a sentença estaria ferindo de morte todos os méritos que adviriam da adoção de um processo preponderantemente oral. Nesta visão, ainda, percebe-se como a inamovibilidade do julgador seria vista como fundamental, ao considerar que a decisão final seria fruto de uma percepção psíquica direta da prova. Ademais, a imediação (concentração) e

a oralidade agregariam aos magistrados a liberdade de apreciação da prova através da livre convicção, em referência ao visto e ouvido durante a instrução, sobre as quais seriam extraídas conclusões acerca da verdade e firmeza daquele que declara na oportunidade processual.

O princípio da identidade física do juiz passou a integrar expressamente o Código de Processo Penal com a reforma instituída pela Lei nº 11.719 de 2008:

Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

[...]

CASTRO e GHILARD (2020, p. 260), esclarecem que a identidade física do juiz não estava prevista no atual CPP, em função de uma estrutura procedimental desconcentrada, de modo que originariamente o procedimento comum ordinário se desenvolvia com a realização de várias audiências (uma de interrogatório, outra de oitiva de testemunhas de acusação e, uma terceira, de oitiva de testemunhas de defesa). É possível afirmar que apenas com a alteração do Código de Processo Penal, em 2008, que os procedimentos passaram a se desenvolver em audiências concentradas, o que teria reforçado a oralidade, demandando a adoção expressa da identidade física do juiz.

Os teóricos tradicionais como Figueiredo Dias (2004, p. 233 apud CASTRO e GHILARD, 2020, p. 258), afirmam que a aplicação deste princípio seria um dos

progressos mais efetivos e estáveis da história do direito processual penal, sendo requisito indispensável para se falar em livre valoração da prova, já que sem a apreciação imediata e direta dos elementos empíricos pelo juiz, não seria possível que este formulasse adequadamente sua convicção.

Ademais, conforme LOPES JUNIOR (2020, p. 446-447), o princípio em questão exigiria a observância dos subprincípios da oralidade, concentração dos atos e imediatidade, motivo pelo qual houve a alteração procedimental da lei em 2008, ou seja, para criar condições de máxima eficácia dos subprincípios. O autor anteriormente citado afirma ainda que o princípio traria vantagens e inconvenientes, uma vez que o juiz que presidiu a coleta da prova e teve contato direto com as testemunhas, peritos, vítimas e o imputado teria uma visão mais ampla do caso penal submetido a julgamento mas, por outro lado, “esse juiz poderia estar contaminado, seduzido pelos seus prejulgamentos e sem alheamento suficiente para ponderar a prova colhida e julgar com serenidade”.

2.6 A APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO PJE

O PJe¹, Processo Judicial Eletrônico, consiste em um sistema de tramitação de processos judiciais, resultante da união de requisitos definidos pela Justiça Federal com as revisões empreendidas no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a fim de assegurar a possibilidade de utilização nos diversos segmentos. É um software elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça a partir da experiência e com a colaboração de diversos tribunais brasileiros.

Nesse sentido, em relação à prevenção, atualmente, o PJe faz a sua verificação automaticamente no ato da distribuição do processo ou da redistribuição pontual. Destarte, utiliza uma nomenclatura técnica denominada de Regras de Negócio (RN) para nomear as declarações que definem ou restringem algum aspecto do negócio. Portanto, abaixo estão as Regras de Negócio do PJe relacionadas à prevenção (BRIZOLA, 2017)

:

¹ Para mais informações: <https://www.pje.jus.br/wiki/index.php/P%C3%A1gina_principal> Acesso em: 23/11/2022.

> RN 303: Ocorrência da verificação da prevenção

A rotina de análise de prevenção ocorre somente na distribuição e redistribuição de processos. Sendo assim, o processo que teve sua autuação retificada não sofre nova análise, porém os novos processos autuados levarão em consideração a nova composição do processo retificado.

> RN 304: Situações indicadas para análise de prevenção

A análise de prevenção utiliza os seguintes critérios para marcar possíveis preventos para o processo:

(1) identidade de assunto (s) e partes (ainda que em polos diversos);

(2) identidade de assuntos e entre a parte ativa e a pessoa jurídica a que está vinculada a autoridade constante do polo passivo, em caso das classes: mandado de segurança, mandado de injunção, habeas corpus e habeas data;

(3) identidade de assunto (s) e de polo passivo em ações coletivas (classes: ação civil pública, ação coletiva pública, mandado de segurança coletivo).

Com base nesses critérios, o sistema aponta ao magistrado a possibilidade de prevenção, cabendo a ele confirmar ou declinar a prevenção de fato, retirando a conexão entre os processos, caso decida pela declinação ou registrando a data, caso confirme.

As partes verificadas na prevenção são apenas as partes principais do polo ativo e passivo, não são verificados advogados ou outros representantes ou terceiros interessados.

> RN 364: Identificação da prevenção

A prevenção deve ser acusada quando um critério de prevenção, apurado a partir das informações do processo submetido à análise, aponta a existência de um ou mais processos já existentes que se encaixam no critério.

Os critérios de prevenção podem ser “indicativo de prevenção” ou “determinante de dependência”.

Caso um processo apresente um “indicativo de prevenção”, o sistema deverá registrar avisos tanto no processo novo quanto no antigo possível preventivo.

Por exemplo, quando o PJe acusa a possibilidade de prevenção entre dois processos, por exemplo A e B, haverá o registro de uma "conexão" entre o primeiro processo e o segundo (A > B), assim como o registro de outra conexão entre o segundo processo e o primeiro (B > A).

Se os processos tramitam no mesmo órgão, quando o magistrado analisar um deles, por exemplo A, ambos deixarão de exibir alertas de prevenção entre si, não haverá mais o alerta de prevenção A > B, nem o alerta inverso B > A, devido ao fato de que os dois processos tramitam no mesmo órgão.

No entanto, se houver um terceiro processo, por exemplo C e houver um indicativo de prevenção de $B > C$, a análise da prevenção $A > B$ não deverá excluir o indicativo (e o alerta) da prevenção $B > C$.

Quando a prevenção é entre processos de juizados diferentes, a análise e despacho registrado num processo/juizado não afeta o processo do outro órgão julgador.

Desta forma, cada magistrado de cada órgão julgador irá realizar a sua análise de prevenção em seus processos.

A exceção para o comportamento de registro da prevenção nos dois processos ocorre quando pelo menos um dos processos for sigiloso, caso em que deverá ser seguida a RN 373.

Caso um processo apresente prevenção com critério "determinante de dependência", o processo deverá ser distribuído ao juízo a que pertence o processo paradigma. E ambos os processos (independentemente de sigilo) deverão ser registrados como conexos entre si por motivo de "Dependência" (DP).

A verificação de prevenção deve ignorar processos judiciais novos cujas classes sejam marcadas como impassíveis de prevenção.

> RN 372: Avisos de possíveis preventos

Observada a restrição para processos sigilosos, os processos com possível prevenção e os seus paradigmas terão registrados em seus dados avisos desta ocorrência. Esses avisos deverão ser visíveis para os usuários internos que trabalham com eles.

> RN 373: Avisos de possíveis preventos em processos que tramitam em segredo de justiça

Quando verificada prevenção em relação a processos sigilosos, os avisos de prevenção serão registrados segundo as seguintes regras:

a) se ambos forem sigilosos, registrar o aviso apenas no processo mais antigo;

b) se o processo novo for sigiloso e o antigo não for, registrar o aviso apenas no processo sigiloso;

c) se o processo novo for público e o antigo for sigiloso, registrar o aviso apenas no processo mais antigo.

> RN 374: Prevenção obrigatória (por dependência)

A prevenção obrigatória, ou seja, a distribuição obrigatória de um processo para um órgão julgador específico devido a sua dependência de outro processo, é disponibilizada no PJe através do cadastro de processo incidental.

Caso esteja disponível para preenchimento o campo "Processo referência" e seja fornecido um número de processo referente a um processo constante daquela instalação do PJe, a distribuição ocorrerá para o mesmo órgão julgador do processo referência, independente de suas configurações de competência. Nesse caso, não deverá ser exibida opção para seleção de jurisdição e de órgão julgador.

Se o processo referência não for fornecido ou se, apesar de ser informado, não estiver na lista de processos distribuídos naquela instalação do PJe, o usuário poderá selecionar a jurisdição e o órgão julgador, de acordo com as competências possíveis (BRIZOLA, 2017).

Ademais, pode-se afirmar que essas declarações seriam provenientes de leis como as já tratadas nesta produção, como também de portarias, de regulamentos, de medidas provisórias, de atos declaratórios, de estatutos, de referências bibliográficas relevantes, de decisões da gestão da instituição, de decisões da gestão do PJe, de costumes, dentre outros aspectos relevantes (BRIZOLA, 2017).

3. O GIRO EPISTEMOLÓGICO PROCESSUAL NO BRASIL

Para NETO (2019, p. 173-175), a atual Constituição Federal, além da declaração de direitos mais extensa da história constitucional brasileira, inclui também a aplicabilidade imediata destes mesmos direitos e um conjunto de normas visando à proteção do próprio texto constitucional (sistema de controle de constitucionalidade).

Segundo o autor supracitado, esta inclusão do sistema advém de um movimento relacionado a uma alteração de paradigma ocorrida no ocidente, onde se insere o Brasil, em que passou a vigorar um “Estado Democrático de Direito”, em superação ao antigo “Estado de Direito”. Nesse cenário, todas as ações praticadas em nome do Estado teriam sua legitimidade baseada não somente na lei e no Poder Legislativo, mas também em um grau de juridicidade superior, representado pela Constituição Federal, uma vez que é nesta onde estão depositados os elementos materiais que caracterizam o novo Estado (NETO, 2019, p. 173).

Sendo assim, afirma-se que o novo Estado está protegido por dois institutos fundamentais nessa nova estrutura jurídica: Primeiramente, a supremacia constitucional, que sustentaria o entendimento da Constituição no topo do ordenamento jurídico e sobre a qual emana toda sua força normativa e, por outro lado, a rigidez constitucional, que tornaria especial o momento da elaboração de uma Constituição e retiraria da maioria o poder de supressão de direitos e garantias, assegurando, assim, direitos à minoria (NETO, 2019, p. 173).

Nesse ínterim, Canotilho (2003, p.100 apud NETO, 2019, p. 173) afirma que o Estado Constitucional seria mais do que Estado de Direito, pois o elemento democrático nele introduzido não foi apenas ali colocado para “travar o poder (to check the power) mas também foi colocado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (to legitimize state power)”.

Ademais, o princípio do Juiz Natural merece destaque, uma vez que foi colocado em dois dispositivos da Constituição, ambos no art. 5º: o primeiro no inciso XXXVII, onde está dito que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, e o segundo no inciso LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, podem ser extraídos três fundamentos, os quais consistiriam em somente ser considerados órgãos jurisdicionais aqueles instituídos pela Constituição; ninguém poder ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato e, por fim, que entre os juízes pré-constituídos vigoraria uma ordem taxativa de competências que excluiria qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja (DIAS, 1974, p. 322 apud NETO, 2019, p. 174).

Portanto, a competência seria a substancialização do princípio do juiz natural, ou seja, considera-se competente o juiz mediante a indicação taxativa das causas que ele tem a atribuição de julgar, de modo que é indispensável que entre o juiz e a causa exista uma relação de adequação legítima que só a Constituição e a lei definem e só elas podem alterar. Impor um juiz cuja competência não resulte da Constituição ou da lei em vigor no momento da propositura da demanda não é lícito, a partir do detalhamento do princípio do juiz natural, o que reiteraria a necessidade de sua estrita observância e a gravidade das situações em que é desconsiderado (NETO, 2019, p. 174).

3.1. O SISTEMA BRASILEIRO É ACUSATÓRIO?

O artigo 3º-A do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 13.964/19 afirma que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 2019).

Neste sentido, pode-se entender que, mesmo com a suspensão da eficácia, com esta lei confirmou-se qual o sistema legal que deve ser praticado no Brasil, o Sistema Acusatório, o qual já estaria indicado na atual Carta Magna através de mecanismos como o artigo 129, inciso I, que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública e de princípios como o do devido processo legal (art. 5º, LIV); do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV); do juiz natural (art. 5º, LIII) e, por último, da presunção de inocência (art. 5º, LVII):

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

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

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

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

[...]

O conjunto de direitos fundamentais processuais penais acima transcritos fundamenta o “devido processo legal substancial”, o qual consistiria numa constelação de direitos que confirmam o sistema acusatório processual penal brasileiro. De acordo com ROSA (2013, p. 154-156), entretanto, na maioria dos manuais e foros, este fundamento é considerado apenas procedimento formal, embora seja responsável pela ampliação da tutela da vida, da propriedade e da liberdade, moduladas a partir do Garantismo e vinculadas à tradição democrática. Sobre isso, manifestou-se o STF²:

O exame da cláusula referente ao "due process of law" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 94.016-SP. Relator: Ministro Celso de Mello

Nesse sentido, para STRECK (2021, p. 758), o processo penal somente será acusatório se a gestão da prova não coubesse ao julgador, ou seja, havendo diferentes magistrados para a fase investigativa e para a fase processual, o que diminuiria os “prejuízos cognitivos” enfrentados pela defesa durante o processo judicial, pois o juiz que fosse julgar o caso não estaria “contaminado” pela versão unilateral do inquérito (a lei prevê que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias sequer serão apensados ao processo).

Segundo a tradição garantista, a produção das leis e seus respectivos conteúdos materiais devem estar vinculados de forma irrestrita e obrigatória aos princípios e aos valores presentes nas Constituições dos Estados em que vigoram, de modo que todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos de substância, que, por sua vez, condicionam a validade da essência das normas produzidas, expressando, ao mesmo tempo, os fins aos quais está orientado o denominado Estado Constitucional de Direito. Em outras palavras, as garantias são técnicas inseridas no ordenamento que têm por finalidade reduzir a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade, possibilitando-se, assim, uma máxima eficácia dos direitos fundamentais de acordo com o determinado pela Constituição (FISHER, 2008, p. 4-5).

Neste sentido, o precursor da teoria garantista, Luigi Ferrajoli, elenca dez axiomas, que são valores ou princípios garantidores de direitos mínimos do acusado que devem nortear tanto o Processo Penal quanto o Direito Penal, uma vez que não atuam somente para legitimar a punição, mas autorizam a existência desta.

Esses princípios, que têm a missão de evitar o arbítrio estatal são: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito (*Nulla poena sine crimine*); princípio da legalidade (*Nullum crimen sine lege*); princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal (*Nulla lex - poenalis - sine necessitate*); princípio da lesividade ou da ofensividade do evento (*Nulla necessitas sine injuria*); princípio da materialidade ou da exterioridade da ação (*Nulla injuria sine actione*); princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal (*Nulla actio sine culpa*); princípio da jurisdicionariedade (*Nulla culpa sine iudicio*); princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação (*Nullum iudicium sine accusatione*); princípio do ônus da prova (*Nulla accusatio sine probatione*) e, por fim, princípio do

contraditório ou da defesa (*Nulla probatio sine defensione*) (FERRAJOLI, 2002, p. 74-75).

Conforme FERRAJOLI (2002, p. 75), os dez princípios e axiomas imediatamente supramencionados definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, ou seja, as regras do jogo fundamental do direito penal, confeccionados num contexto ordenado pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal "absoluto".

Nesse cenário, afirma-se que o sistema acusatório caracteriza-se por ter clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; pela iniciativa probatória ser das partes; pelo juiz estar como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; pelo tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); pela oralidade; pela plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); pelo contraditório e possibilidade de resistência (defesa); pela ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; pela instituição atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada e, por fim, pela possibilidade de impugnar as decisões com o duplo grau de jurisdição (LOPES JUNIOR, 2020, p. 57-58).

Ademais, para LIMA (2020, p. 43), o sistema acusatório teria como suas características a oralidade e a publicidade, nele se aplicando o princípio da presunção de inocência, ou seja, com o acusado solto durante o processo. Outrossim, recebe este nome pois ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, cenário em que o Ministério Público surge como titular da ação penal pública, pela necessidade de um órgão acusador, para que não caiba ao julgador o papel de confrontar o acusado no processo, tornando-o parcial. Afirma ainda que o processo penal se constitui de um *actum trium personarum*, integrado por sujeitos parciais e um imparcial – partes e juiz, respectivamente, de modo que somente desta maneira seria possível preservar o juiz na condição de terceiro desinteressado em relação às partes, ou seja, estando alheio aos interesses processuais na busca limitada da verdade processual, jamais real.

3.2. A MANIFESTAÇÃO INQUISITORIAL NO BRASIL

Os princípios da atual Carta Magna vão de encontro com o sistema inquisitorial, o qual, conforme LOPES JUNIOR (2020, p. 56), consiste naquele em que uma mesma pessoa poderia exercer funções antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar, ou seja, concentraria as funções na mão de um só indivíduo. Ademais, para o mesmo autor, outras características desse sistema seriam a iniciativa probatória nas mãos do juiz, a parcialidade, a inexistência de contraditório pleno e a desigualdade de armas e oportunidades.

Ao analisar os aspectos do sistema inquisitorial, percebe-se que muito dele ainda se faz presente na prática no Brasil, o que ocorre em razão do contexto nacional existente no período em que o Código de Processo Penal atual foi confeccionado. Conforme GIACOMOLLI (2015, p. 145), o CPP foi criado em 1941, período em que o Brasil passava por uma ditadura chamada de Estado Novo, a qual teve início por Getúlio Vargas em 1937 e perdurou até 1945. Neste contexto, havia brutal repressão policial, rígida censura à imprensa e uma máquina de propaganda em defesa do regime ditatorial, através do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP). Sendo assim, o fato do Brasil não ter adequado a sua legislação processual criminal ao encontro da Constituição Federal de 1988 produz incoerências quanto a dispositivos inquisitoriais sendo aplicados num sistema legalmente acusatório conforme sua lei máxima, dos quais se falará logo mais.

Para LIMA (2020, p. 106), o sistema inquisitório é um modelo autoritário, cujo núcleo (gestão da prova), vinculado ao seu princípio informador (inquisitivo), orientaria uma atividade incompatível com a imparcialidade, colocando em segundo plano o contraditório e a ampla defesa, na busca ilimitada da verdade real, de modo que o imputado deixaria de ser sujeito de direitos e passaria a ser um mero objeto de investigação submetido a um inquisidor que está autorizado a extraí-la a qualquer custo. Este inquisidor, o juiz, então, deixa de tutelar a presunção de inocência em busca da verdade.

É possível afirmar que essa concentração de poderes nas mãos do juiz comprometeria sua imparcialidade, uma vez que ao atuar como acusador, este fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a

imparcialidade no julgamento. Destarte, não há contraditório em virtude da ausência de contraposição entre acusação e defesa (LIMA, 2020, p. 42).

Outros aspectos relevantes deste sistema são que, geralmente, o acusado permanece encarcerado preventivamente, sendo mantido incomunicável; que não existe a obrigatoriedade de que haja uma acusação realizada por órgão público ou pelo ofendido, sendo lícito ao juiz desencadear o processo criminal ex officio e, no mesmo sentido, que o juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, seja no curso das investigações, seja no curso do processo penal, independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado, de modo que com a gestão das provas concentrada (nas mãos do juiz), este pode chegar à conclusão que desejar (LIMA, 2020, p. 42).

O sistema inquisitório possui a premissa de que a atividade probatória tem por objetivo uma completa e ampla reconstrução dos fatos, com vistas ao descobrimento da verdade. Considera-se possível a descoberta de uma verdade real, absoluta e, por esse motivo, admite uma ampla atividade probatória, quer em relação ao objeto do processo, quer em relação aos meios e métodos para a descoberta da verdade, de modo que o acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos. Na busca da verdade material, admitia-se que o acusado fosse torturado para que uma confissão fosse obtida (LIMA, 2020, p. 42).

Ademais, ao tratar do princípio da identidade física do juiz, o qual já foi abordado anteriormente em um tópico próprio, conforme CASTRO e GHILARDI (2020, p. 266), embora tenha sido interpretado como uma garantia processual para o réu, pois evitaria valorações inadequadas da prova oral pela presença de intermediários, pode-se afirmar que este princípio poderia realizar distorções cognitivas (sobre as quais serão abordadas no capítulo a seguir) e, conseqüentemente, arbitrariedades judiciais, ou seja, percebe-se também indícios inquisitoriais neste princípio.

Conforme CASTRO e GHILARDI (2020, p. 264), a identidade física do juiz reforçaria o princípio inquisitorial uma vez que haveria uma linha de continuidade onde o magistrado participa ativamente da investigação, ainda na fase do Inquérito Policial, depois recebe a denúncia ofertada pela parte acusadora, podendo formar sua convicção previamente, instruindo o processo no sentido de valorizar as provas

que interessam para a confirmação de sua hipótese inicial e, por fim, proferir sentença conforme seu entendimento.

Tendo em vista todo o supramencionado, o processo inquisitório seria incompatível com os direitos e garantias individuais pois viola os princípios processuais penais, uma vez que sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há como falar em imparcialidade, sobre o que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (LIMA, 2020, p. 43).

3.2.1 Alterações legislativas que afastam este sistema

Algumas das mudanças ao encontro da Carta Magna, advindas com a Lei Anticrime, referem-se a vedação da iniciativa acusatória do juiz das garantias na fase investigatória e da vedação da iniciativa probatória do juiz da instrução e julgamento no curso do processo penal. Em relação a esta última, a nova redação do art. 3º-A do CPP dispõe que o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Nesse íterim, conforme Renato Brasileiro de Lima, uma interpretação sistemática da Lei n. 13.964/19 induz que qualquer iniciativa do magistrado, quanto às provas, não é mais aceitável, não apenas por força da nova redação do art. 3º-A 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 (CPP, arts. 282, §§2º e 4º, e 311, todos com redação dada pela Lei n. 13.964/19).

Sobre a vedação da iniciativa acusatória do juiz das garantias na fase investigatória, LIMA (2020, p. 107) afirma que a redação dada ao art. 156, inciso I, do CPP, pela Lei nº 11.690/08, passou a prever que o magistrado poderia, de ofício, mesmo antes do início da ação penal, determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. No entanto, o disposto na primeira parte do art. 3º-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/19, dispõe que o processo penal terá

estrutura acusatória e veda a iniciativa do juiz das garantias na fase de investigação. Operou-se, pois, a revogação tácita do art. 156, inciso I do Código de Processo Penal:

Art.156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Para LOPES JÚNIOR e ROSA (2020, p. 165-166), no entanto, “só faltou o legislador revogar expressamente o art. 156, I do CPP, pois não mais pode subsistir (está tacitamente revogado), até para evitar a resistência inquisitória”. Ademais, os mesmos autores afirmam que, com a permanência do dispositivo em questão, logo surgirá alguém que defenda o agir de ofício do juiz quando a prova for urgente e relevante. Porém, neste cenário, tal atitude seria corroborar a inquisitorialidade, já que quem determinaria a urgência e relevância seria o próprio magistrado.

Depreende-se como consequência da permissão para que o juiz busque e produza qualquer prova (CPP, art. 156, caput), colocar em risco toda ideia de alheamento aos interesses em jogo inerente à imparcialidade que deve nortear a atuação do magistrado, de modo que enquanto se insistir na atribuição de poderes investigatórios ou instrutórios ao juiz das garantias ou da instrução e julgamento, respectivamente, estará mantida nas mãos do magistrado a gestão da prova, logo, preservado todo o sistema inquisitorial do Código de Processo Penal de 1941, em flagrante contradição com a Constituição Federal (art. 129, I) e com a própria redação do art. 3º-A do CPP (LIMA, 2020, p. 112).

Neste cenário, uma problemática de destaque consistiria nos dispositivos que permitem o “ativismo judicial”, com sacrifício da garantia da imparcialidade e do sistema acusatório. É por isso que os dispositivos legais que permitem que o juiz atue de ofício na busca de provas e adoção de medidas cautelares, estão tacitamente revogados pelo art. 3º do Código de Processo Penal. A equidistância do juiz é importante elemento da imparcialidade, sendo possível dizer que a separação entre os juízes das garantias e os juízes do julgamento promove a ampliação do distanciamento subjetivo do julgador no processo penal propriamente dito (STRECK, 2021, p. 759).

Antes das mudanças advindas da Lei n. 13.964, conforme Aury Lopes Júnior, o processo penal brasileiro era essencialmente inquisitório (ou neoinquisitório para diferenciá-lo do modelo histórico medieval), uma vez que a gestão das evidências estava sob égide do juiz, de modo que, por ter atuado na fase investigatória, e com poderes para tomar iniciativa probatória, o juiz com uma imagem firme do caso, antecipadamente ao processo, ingressa na instrução apenas para confirmar suas suposições, o que seria inconstitucional na atualidade.

3.3. SISTEMA MISTO OU FRANCÊS

A ideia de que o sistema brasileiro fosse misto era a que prevalecia quando o Código de Processo Penal atual entrou em vigor, uma vez que a fase inicial da persecução penal (inquérito policial) caracteriza-se pela inquisitorialidade e, após, o início do processo caracteriza-se com uma fase acusatória. Este cenário mudou com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, típicos de um sistema acusatório (LIMA, 2020, p. 45).

No entanto, o sistema brasileiro ainda não se trata de um sistema acusatório puro, considerando a inspiração no modelo fascista italiano do Código de Processo Penal bem como os dispositivos característicos ainda presentes e vigentes. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional (LIMA, 2020, p. 45).

Perspectiva igualmente relevante mas distinta é a trazida por LOPES JUNIOR (2017, p. 61-65), o qual afirma que a ideia do sistema misto deveria ser revisada considerando que os modelos puros são apenas referências históricas e, na prática, todos os sistemas são mistos; afirma também que, por ser misto, é crucial analisar qual o núcleo fundante para definir o predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória, ou seja, se o princípio informador é o inquisitivo (gestão da prova nas mãos do juiz) ou acusatório (gestão da prova nas mãos das partes) e, também, que a noção de que a separação das funções de acusar e julgar seria suficiente e fundante do sistema acusatório é uma concepção reducionista, na medida em que

de nada serve a separação inicial das funções se depois se permite que o juiz tenha iniciativa probatória, determine de ofício a coleta de provas, decreta de ofício a prisão preventiva, ou mesmo condene diante do pedido de absolvição do Ministério Público.

De acordo com Jacinto Coutinho, neste mesmo sentido, os sistemas, assim como os paradigmas e os tipos ideais, não poderiam ser mistos, uma vez que eles são formados por um princípio unificador, ou seja, na essência, o sistema é sempre puro. O fato de ser misto significaria ser inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro (LOPES JUNIOR, 2020, p. 63).

4. IMPACTOS DA PREVENÇÃO SOBRE A IMPARCIALIDADE

A esta altura, já é possível considerar que a prevenção, modalidade de identidade física do juiz em questão de competências, parece ir de encontro à imparcialidade judicial, pois, ao tecer juízos valorativos sobre o mérito pré-processual ou processual, o magistrado se vincularia a sua decisão passada (efeito psicológico de ancoragem, como será abordado no subcapítulo 4.2), prejudicando sua capacidade de ponderar outras versões que não a escolhida por ele naquela fase processual, levando em conta que, ao analisar as provas, faria um juízo prévio de cognição sobre o processo, o qual iria, tendencialmente, orientar todas as suas outras decisões durante o processo no que disser respeito ao mesmo assunto e, se não o fizer, estaria indo contra sua própria decisão, ou seja, admitindo um erro próprio ou confessando que ponderou erroneamente no passado.

Isso seria prejudicial uma vez que a principal característica que um juiz deveria reunir para estar apto a desempenhar seu papel é a imparcialidade, advinda de um princípio supremo do processo e, portanto, imprescindível para o seu desenvolvimento e obtenção de resultado justo. É relevante mencionar Moreno (2002 apud RITTER, 2016. p. 60), o qual separa a imparcialidade em subjetiva e objetiva:

Na síntese de Faustino Cordón Moreno, a perspectiva subjetiva “trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos.” A objetiva, por sua vez, “se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna no toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto.” Quer dizer que enquanto a imparcialidade subjetiva é examinada (por mais complexo que isso seja) no íntimo da convicção do magistrado, para evitar que um processo seja conduzido por alguém cuja opinião sobre o fato apurando ou sobre os envolvidos já foi anteriormente manifestada, a imparcialidade objetiva é analisada por meio da postura do julgador, que não deverá deixar qualquer espaço para dúvida de que conduz o processo sem preterir uma parte a outra.

Em outras palavras, não bastaria que o juiz fosse alheio aos interesses das partes, sem que isto seja totalmente aparente, através de sua atuação, uma vez que se faz fundamental que seja destacada para os espectadores tal imparcialidade. Ou

seja, tanto a imparcialidade subjetiva quanto a objetiva são necessárias e, caso houver alguma dúvida sobre a existência destas, o magistrado deverá ser afastado.

Neste cenário, destaca-se, portanto, a importância de assegurar as garantias atinentes à autonomia da carreira judiciária (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio), uma vez que mantêm o juiz independente e longe das possíveis pressões de outro órgão do próprio Estado. Ademais, para viabilizar a efetivação de tal imparcialidade, além da separação e independência entre poderes, deve também haver cristalina separação das funções de acusar e julgar pelo Estado, não podendo ambas recair sobre a mesma pessoa (RITTER, 2016, p. 51).

A imparcialidade somente poderia existir quando, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, houver também um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. É isso que precisaria ser compreendido por aqueles que pensam ser suficiente a separação entre acusação-julgador para constituição do sistema acusatório no modelo constitucional contemporâneo (LOPES JUNIOR, 2020, p. 91).

LOPES JUNIOR (2020, p. 213), defende que o magistrado atuante na etapa de investigação preliminar poderia se contaminar e que isto deveria ser uma causa de exclusão da competência e impedimento (em detrimento da competência para julgar o caso) a exemplo de como ocorre no Tribunal Europeu de Direitos Humanos desde os anos 1982. Isto seria aplicado caso não houvesse ocorrido a suspensão da implementação do juiz das garantias (nome do instituto a que se refere) em decisão liminar do ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, em janeiro de 2020.

A imparcialidade corresponderia à posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de *terzietà*, um estar alheio aos interesses das partes na causa (não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas) (LOPES JUNIOR, 2020, p. 89-90)..

Conforme o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), nos casos Piersack, de 1º/10/1982, e De Cubber, de 26/10/1984, o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador, de modo que se o magistrado lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador, uma vez que isso seria uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos

Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Conforme o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a contaminação resultante dos “pré-juízos” conduziria para a falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva (LOPES JUNIOR, 2020, p. 93).

Perspectiva igualmente relevante é obtida ao analisar decisão proferida pelo TEDH no caso “Castillo-Algar contra España” (STEDH de 28/10/1998), no qual foi declarado violado o direito de haver um juiz imparcial por dois magistrados que haviam participado do julgamento de um recurso interposto contra uma decisão interlocutória tomada no curso da instrução preliminar pelo juiz-instrutor também terem participado do julgamento recursal em apelação contra a sentença (LOPES JUNIOR, 2020, p. 94).

Neste contexto, ainda se tratando da Europa, o art. 34 do “Codice di Procedura Penale” prevê, entre outros casos, a incompatibilidade do juiz que ditou a resolução de conclusão da audiência preliminar para atuar no processo e sentenciar. A Corte Constitucional da Itália, através de diversas decisões, declarou a inconstitucionalidade por omissão desse dispositivo legal, por não haver previsto outros casos de incompatibilidade com relação à atuação anterior do juiz na investigação preliminar. Em síntese, consagrou o princípio anteriormente explicado, de que o juiz que atua na investigação preliminar estaria prevento e não poderia presidir o processo, ainda que somente tenha decretado uma prisão cautelar (Sentença da Corte Costituzionale n. 432, de 15 de setembro de 1995) (LOPES JUNIOR, 2020, p. 95).

A imparcialidade somente existiria em uma estrutura processual acusatória, que mantenha o juiz afastado das atividades que são inerentes às partes, ou seja, quando o juiz não detém iniciativa probatória (o juiz não deve determinar de ofício a produção de provas, pois, ao fazer isso, ele quebra o equilíbrio entre as partes, fere de morte o contraditório e fulmina a imparcialidade, dado que é inafastável o imenso prejuízo que decorre dos pré-juízos). Pode-se afirmar também que aquele que procura, procura algo, ou seja, quando o juiz vai atrás da prova de ofício, ele decide primeiro e sai em busca dos elementos que justificam a decisão já tomada, o que deveria ser evitado, já que implica em pré-julgamento (LOPES JUNIOR, 2020, p. 160).

Destarte, a imparcialidade do magistrado ficaria evidentemente comprometida quando se está diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios)

ou quando a este é atribuído poderes de gestão ou de iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade, e o outro, de inércia (LOPES JUNIOR, 2020, p. 833).

Outro ponto relevante para a pesquisa é de que, conforme LOPES JUNIOR (2016), a imparcialidade é uma construção técnica artificial do processo, que não se confunde com “neutralidade”, uma vez que o magistrado ignora os fatos políticos, religiosos e ideológicos, mas não é neutro, considerando que possui suas opiniões pessoais. Nesse sentido, a garantia da jurisdição seria ilusória e meramente formal quando não se tem um juiz imparcial, de modo que o autor afirma que “mais honesto seria reconhecer que nesse caso não se tem a garantia da jurisdição, pois juiz contaminado é juiz parcial, logo, um não-juiz”.

De acordo com CASTRO e GHILARD (2020, p. 265), o advento da ciência na modernidade e, posteriormente, do positivismo científico, fez com que houvesse a crença de que o ser humano poderia anular-se enquanto sujeito cognoscente, extraindo das relações de conhecimento uma verdade que nelas estaria ocultada. No entanto, para os autores, no século XX, com as viradas fenomenológicas e linguísticas, a artificialidade dessas separações ficou mais evidente, uma vez que compreendeu-se que as coisas e os fatos não são portadores de verdades ônticas, mas produtos de atribuição de significados pela via da linguagem.

Contextualmente, COSTA (2022, p. 22) afirma que não há nenhuma disposição expressa sobre a imparcialidade judicial na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, com a ausência de leis em sentido estrito, prevendo expressamente a imparcialidade do magistrado na atividade jurisdicional. Não obstante, mesmo que o CPP traga em sua redação instrumentos para preservar a imparcialidade do juiz, como as causas de impedimento e suspeição, um dispositivo determinando a atuação de modo imparcial não se faz presente, salvo em relação aos jurados, quando há a obrigação de “examinar a causa com imparcialidade” (art. 472) ou como hipótese de desaforamento quando houver dúvida sobre a imparcialidade do júri (art. 427, caput). O CPC, aplicado subsidiariamente ao CPP, também não contém nenhuma cláusula determinando expressamente a atuação imparcial do juiz, embora possua um capítulo inteiro destinado aos impedimentos e às suspeições (arts. 144 e seguintes), prevendo no art. 146, § 7º que “O tribunal

decretará a nulidade dos atos do juiz, se praticados quando já presente o motivo de impedimento ou de suspeição”.

É importante ressaltar, no entanto, que a incorporação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) ao ordenamento jurídico nacional, reitera a garantia de um juiz ou tribunal imparcial, por força dos Decretos nºs 592 e 678, respectivamente:

Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito à controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores (Artigo 14.1 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos).

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (Artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos Pacto de São José da Costa Rica).

Ou seja, o suficiente para afastar as dúvidas sobre o assunto, uma vez que preveem a garantia de um juiz ou tribunal imparcial. Ademais, a atuação do juiz deve ser no sentido de garantidor dos direitos fundamentais do acusado no processo penal, mantendo-se afastado da investigação preliminar.

Conforme STRECK (2021, p. 762), é possível afirmar que não deve haver espaço para o protagonismo da figura do juiz, uma vez que a imparcialidade exigida do Judiciário está intimamente ligada a uma prática que não toma parte nos casos que são submetidos a sua apreciação, de modo que as referências à “estrutura acusatória” e à “vedação à iniciativa probatória do juiz” tenham um significado

fundamental para a compatibilização do sistema processual penal brasileiro à principiologia constitucional além da teoria.

Assim, para CASTRO e GHILARDI (2020, p. 174), acreditar na adesão espontânea do julgador aos termos idealizados da Constituição, no sentido de uma adesão subjetiva a um desejo de imparcialidade não é suficiente, de modo que mecanismos legais que garantam a imparcialidade objetiva do julgador se fariam necessários para um Estado democrático constitucional de direito.

Destarte, um mecanismo neste sentido seria o Juiz das Garantias, uma vez que assegura o afastamento do juiz que julgará o caso na instrução, dos elementos produzidos na fase investigatória, garantindo, assim, maior imparcialidade do magistrado que apreciará a pretensão punitiva. Pode-se afirmar que este mecanismo trata-se de uma mudança prática advinda da Lei n. 13.964/19 ("Pacote Anticrime"), no entanto, teve sua eficácia suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, proferida em 22 de janeiro de 2020, um dia antes de quando deveria entrar em vigor e, até a data atual, em dezembro de 2022, continua suspenso.

4.1 O SENTIDO IMPRESSO AO CPP COM O JUIZ DAS GARANTIAS

De acordo com COSTA (2022, p. 32), a Exposição dos Motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Penal aprovado pelo Senado no ano de 2009, por meio do PLS n. 156/2009 e, posteriormente, convertido no PL n. 8045/2010 na Câmara dos Deputados afirmou que, com o intuito de haver um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias era de rigor. Ou seja, a criação do juízo de garantias representaria grande passo na concretização do sistema acusatório, além de atender basicamente duas estratégias: primeiramente, a da otimização da atuação jurisdicional, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional e, por outro lado, a de manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação".

Sobre o Juiz das garantias, este instituto é o 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. Tendo surgido na legislação brasileira a partir da lei 13.964/2019, está previsto nos arts. 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal (BRASIL, 2019):

Art. 3º-B. 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.

§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria deste 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.

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.

Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no caput deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.

Para Renato Brasileiro, trata-se da outorga exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, da competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal, o qual ficará, na sequência, impedido de funcionar no processo judicial desse mesmo caso penal. Nesse sentido, a competência será de um juiz entre a instauração da investigação criminal e o recebimento da denúncia (ou queixa), o chamado juiz das garantias. 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 de outro juízo, o chamado juiz de instrução e julgamento.

Em comparação com a jurisprudência europeia, é possível afirmar que diminuiu-se a discricionariedade do órgão jurisdicional, em relação aos tribunais europeus anteriormente mencionados, o que indica uma evolução do “grau de garantismo” do sistema penal, extremamente necessário ao levar em consideração o contexto brasileiro, uma vez que grande parte da comunidade jurídica não compreendeu os problemas causados por um judiciário ativista. Neste cenário, o juiz de julgamento sequer recebe o que foi produzido na fase anterior, salvo provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas e antecipação de provas (art. 3º-C, § 3º, da Lei nº 13.964/2019), proporcionando maior imparcialidade (STRECK, 2021, p. 761).

Segundo Silveira (2011, p. 250 apud COSTA, 2022, p. 33), o juiz de garantias está na essência do sistema acusatório pois seria a imagem refletida do outro, uma vez que a separação e a especialização do agente judicial sobre as fases da investigação e do processo representam a etapa de maior refinamento e afirmação do sistema acusatório.

Nesta perspectiva, CASTRO e GHILARDI (2020, p. 274) afirmam que não haveria evidências empíricas de que a redistribuição do procedimento entre juízes diferentes conceba lentidão processual, um dos argumentos contrários a implantação do instituto em questão, uma vez que a especialização funcional dos magistrados em funções processuais específicas poderia estabelecer um modelo fordista de divisão de tarefas, capaz de acelerar a tramitação processual hoje realizada por completo por cada magistrado competente, que acaba atuando em todas as fases procedimentais, de maneira lenta.

Atualmente, no entanto, considerando a concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, está suspensa a eficácia do instituto em questão. Sobre isso, Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa, em artigo com coautoria de ambos, afirmam:

[...] ainda não sabemos se a liminar do Min. Luiz Fux se sustentará. Não concordamos com seus fundamentos, como o leitor poderá verificar no decorrer do texto, além de se valer seletivamente de argumentos ad-hoc, em geral, confundindo Processo Penal com Lei de Organização Judiciária. Ademais, sob o mantra de criar despesa (?) sem a mínima comprovação empírica. Prevaleceu o plano da doxa e da mentalidade inquisitória. O mais pândego é que a história da Lei é o reflexo do Brasil: Projeto de Lei do Ministro da Justiça do atual governo desconsidera todos os projetos em tramitação, inclusive do Novo CPP e CP, criando uma figura mítica do Projeto Anticrime. O projeto é aprovado pelos deputados com inserções democráticas da bancada progressista. Aprovado, já no Senado, o mesmo Ministro Da Justiça garante aos Senadores que as inserções democráticas efetuadas pela câmara serão vetadas pelo Presidente da República. O Senado acredita e aprova o projeto como veio da Câmara. O Presidente atropela o Ministro da Justiça e sanciona a Lei, cuja importância ao processo penal democrático é fundamental. O Ministro da Justiça faz postagem contrária ao governo dele próprio, curioso com o tal “rodízio” de Juízes, embora o nome dele conste da Lei aprovada (confira depois de Bolsonaro quem assina a lei?). Ações declaratórias de inconstitucionalidade são propostas e o Min. Presidente do STF prorroga a entrada em vigor em até 180 (cento e oitenta) dias para que os Tribunais se organizem, criando, ademais, grupo de trabalho no CNJ. Acaba o plantão dele e o Vice-Presidente amplia a liminar e suspende o que já estava suspenso. Os Presidentes do STF e da República ficam em silêncio. O Ministro da Justiça aplaude a suspensão da lei que ele garantiu que seria vetada, afrontando a vontade do Presidente da República, enquanto somente o Presidente da Câmara, Rodrigo Maia, consegue resumir o baile: “O Brasil é de fato um país interessante. O vice-presidente do Supremo decide contra o presidente do próprio Supremo, e o Ministro da Justiça elogia a decisão que é contra o presidente da República”. O Presidente quer dividir o super Ministério da Justiça, recriando o da Segurança Pública, enquanto a magistratura reage comemorando a liminar do Min. Fux. Os professores de Processo Penal estão vendendo água de coco, enquanto esperam as cenas do próximo capítulo do baile. Tudo dentro do jogo limpo, da confiança e da probidade, típicas do ambiente republicano (LOPES JUNIOR e ROSA, 2020, p. 164).

Segundo NUCCI (2020, p. 80) embora a Lei 13.964/2019 tenha entrado em vigor em 23 de janeiro de 2020, os referidos artigos estão suspensos, por prazo indeterminado, até que o Plenário avalie o mérito da causa. Para o autor, não significa a revogação desses artigos ou a declaração de mérito, no sentido da sua inconstitucionalidade, uma vez que os dois argumentos para suspender o instituto

foram que as normas do juiz das garantias, na essência, constituem regras de organização judiciária cabendo ao próprio Judiciário manejá-las e que a efetiva criação do juiz das garantias exigiria maiores gastos por parte do Judiciário.

Sobre uma possível maneira de operar sobre a logística necessária para a atividade do instituto do juiz das garantias, NUCCI (2020, p. 318) teoriza um caminho possível do funcionamento do instituto na prática:

A Lei 13.964/2019 criou a função de juiz das garantias, mas não o cargo. Nem seria cabível fazê-lo. Portanto, cuida-se de uma atividade do Tribunal ao qual pertence o juiz de primeira instância a ser designado como juiz das garantias. Há comarcas em que funciona um setor formado somente de magistrados que lidam com os inquéritos policiais (ex.: em SP, capital, o Departamento de Inquéritos Policiais – DIPO). Serão eles os juizes das garantias. Porém, em outras Comarcas, cabe à direção do Tribunal apontar o juiz competente para essa função. Imagine-se uma Comarca em que existem três Varas Criminais. Deve designar-se o juiz da 1.^a Vara para ser o juiz das garantias da 3.^a Vara; o da 2.^a será o juiz das garantias da 1.^a; o da 3.^a será o juiz das garantias da 2.^a. Enfim, forma-se um sistema de rodízio. O art. 3.^o-E do CPP menciona que esses magistrados serão designados “observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal”. Eis um preceito inviável. Nunca houve um critério objetivo para a designação de juizes encarregados de lidar com os inquéritos policiais; não será agora que os tribunais conseguiram inventar alguns. Aliás, o critério mais objetivo que existe na magistratura é a antiguidade. Entretanto, não parece ter qualquer sentido designar os juizes mais antigos para essa função, porque não há nenhuma relação de causa e efeito.

Outrossim, na configuração do momento atual, o Ministério Público formula a acusação e, em seguida, o juiz pode assumir um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora. Este cenário representaria uma quebra da igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo por muitos dos motivos já expostos. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador, como já visto anteriormente.

Assim, ainda é relevante o fato de que a função constitucional do Ministério Público, uma vez que se este for dotado das mesmas garantias da magistratura, deve-se compreender as mesmas obrigações desta, ou seja, isenção e o dever de não se comportar como a defesa, a qual deve agir estrategicamente (STRECK, 2021, p. 758).

4.2 ASPECTOS COGNITIVOS DA IMPARCIALIDADE

Para COSTA (2022, p. 21), “a imparcialidade e sua importância para a consolidação de um processo penal democrático e constitucional parte do pressuposto de que a preservação da cognição do magistrado é fundamental para permitir um julgamento adequado”. Ademais, afirma Myers (2016, p. 281 apud ANDRADE, 2019, p. 510) que cognição seria um termo que abrange “as atividades mentais associadas ao pensamento, ao conhecimento, à lembrança e à comunicação”.

FELDMAN (2015, p. 19) ressalta que a perspectiva cognitiva analisa como as pessoas pensam, compreendem e sabem sobre o mundo, de modo que muitos psicólogos que aderem à esta perspectiva comparam o pensamento humano às operações de um computador, o qual recebe a informação e a transforma, armazena e recupera, ou seja, pensar seria processar informações.

Nesse contexto, pode-se dizer, portanto, que a psicologia cognitiva identificaria no comportamento humano algoritmos (estratégias que garantem soluções de problemas, oferecendo resultados corretos) e heurísticas (procedimentos de simplificação ou aproximação mental), sobre os quais serão abordadas a seguir.

4.2.1. As heurísticas e os vieses cognitivos

Conforme ANDRADE (2019, p. 516), as heurísticas consistem em estratégias simples de pensamento que permitiriam a resolução do problema de forma rápida e eficiente, ou seja, são definidas como métodos ou procedimentos traçados pela mente que ajudam a solucionar questões ou problemas mais difíceis.

Neste sentido, o autor apresenta as três heurísticas mais utilizadas pelo magistrado criminal na prática forense: a da disponibilidade; a da representatividade e a da preservação da crença (também chamado de viés de confirmação). Primeiramente, esta opera quando a tomada de decisão se dá a partir de conceitos ou ideias iniciais que não mais se sustentam à luz das provas que chegaram ao conhecimento da pessoa. Consiste na tendência de o tomador da decisão se agarrar às suas crenças mesmo diante das evidências em sentido contrário. Por

consequente, essa orienta a tomada da decisão a partir da alta probabilidade de que alguém ou algo se encaixa num determinado modelo ou é similar a um protótipo representativo de uma classe ou categoria. Por fim, aquela ocorre quando a decisão é tomada a partir das informações que prontamente se tornam disponíveis na mente da pessoa. As informações são acessadas rapidamente e sem maior esforço, o que muitas vezes produz erros e equívocos cognitivos em desfavor do tomador da decisão (ANDRADE, 2019, p. 518-519)

Por outro lado, as heurísticas podem resultar em vieses cognitivos, os quais consistiriam em falhas cognitivas geradas por um pensar tendencioso, que desrespeita uma expectativa de imparcialidade (ANDRADE, 2019, p. 519).

Ademais, para COSTA (2020), os vieses cognitivos consistiriam em formas disfuncionais do cérebro processar a informação, de modo que, a decorrerem de reiterados erros formados na opinião da pessoa, eles ocorrem no projeto do mecanismo cognitivo. Neste sentido, o magistrado estaria sujeito a três principais vieses: o da representatividade, o da ancoragem e o da confirmação. O viés da representatividade é a tendência a concluir, em juízos categóricos, que a amostra analisada representa a categoria inteira, ou seja, o juiz que colheu a prova oral tende a se contaminar por gestos, atitudes, perturbações e surpresas, achando, por exemplo, que no interrogatório o réu nervoso é culpado e o réu calmo, inocente.

Neste cenário, conforme Costa (2016, p. 107-108 apud CASTRO e GHILARD 2020, p. 174), um processo mental que também deveria ser minimizado é a heurística de ancoragem e ajustamento, o qual se baseia na realização de estimativas por parte do sujeito que julga, a partir de um valor inicial que, progressivamente, vai sendo ajustado à medida que se obtém informações adicionais, aparecendo, principalmente, em julgamentos realizados sob incerteza, onde o julgador pode tender a ajustar a sua decisão com base em algum valor inicialmente conhecido, que servirá como âncora sobre a qual se realiza um processo mental de ajustamento dos fatos e das provas ao valor inicial. Ademais, a ancoragem tem se mostrado um efeito psicológico forte, robusto e persistente em vários domínios do julgamento e da tomada de decisões.

Segundo Englich, Muss-Weiler e Strack (2006, p.188-200 apud CASTRO e GHILARD 2020, p. 275) a âncora que mais influenciou sentenças penais condenatórias dentro de um certo período estudado não havia sido lançada pelo

órgão de acusação, mas pelos jornalistas que cobriram os casos, afetando tanto os juízes especialistas em Direito Penal quanto os não especialistas.

Ademais, conforme English, nos julgamentos criminais, a ordem de apresentação das alegações finais pode ser crucial para determinar a sua influência efetiva na pena fixada, exercendo papel de ancoragem. Pode-se afirmar que as alegações finais apresentadas em primeiro lugar exercem mais influência na pena final (com base em julgamentos idênticos, cuja única diferença consistia na alteração da ordem das alegações das partes). Nesse cenário, a pena foi proporcionalmente menor quando as alegações de defesa foram apresentadas antes da acusação, levando o autor do estudo a questionar a ordem clássica de apresentação das teses de defesa somente após as da acusação (ENGLISH, 2006, p. 508 apud CASTRO e GHILARD 2020, p. 275).

Outra perspectiva relevante obtém-se ao analisar um processo mental de enviesamento que precisaria ser minimizado/neutralizado, o qual consiste na heurística de confirmação, que se caracteriza pela tendência de um sujeito filtrar as informações que recebeu, de maneira que, inconscientemente, busca supervalorizar às provas e os argumentos que confirmam sua própria posição inicial (COSTA, 2016, p.114-115 apud CASTRO e GHILARD 2020, p. 275).

4.2.2. A teoria da Dissonância Cognitiva

Conforme a teoria da “dissonância cognitiva”, desenvolvida por Schünemann, seria possível afirmar que existe um grave problema no fato de um mesmo juiz receber a acusação, realizar a audiência de instrução e julgamento e, posteriormente, decidir sobre o caso penal. Esta teoria é desenvolvida na psicologia social e analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias antagônicas, incompatíveis e geradoras de uma situação desconfortável.

Destarte, com o supracitado, afirma-se que não há como afastar o pré-julgamento do magistrado, uma vez que até a formação da decisão, o juiz precisará lidar com duas opiniões antagônicas e incompatíveis (teses de acusação e defesa), bem como com a opinião própria sobre o caso penal. Esta opinião própria é maximizada quando o magistrado já decidiu anteriormente sobre o mesmo caso. Na teoria em questão, o juiz se vincula à imagem já construída por si mesmo e tentará

confirmá-la na audiência à medida em que superestimar as informações consonantes e menosprezar as informações dissonantes.

Schünemann afirma que haveria dois efeitos para diminuir a tensão psíquica gerada pela dissonância cognitiva: o primeiro trata-se do efeito inércia ou perseverança - mecanismo de auto confirmação de hipóteses, no qual se superestima as informações anteriormente consideradas corretas (como as informações fornecidas pelo inquérito ou a denúncia, tanto que ele as acolhe para aceitar a acusação, pedido de medida cautelar etc.) - o segundo efeito trata-se da busca seletiva de informações - onde se procuram, predominantemente, informações que confirmam a hipótese acolhida pelo ego em momento anterior, gerando o efeito confirmador tranquilizador (SCHÜNEMANN, 2013 apud LOPES JUNIOR, 2020, p. 98-103).

Ademais, o autor anteriormente mencionado confirma que quanto maior for o nível de envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, menor é o interesse dele pelas perguntas que a defesa faz para a testemunha e muito mais provável é a frequência com que ele condenará, uma vez que toda pessoa procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, ou seja, uma relação não contraditória.

Isso ocorre pois a tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz à dissonância cognitiva. Como consequência, existe o efeito inércia ou perseverança, de auto confirmação das hipóteses, por meio da busca seletiva de informações. Neste cenário, o juiz, ao receber a denúncia e posteriormente instruir o feito, passa a ocupar – de fato – a posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos e, por isso, está impedido de realizar uma avaliação imparcial e processar as informações de forma adequada (SCHÜNEMANN, 2013 apud LOPES JUNIOR, 2020, p. 98-103).

Conforme as pesquisas empíricas do autor acima:

Os juízes dotados de conhecimentos dos autos (a investigação) não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo presente na instrução, porque eles só apreendiam e armazenavam as informações incriminadoras que confirmavam o que estava na investigação. O juiz tendencialmente apega-se à imagem do ato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes desta imagem inicial são não apenas menosprezadas, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas.

Por conseguinte, Schünemann ressalta que o quadro mental é agravado pelo chamado efeito aliança, onde o juiz tendencialmente se orientaria pela avaliação realizada pelo promotor. O juiz considerará apenas este como pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação, em detrimento do advogado criminalista. Inclusive, de acordo com a pesquisa, o efeito atenção diminui drasticamente tão logo o juiz termine sua inquirição e a defesa inicie suas perguntas, a ponto de serem completamente desprezadas na sentença as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas do advogado de defesa.

Assim, mais importante que esperar, em casos concretos, que juízes se mantenham subjetivamente fiéis ao sistema de imparcialidade subjetiva prevista no ordenamento jurídico, seria redefinir o procedimento de tal modo a criar barreiras objetivas, separando os momentos distintos da produção da prova e o do conhecimento da prova, o que teria efeitos de minimização das consequências da dissonância cognitiva e dos diversos vieses heurísticos aqui expostos e, conseqüentemente, maior imparcialidade, uma vez que as ilusões cognitivas poderiam atrapalhar as decisões de juízes, mesmo os mais experientes, bem treinados e altamente motivados, motivo pelo qual o processo penal deveria ter cuidados institucionalizados, que propiciem a mitigação, a neutralização e/ou a eliminação dessas ilusões, garantindo uma margem segura de atuação imparcial (CASTRO e GHILARD, 2020, p. 275).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se propôs a pesquisar sobre o instituto da prevenção a fim de verificar se, em sua forma aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, teria compatibilidade com o sistema acusatório e, conseqüentemente, com a Constituição Federal, bem como, com a imparcialidade judicial ou se tal instituto reforçaria o princípio inquisitivo, próprio do sistema processual inquisitório e que vai de encontro com a lei máxima brasileira;

Neste sentido, no capítulo 1 verificou-se que o instituto da prevenção está previsto no Código de Processo Penal como critério subsidiário de determinação de competência, sendo aplicado quando os demais critérios não forem suficientes. Desse modo, considerando que para a prevenção ser reconhecida deve ter havido alguma carga decisória no ato processual, ainda que anterior ao oferecimento da peça acusatória, este seria o motivo pelo qual o instituto é problemático, haja vista que o julgador adentra sumariamente no mérito da causa, resultando numa conclusão provisória que, além de ser prematura, conforme a etapa pede naquele momento, ocasionará a perda da imparcialidade, no caso em questão, para julgamentos futuros.

Ademais, foi estudado, no capítulo 2, os sistemas penais e como eles se encaixam no complexo brasileiro, ao longo do período de vigência do Código de Processo Penal e, principalmente, na atualidade, considerando também o contexto do cenário em cada momento. Neste sentido, pode-se afirmar que no advento da lei supracitada, o Brasil passava por uma ditadura, o que fez com que tal legislação fosse ao encontro de um sistema inquisitorial. No entanto, na atualidade, com o amparo da Constituição Federal, de características garantistas advindas de um momento de redemocratização, percebe-se a legitimação do sistema acusatório, de maneira a tentar resolver as incongruências de uma legislação antiquada de outro contexto.

No capítulo 3 apontou-se a importância da imparcialidade como característica necessária que um juiz deveria apresentar para estar apto a desempenhar o seu papel, bem como o fato de que esta só poderá existir quando houver o afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória e das funções de acusar e julgar, uma vez que não deve haver espaço para o protagonismo da figura

do magistrado neste cenário. Destaca-se também que a imparcialidade exigida do Judiciário está intimamente ligada a uma prática que não toma parte nos casos que são submetidos a sua apreciação e que mecanismos para garantir isso devem ser aplicados, em detrimento de um pensamento utópico no qual existe a adesão espontânea do julgador aos termos idealizados da Constituição e também considerando as teorias cognitivas abordadas.

Esses capítulos puderam fornecer um conjunto de resultados que poderia ser assim sistematizado:

- 1) A imparcialidade é prejudicada pelo instituto da prevenção, uma vez que o contato prévio com elementos investigativos ou etapas anteriores de um processo resultaria em vícios ou vieses cognitivos ao magistrado, podendo ser influenciado pela versão unilateral do inquérito policial ou pela sua própria decisão passada;
- 2) A prevenção vai de encontro com o sistema acusatório e, conseqüentemente, com a Constituição Federal, pois vincularia o juiz de etapas anteriores do processo ou do próprio inquérito policial, quando este teve contato ou até mesmo fiscalizou a produção probatória, aglutinando várias funções em uma única pessoa, o que seria característico de um sistema inquisitorial;
- 3) Os mecanismos inquisitoriais fazem-se presentes no atual Código de Processo Penal, pois este foi confeccionado durante a ditadura Vargas, quando havia brutal repressão policial, rígida censura à imprensa e uma máquina de propaganda em defesa do regime ditatorial;
- 4) O juiz das garantias surge como uma solução para muitas das inconstitucionalidades apontadas neste trabalho, uma vez que asseguraria o afastamento do juiz que julgará o caso na instrução, dos elementos e decisões produzidas na fase investigatória.

Os resultados supracitados, de ordem objetiva, permitem concluir criticamente que a necessidade de discutir a aplicabilidade da prevenção surgiria do fato desta tornar os julgadores tendenciosos em razão de que, em suas hipóteses anteriores, já imergiram no mérito da causa, mesmo que sumariamente, com o fito

de produzirem uma conclusão provisória. Sendo assim, o instituto da prevenção deveria ser desencorajado nos moldes em que é empregado de modo a garantir que não se torne um escape para o procedimento inquisitório, havendo o afastamento do magistrado em favor de outro juiz alheio ao caso em questão.

Este e outros institutos processuais ainda fazem-se presentes na legislação em decorrência do CPP ter sido criado durante o Estado Novo de Vargas, conforme abordado anteriormente, de modo que, pelo Brasil não ter adequado a sua legislação processual criminal ao encontro da Constituição Federal, produz incoerências quanto a dispositivos inquisitoriais sendo aplicados num sistema legalmente acusatório conforme a lei máxima, ao levar em consideração que o magistrado pode fazer papel de inquisidor e não de espectador que possui carência de informações das partes e de igual modo necessita que essas mesmas partes subsidiem sua convicção no curso do processo.

A posteriori, conforme as teorias advindas da Psicologia que foram trazidas neste trabalho, pode-se afirmar que o magistrado o qual já havia atuado no processo irá ao encontro de sua decisão passada, através de um viés viciado que tenderá a desenvolver. Nesse sentido, afirma-se que, embora a subjetividade sempre esteja presente no momento da decisão, a alteração de magistrados é bem-vinda para o fortalecimento da imparcialidade judicial, com o juiz que deferiu medidas cautelares e fiscalizou a produção de elementos probatórios sendo afastado antes da formalização da acusação, em favor de outro juiz alheio ao caso, com o fito de haver maior imparcialidade no julgamento.

Tendo em vista o supracitado, os julgadores podem ser tendenciosos em favor de provas que confirmem suas hipóteses anteriores e podem prescindir de provas que não correspondam às suas suposições anteriores. Isso também corrobora o motivo pelo qual o juiz prolator de uma sentença recorrida não deve apreciar na mesma causa. Além disso, todo tomador de decisão é provido de uma racionalidade limitada, uma vez que buscam, por meio de atalhos simplificadores, tomar decisões a partir de informações complexas, em situações de incerteza (através dos vieses cognitivos anteriormente relatados).

Portanto, o instituto da prevenção nos atuais moldes deveria ser descontinuado em razão da contaminação cognitiva pela qual aquele julgador já passou e o instituto do juiz das garantias deveria ser aplicado, isso em consonância

com o sistema acusatório e, conseqüentemente, com o Estado Constitucional e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Maurício Pinto de. A regra de prevenção de competência funcional (absoluta) do relator. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-16/jose-almeida-regra-prevencao-competencia-absoluta-relator>> Acesso em 19/11/2022.

ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 507–540, 2019.. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/172>> Acesso em 20/11/2022.

BRASIL. Código de processo civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 19/11/2022.

_____. Código de processo penal. Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 25/10/2022.

_____. Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm> Acesso em 25/10/2022.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 25/10/2022.

_____. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 05/11/2022.

_____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 05/11/2022.

_____. Decreto-lei n. 504, de 18 de março de 1969. Modifica a redação do artigo 624 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0504.htm#ART624> Acesso em: 24/11/2022.

_____. Decreto-lei n. 504, de 18 de março de 1969. Modifica a redação do artigo 624 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0504.htm#ART624> Acesso em: 24/11/2022.

_____. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1>
Acesso em: 24/11/2022.

_____. Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art3>
Acesso em: 24/11/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento interno [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020.

_____. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça / organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília : STJ, 2022. Disponível em:
<<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>> Acesso em: 19/11/2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal - v. 1: parte geral (arts. 1 a 120). 24. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. 1032 p.

BRIZOLA, S. R. Diferença distribuição por dependência ou prevenção. JusBrasil, 2017. Disponível em:
<<https://soraiarochoa1.jusbrasil.com.br/artigos/532287930/diferenca-distribuicao-por-dependencia-ou-prevencao>> Acesso em: 19/11/2022.

CANOTILHO José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. Cuestiones sobre el proceso penal, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Libreria el Foro, 1960, p. 48.

CASTRO, Matheus Felipe de; Ghilardi, Daniel. Precisamos falar sobre a “identidade física” do juiz: modelos de imparcialidade objetiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 174, ano 28. p. 255-282. São Paulo: Ed. RT, 2020.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Julgamento do caso de Cubber vs. Bélgica. Aplicação nº 9186/80. 26 out. 1984. Disponível em:
<<https://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsource/de%20Cubber%20v.%20Belgium%20%5b26%20Oct%201984%5d%20%5bEN%5d.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

_____. Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Plenário). Julgamento do caso de Hauschildt vs. Dinamarca. Aplicação nº 10486/83. 24 maio 1989. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/ee1c41/pdf/>>. Acesso em: 06/11/2022.

_____. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Julgamento do caso de Piersack vs. Bélgica. Aplicação nº 8692/79. 1º out. 1982. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57557%22%5D%7D>>. Acesso em: 06/11/2022.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. 187 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Juiz de garantias e o viés de confirmação. In: Coluna Garantismo Processual. São Paulo: Empório do Direito, 2020. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/54-juiz-de-garantias-e-vies-de-confirmacao>>. Acesso em 20/11/2022.

COSTA, Kelvin Rodrigo da. O juiz de garantias como mecanismo de preservação da imparcialidade dos juízes criminais: uma análise do Poder Judiciário e da distribuição processual no Estado de Santa Catarina. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Processual Penal. vol. 1. Coimbra, Coimbra Ed.: 1974.

ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on decision making. Personality and Social Psychology Bulletin, v.32, n. 2, p. 188-200, 2006.

ENGLICH, Birte. Blind or biased? Justitia's susceptibility to anchoring effects in the courtroom based on given numerical representations. Law & Policy, v. 28, n. 4, 2006.

FELDMAN, Robert S. Introdução à psicologia [recurso eletrônico]. Tradução: Daniel Bueno, Sandra Maria Mallmann da Rosa. 10ª ed. Porto Alegre, Editora AMGH, 2015

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão (Teoria do Garantismo Penal), 3 ed. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002

FISCHER, Douglas. O Sistema Acusatório Brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156. Custos Legis. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro, 2011.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on ne bench: how judges decide cases. In: Cornell Law Review, v.93, p. 1-43, 2007

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J., WISTRICH, Andrew J. Inside the Judicial Mind. In: 86 Cornell L. Rev, 777, 2001.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the judicial mind. In: Jeffrey J. Rachlinski et al (Coord.). Behavioral Law and Economics. Edward Edgar: Northampton, MA, 2009. y. III.

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

LIMA, Renato Brasileiro de, Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz. Revista Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em 06/11/2022

LOPES JÚNIOR, Aury e ROSA, Alexandre Morais da. A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória (CPP, art. 3º-A, lei 13.964) e a resistência acusatória. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 26, p. 163–178, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/30>. Acesso em: 6 nov. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury e ROSA, Alexandre Morais da. Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal. Revista Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-o-riginalidade-cognitiva-processo-penal>>. Acesso em 06/11/2022

MORENO, Faustino Cordón. Las garantías constitucionales del proceso penal. 2ª ed. Navarra: Arazandi, SA, 2002.

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n.º 73, jan. 2013 – abr. 2013, p. 196.

MYERS, David G. Psicologia. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016.

NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira; A Conexão e a Prevenção nos Tribunais: o respeito ao Devido Processo Legal e as possibilidades da Conexão Imprópria. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, v. 22, n. 9, p. 171-183, Jan./Abr. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Manollo Sedano. *O Juiz das Garantias e o Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro*. 2021, 67 f. Dissertação (Graduação em Direito) - UNESP, 2021.

OROSO, Catharina Peçanha Martins. *O Código de Processo Civil de 2015 e o Código de Processo Penal: Há diálogo entre os diplomas processuais brasileiros?* Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/64801/o-codigo-de-processo-civil-de-2015-e-o-codigo-de-processo-penal-ha-dialogo-entre-os-diplomas-processuais-brasileiros>>

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. – 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

PAIVA, José Reginaldo de. *O instituto da prevenção como critério de fixação da competência no código de processo penal e a síndrome de Dom Casmurro: uma crítica jurídico-literária quanto a (im)parcialidade do juiz*. Jusbrasil, 2021. Disponível em:
<https://reginaldopaiva.jusbrasil.com.br/artigos/1347498775/o-instituto-da-prevencao-como-criterio-de-fixacao-da-competencia-no-codigo-de-processo-penal-e-a-sindrome-de-dom-casmurro>. Acesso em 06/11/2022.

RITTER, Ruiz Daniel Herlin. *Imparcialidade no Processo Penal. reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2016, 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - PUCRS, 2016.

ROSA, Alexandre Moraes. *DEVIDO PROCESSO (PENAL) SUBSTANCIAL: 25 ANOS DEPOIS DA CR/88*. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis (SC), v. 1, n. 1, p. 145–164, 2013. Disponível em:
<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/29>. Acesso em: 22 nov. 2022.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do Código de Processo Penal. Processo Penal, Constituição e Crítica - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

STRECK, L. L.; DE OLIVEIRA ZANCHET, G. O Juiz das Garantias na Lei n. 13.964/2019: A Imparcialidade do Julgador e as Indevidas Críticas Contra sua Constitucionalidade. *Direito Público*, [S. l.], v. 18, n. 98, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4644>. Acesso em: 4 nov. 2022.