

Razão e Emoção no Ato de Julgar: As Contaminações do Julgador e seus Pré-Julgamentos na Fase de Investigação Preliminar

Daniel Kessler de Oliveira*

1. Razão e Emoção no Ato de Julgar

A relevância de se discutir a postura do juiz frente ao processo, está para além das tradicionais distinções sistemáticas, de Acusatório ou Inquisitório, atingindo níveis muito mais amplos de controle de poder e de política criminal.

Todavia, todo estudo que se pretenda um pouco mais a fundo, ou no mínimo, que se guie por trilhas diferentes das já exauridas pelo senso comum dos estudos jurídicos deve se dar sob um viés distinto, um viés que transcenda os limites do estudo do Direito, indo para além das questões jurídicas e sociais.

Para isto, um estudo responsável, ainda que não na profundidade que o tema autoriza e, de certa forma, até exige, necessita se conscientizar das complexidades do estudo dos problemas jurídicos, através das problemáticas inerentes a todo e qualquer estudo de uma ciência humana.

Trazendo, assim, o debate para o ponto das decisões judiciais, obviamente que devemos estar ciente de que atrás deste ato jurídico, existe uma gama de aspectos subjetivos inerentes a pessoa do julgador, que não podem ser ignorados, até mesmo pelos graves efeitos concretos que projetam na vida das pessoas.

Durante muito tempo se tentou racionalizar as decisões, através do velho paradoxo: *Razão x Emoção*, como se estas se encontrassem em polos contrapostos e fosse necessária a eleição entre um e outro.

Todavia, não se pode trabalhar com esta dualidade antagônica, por desprezar nossas próprias características humanas, bem como não se deve reduzir o problema a um patamar que inviabiliza a sua compreensão.

Tais ideias eram frutos de um pensamento cartesiano, consistente na polarização do bom x mau, do certo x errado e, conseqüente, da razão x emoção.

Os limites que se propõe o presente Estudo não autorizam um debate aprofundado acerca do tema, que demandaria uma análise da obra de Antônio Damásio,

* Especialista em Ciências Penais (PUCRS). Mestrando em Ciências Criminais (PUCRS). Advogado Criminalista.

aonde se chegou ao famoso “Erro de Descartes”, justamente por esta polarização de razão e emoção.

Em suma, na obra o Erro de Descartes, se conclui que a perda da capacidade de uso de emoção corresponde a uma perda equivalente na capacidade de se empregar o raciocínio e de serem tomadas decisões de forma eficaz. Ou seja: a inexistência de sentimento pode comprometer a racionalidade.¹

Isto representa uma quebra de paradigmas, razão e emoção convivem juntas e, necessariamente, devemos trabalhar com estes dois aspectos se pretendermos darmos conta da complexidade que envolve o tema das decisões judiciais.

É preciso levar em conta aspectos subjetivos, o fato de que a capacidade de julgar a realidade exterior depende diretamente de como é o juízo crítico de cada pessoa em relação ao seu mundo interior.²

Por isto, inegável a carga de subjetividade inerente a todo ser humano quando exerce qualquer juízo de valor, a decisão judicial proferida por um magistrado, também não se demonstra e nem poderia se demonstrar de forma diferente. Portanto, ciente disto, ciente do convívio inevitável entre razão e subjetividade, o debate deve se ocupar dos limites e dos efeitos desta relação e não mais da existência desta nas decisões judiciais.

A desqualificação do sentimento intensifica-se quando se trata de decisões judiciais, porque um dos instrumentos de trabalho do magistrado é a lei, regra abstrata de conduta que pertence à observância geral, que pertence ao mundo da racionalidade, muito distante da emoção.³

Embora baseada no conhecimento jurídico, a decisão judicial, é uma decisão como outra qualquer e, por isto, a exemplo do que ocorre em outras áreas do saber, lentamente começa a se notar no direito uma valorização da emoção no ato decisório, sem desconsiderar a racionalidade.⁴

¹ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **Racionalidade e Emoção na Prestação Jurisdicional**. In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P. 46.

² ZIMERMANN, David. **A Influência dos Fatores Psicológicos Inconscientes na Decisão Jurisdicional – Acrise do Magistrado**. In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P. 135

³ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **Racionalidade e Emoção na Prestação Jurisdicional**. In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P. 40.

⁴ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção: aspectos da lógica judicial**. 3 ed. Capinas, SP: Millenium, 2005. 137.

No Brasil como em outros países, surgiu e se consolidou a ideia de juízes como indivíduos rígidos, poderosos, inacessíveis e sem intuição, sentimento ou criatividade.⁵

E isto não é desta forma por acaso, uma vez que se exige do julgador um perfil acrítico, uma postura totalmente racional, como se fosse possível ele se desprender de toda a sua carga subjetiva.

Isto se verifica na própria sistemática de seleção de magistrados, aonde a forma pela qual são realizados os concursos públicos, se preocupam em “objetivar” ao máximo as questões, sendo perguntas que não exigem e sequer autorizam um juízo crítico.

Isto é uma solução a um dilema, que não está de um todo errada, pois a medida em que se pretende uma seleção que se dê de forma igualitária, oferecendo a todos os concorrentes igualdade de condições, deve-se reduzir os aspectos subjetivos, estreitando os limites de arbitrariedades.

Mas isto resulta em um paradoxo, para termos uma disputa mais igualitária, desprezamos a subjetividade e o senso criativo do julgador e isto reflete no perfil de julgador que teremos e, conseqüentemente, na visão que a sociedade terá sobre este.

Sob esse aspecto, deve-se buscar um meio termo, a seleção de julgadores não pode levar em consideração somente aspectos objetivos, pois, devemos admitir e trabalhar com a ideia de que a subjetividade do julgador projetará efeitos graves.

Ora, o juiz tem uma função que atinge aspectos importantes da vida individual e social. Entretanto, não está imune ao seu inconsciente. Assim, é inadmissível em uma época que já não mais questiona dessa instância do psiquismo que o órgão judicante continue adotando nas seleções de concurso público, apenas critérios formais de seleção, numa reprodução do ensino universitário, de caráter legalista e acrítico.⁶

A solução do caso e a análise de determinados pedidos não são um dado concreto, mas sim um construído, não há como desconhecer a influência dos aspectos subjetivos, ligados à história do julgador, no momento de realizar escolhas dentre as múltiplas variáveis de decisões.⁷

⁵ PRADO, Lídia Reis de Almeida. **Racionalidade e Emoção na Prestação Jurisdicional**. In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P. 40.

⁶ PRADO, Lídia Reis de Almeida. **Racionalidade e Emoção na Prestação Jurisdicional**. In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P. 42

⁷ FACCHINI NETO. Eugênio. **‘E o Juiz Não É Só De Direito...’ (ou ‘A Função Jurisdicional e a Subjetividade’)**. In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P: 411.

Pois o juiz é um ser humano e mesmo não querendo, mesmo que não tenha plena consciência disto, ele não consegue afastar uma enorme carga de subjetividade na sua função de julgar.⁸

Mesmo já superada a dualidade entre razão e emoção e até mesmo a resistência de se trabalhar com a subjetividade, devemos ir além disto, necessitamos compreender, trabalhar e estudar a subjetividade, demonstrando, inclusive, que o uso da emoção pode aproximar a decisão judicial de um ideal de justiça.

Admitir a emoção dos juízes na prolação das sentenças não significa propor o drástico abandono da racionalidade no direito, mas a um uso equilibrado dela. Se pretende mostrar que com a utilização da subjetividade, as pretensões dos litigantes poderão ser contextualizadas e tratadas em sua especificidade, o que não acontece no contexto estereotipado do mundo legalista das abstrações.⁹

Todavia, é inegável que isto deve ser trabalhado com cautela, mas admitir essa subjetividade é imprescindível para delimitá-la, para operar os limites que esta subjetividade terá sobre a decisão judicial.

Pois o lado negativo e perigoso desta subjetividade existe e não pode ser desprezado, pois não podemos colocar a vida das pessoas totalmente à mercê dos aspectos subjetivos, das crenças dos magistrados.

A complexidade atual de nossa sociedade e o próprio problema da justiça, não mais permitem um julgador eminentemente formalista, o que implica numa redimensão do papel do julgador, pois como define PRADO: *“implica numa grande confiança no poder criativo do julgador, de quem se espera uma sensibilidade muito refinada para lidar com o sempre mutante contexto social.”*¹⁰

Mas, como veremos, o problema necessita de limites, não podemos reduzir a questão a mera confiança na criatividade do julgador, seja ele quem for.

Isto porque o juiz julga com todo o seu “eu” e este julgamento se dá com a utilização de processos racionais que sofrem influências de processos irracionais, aonde

⁸ FACCHINI NETO. Eugênio. **‘E o Juiz Não É Só De Direito...’ (ou ‘A Função Jurisdicional e a Subjetividade’)**. In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P: 407.

⁹ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **Racionalidade e Emoção na Prestação Jurisdicional**. In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P. 47.

¹⁰ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção: aspectos da lógica judicial**. 3 ed. Capinas, SP: Millenium, 2005. P. 93.

razão e preconceitos caminham juntos. O máximo que o julgador pode (e deve) fazer é estar ciente disto e se preocupar em afastar alguns preconceitos e impulsos irracionais.¹¹

O Magistrado é um ser humano e, por assim ser, irá se comover com determinados casos, irá ter uma relação mais especial com determinadas situações e é exatamente através destas ligações afetivas, que o julgador tem uma excelente oportunidade para elaborar os seus conteúdos inconscientes.¹²

Ao não estar ciente disto e não buscar ao máximo este distanciamento, o julgador poderá estar empregando preconceitos seus aos seus julgamentos e com isto construindo um quadro mental paranoico em face de determinados casos, o que é algo muito comum de ser verificado na prática forense e extremamente perigoso para a justiça.

2. A Contaminação do Julgador na Fase de Investigação Preliminar

Para bem se perceber a contaminação ocorrida com o julgador, o aspecto Paranoide não pode ser desprezado, pois seria aonde o juiz fazendo uso de um mecanismo defensivo inconsciente da projeção, atribui a outros pensamentos, sentimentos e intensões que ele não consegue assumir como seus próprios, por lhe serem desagradáveis e intoleráveis.¹³

Assim, o julgador atribui a outros defeitos seus e isto influencia perigosamente no julgamento a ser realizado.

Isto é muito mais comum do que possamos imaginar, é uma prática que já vem impregnada em nossa sociedade e, por consequência lógica, interfere nos modelos de juízes que acabamos por criar.

Quando se espera e se exige do julgador uma postura “justiceira”, estamos nos reportando a nada mais do que a antiga concepção de crime como um não reconhecimento de valor que o Estado é portador e garante. Assim, o Estado seria o

¹¹ FACCHINI NETO, Eugênio. ‘E o Juiz Não É Só De Direito...’ (ou ‘A Função Jurisdicional e a Subjetividade’). In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P: 417.

¹² PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção: aspectos da lógica judicial**. 3 ed. Capinas, SP: Millenium, 2005. P. 112.

¹³ ZIMERMANN, David. **A Influência dos Fatores Psicológicos Inconscientes na Decisão Jurisdicional – Acrise do Magistrado**. In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P. 137

sujeito passivo de todo e qualquer delito e isto faz com que o julgador, represente o Estado e atue em causa própria.¹⁴

Ademais, o juízo penal não tem o seu início com o fim de afirmar a inocência de um homem, ele somente é instaurado quando existe a fé (por parte do Estado) de poder chegar à verificação da criminalidade, para que se faça a “justiça”.¹⁵

E isto é um enorme problema e de extrema complexidade e relevância, pois o Magistrado, ainda que inconscientemente poderá estar agindo com uma pré-disposição condenatória.

Não é à toa que os exemplos práticos são inúmeros a demonstrar a forma com que os Magistrados exteriorizam suas contaminações, em decretos de medidas cautelares, por exemplo, onde, antes de se iniciar a relação processual, os juízes já exercem um juízo de culpa, de gravidade do fato e de periculosidade do agente.

Sobre isto, MALATESTA já falava quando da análise dos problemas do sistema italiano, referindo que os juízes: *“Falavam de delinquentes da pior espécie e que jogam com a impunidade, sem reparar que, assim falando, tomavam como verificado aquilo cuja a verificação se discutia.”*¹⁶

Dessa forma, o julgador não estará se colocando no lugar do réu para julgar, mas sim empregando uma resistência sua contra determinadas características e projetando efeitos na vida de outra pessoa.

Isto se difere da empatia, esta que é muito importante nas funções de comunicação e julgamento, pois resulta da possibilidade de uma pessoa poder se identificar, isto é, de pôr-se no lugar do outro, e de sentir junto com ele e não por ele.¹⁷

Isto sim é um aspecto relevante e positivo, que coloca limites a atuação do julgador e resgata a sua humanidade, o fazendo ter ciência dos graves efeitos que irá projetar na vida das pessoas.

Em suma, temos que a subjetividade sempre irá existir nas decisões judiciais, o julgador sempre terá uma motivação estranha aos autos, ainda que inconsciente.

¹⁴ BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra Editora. Coimbra, 1974. P.205.

¹⁵ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Volume I, Tradução Waleska Giroto Silverberg. Conan Editora. Campinas – SP, 1995. P.154.

¹⁶ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Volume I, Tradução Waleska Giroto Silverberg. Conan Editora. Campinas – SP, 1995. P.97.

¹⁷ ZIMERMANN, David. A Influência dos Fatores Psicológicos Inconscientes na Decisão Jurisdicional – Acrise do Magistrado. In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P. 137.

Nesse aspecto, dois ou mais magistrados, igualmente sérios e capazes, ao confrontar uma mesma situação possam julgar de forma diferente, de acordo com a distinta interpretação que cada um der ao texto frio da lei.¹⁸

Isto evidencia que o julgador trará suas cargas subjetivas, inevitavelmente, a todo e qualquer julgamento que realize no processo, o magistrado emite seus juízos contaminados por uma série de conceitos prévios e obscuros.

De um outro lado, pode se tratar a questão como uma necessidade de se formar a convicção, que não deve ser a expressão de uma condição subjetiva do juiz, pois como descreve MALATESTA: *“há de ser tal que os fatos e provas submetidas a seu julgamento, se se submetessem a um juízo desinteressado de qualquer outro homem de razão, deveriam produzir também neste aquela mesma certeza produzida no juiz.”*¹⁹

Obviamente, que a ideia do Autor Italiano se apresenta louvável, contudo, acreditamos estar um pouco mais para o plano do ideal do que efetivamente para o real, pois a realidade nos demonstra cada vez mais uma subjetividade do julgador, devendo-se tentar operar os limites e a extensão dos efeitos disto.

Portanto, inegável a contaminação que o julgador sofrerá por aspectos subjetivos, o que não se pode permitir e ignorar, é que estas contaminações ocorram na própria relação processual e sejam legitimadas pela legislação.

Assim, o julgador que atuou na fase da investigação preliminar, estará formando ali a sua convicção sobre o fato e isto influenciará no julgamento que terá de proferir.

Sendo assim, a prova que necessita ser judicializada, submetida ao crivo do contraditório, já terá influenciado no convencimento do juiz e, assim, contaminado o julgador e o julgamento.

Portanto, sendo inegável que sofremos influências de aspectos subjetivos e que não podemos nos desvencilhar de nossas próprias crenças, é de óbvia conclusão que tenhamos nossos convencimentos formado através disto.

Assim, o julgador que atua na fase de investigação pode ser contaminado e ter o seu convencimento formado ali e, por mais, que tente se distanciar disto, estes conceitos irão macular todos os seus julgamentos futuros.

¹⁸ ZIMERMANN, David. **A Influência dos Fatores Psicológicos Inconscientes na Decisão Jurisdicional – Acrise do Magistrado**. In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P. 135.

¹⁹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Volume I, Tradução Waleska Giroto Silverberg. Conan Editora. Campinas – SP, 1995. P.107.

O julgador, assim como todo ser humano, vivencia e interpreta o mundo através de uma dinâmica psíquica não somente consciente e racional, pois o inconsciente é inexpurgável de qualquer procedimento mental complexo e, por isso, a compreensão da realidade objetiva é permeada por fantasias, desejos, emoções e o que mais habitar o inconsciente de quem a interpreta.²⁰

O juiz que teve o seu primeiro contato com o caso penal, na fase de investigação preliminar, onde as provas não obedecem aos mesmos critérios de legalidade e de conformidade constitucional, terá seu convencimento formado com base nestes elementos.

É inegável que o julgador sofra influências de aspectos subjetivos e inconscientes, isto ainda que dentro de uma estrutura processual e com pleno respeito às garantias constitucionais.

O problema é que quando da fase preliminar do processo, a atuação da defesa é extremamente reduzida, para não dizer inexistente, o que fará com que o convencimento do julgador sofra influências tão somente dos elementos trazidos pela acusação, o que compromete qualquer exercício de defesa que se pretenda futuramente no processo.

Ao ser incitado a se manifestar sobre alguma medida restritiva no andamento do processo, o julgador estará formando o seu convencimento sobre o caso, estará introjetando os conceitos que lhe são trazidos e, com isto, restando amplamente contaminado.

Assim, estas ideias se apresentaram pré-concebidas e exigem um esforço extremo para serem superadas.

Muitos são os processos psíquicos que influenciam no convencimento do juiz durante o processo, por atuar na fase da investigação, haverá, inevitavelmente, um *deslocamento*²¹ para o argumento da acusação.

Com isto, o peso valorativo que o julgador atribuirá às decisões tomadas na fase de investigação preliminar, tenderão a influenciá-lo de forma preponderante.

O argumento da acusação acabará por receber um valor maior por parte do julgador, pois acabam sendo *deslocados* em decorrência da semelhança com as representações que havia feito na fase preliminar do processo.

20 MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

21 LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise: Laplanche e Pontalis**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 116. Define a expressão trazida por Freud, como: “Fato de a importância, o interesse, a intensidade de uma representação ser suscetível de se destacar dela para passar a outras representações originariamente pouco intensas, ligadas à primeira por uma idéia associativa.”

Outros fenômenos inconscientes podem e, provavelmente, vão emergir durante o processo, como, por exemplo, as *projeções*²². Mas não há, com isso, necessariamente uma predisposição à condenação já que, durante o processo, pode ocorrer ligada tanto ao réu quanto à vítima.

O juiz ao atuar na investigação preliminar, além de ter a influência com base apenas nos argumentos trazidos pela acusação, terá o seu envolvimento com o caso, que acabará por influenciar a forma pela qual receberá, na fase processual, os argumentos defensivos que tentarão contrapor os argumentos da acusação, já introjetados pelo magistrado.

Se o julgador tomar consciência disto e tentar evitar a influência destes aspectos em seus julgamentos, ainda assim, será muito difícil controlá-los, mas muito mais grave é quando os juízes não admitem, não aceitam esta influência e agem guiados por ela, sem saber ou sem querer enxergar.

Portanto, admitindo a influência dos aspectos psicológicos sobre o julgador, necessário se trabalhar com os limites desta influência, para que não operemos em injustiças e em medidas arbitrárias.

E dentro de uma estrutura processual, outros não podem ser os fatores de limitação que os já traçados constitucionalmente, qual seja, os que venham a otimizar e efetivar as garantias fundamentais do cidadão.

3. A Necessidade De Julgadores Diferentes Nas Fases Pré- Processual E Processual

A principal problemática da atuação do julgador na fase do Inquérito Policial, é o fato de que será este o julgador que irá julgar o processo, de acordo com a atual sistemática processual penal brasileira.

Isto possibilita que o julgador se veja em contato com provas produzidas sem o devido respeito às garantias constitucionais e, com isto, vá formando o seu convencimento acerca dos fatos, o que representa uma inegável contaminação do julgador.

²²“Operação pela qual o sujeito expulsa de si e localiza no outro – pessoa ou coisa – qualidades, sentimentos, desejos e mesmo “objetos” que ele desconhece ou recusa nele.” LAPLANCHE, Jean. **Vocabulário da psicanálise**: Laplanche e Pontalis. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 p. 374.

Ao comentar a raiz inquisitiva na fase pré-processual, GOLDSCHIMIDT, muito bem asseverou, ao tratar do processo espanhol, em meados de 1935, sobre a importância de se ter um julgador diferente na fase pré e processual, pois o domínio aparente que corresponde ao princípio inquisitivo na fase do inquérito policial pode prejudicar o predomínio do princípio acusatório, sendo assim, o juiz que instrui a fase da investigação policial não pode ser aquele que depois irá sentenciar..²³

No processo espanhol, o Art. 219, X da LOPJ, considera como causas de impedimento do julgador, o fato dele ter atuado como instrutor da causa ou houver resolvido o pleito em instância anterior, já tendo o tribunal constitucional da Espanha se manifestado, no sentido de ser uma peça chave no sistema processual penal espanhol, uma nota essencial do sistema acusatório.²⁴

O Tribunal Constitucional Espanhol,²⁵ já decidiu que é exatamente o fato de ter o juiz investigador reunido material probatório necessário para o posterior julgamento do mérito e de ter mantido contato com esse material e com as suas fontes, o que faz pressupor uma possível contaminação subjetiva, decorrente do surgimento de possíveis preconceitos no ânimo do juiz, acerca da culpabilidade do suspeito.²⁶

Dentre os fundamentos utilizados pelo Tribunal Constitucional Espanhol, dois merecem destaque, por retratarem uma verdadeira lição de um processo penal que venha em consonância com as diretrizes traçadas pelos tribunais internacionais de direitos humanos:

(...)

4º) Haber intervenido en la instrucción de una causa criminal puede provocar em El animo del instructor, incluso a pesar sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar.

5º) Aunque no se produjesen esos e impresiones es relevante según el TC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) la apariencia que el juzgador no afronta el caso con plena 'imparcialidad'.²⁷

Na Itália com a reforma de 1988, se verificou uma aproximação ao sistema adversativo norte americano, com a estrita separação das funções do fiscal e do tribunal

²³ GOLDSCHIMIDT, **Princípios gerais do processo penal**, Tradução: Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002. P. 63

²⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional. STC 32/1994. In: CORDÓN MORENO, Faustino. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. 2. Ed. Navarra: Aranzadi, 2002.P. 114.

²⁵ STC 145/1988, de 12.07.1988. Disponível em www.tribunalconstitucional.es.

²⁶ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal. Da prevenção da competência ao juiz de garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 160.

²⁷ OLIVA SANTOS, Andrés de la. **Jueces imparciales, fiscales "investigadores, y la nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal**. Barcelona: PPU, 1988. P.32.

(como MP e juiz), limitando, ao menos inicialmente, a intervenção jurisdicional e propiciando um autêntico processo de partes. Fazendo uma clara distinção entre fase prévia ao juízo e fase judicial, procurando que somente a prova desta segunda tenha valor. De 1988 para cá, o sistema italiano passou por inúmeras reformas que buscam a aproximação ao texto constitucional, em uma intenção de acomodar os princípios originais que inspiram as reformas, o direito de defesa e a igualdade entre as partes²⁸

As reformas na Itália se focaram em dois sentidos convergentes na hora de apartar o juiz, em primeiro lugar, buscaram o seu afastamento do *dossier* (similar ao nosso Inquérito Policial) e em segundo lugar da iniciativa probatória.²⁹

O processo Penal Italiano, de regra orienta à separação das atividades de investigação e julgamento, tanto estrutural quanto organicamente, como se depreende no Artigo 34 do Código de Processo Penal, onde são previstos casos de incompatibilidade por atos praticados no mesmo procedimento.³⁰

Seriam hipóteses de se falar da imparcialidade subjetiva do julgador, sendo aquela estritamente individual da parte deste, por que não se discute a atividade realizada por este no processo e sim de sua convicção pessoal com relação às partes que figuram no caso concreto.³¹

Tamanha a relevância de se ter uma prestação jurisdicional imparcial, que incumbiria ao próprio julgador a abstenção do conhecimento do caso, sempre que este dispuser de legítimas razões para duvidar de sua imparcialidade.³²

Portanto, a legislação deve vir nesse sentido, seguindo a orientação constitucional e já consagrada pelos Tribunais Internacionais, de afastar do julgamento

²⁸ ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Prcesales Penales**. La justicia penal em Europa y America. Marcial Pons, Madrid: 2012. P. 68.

²⁹ ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Prcesales Penales**. La justicia penal em Europa y America. Marcial Pons, Madrid: 2012. P.86.

³⁰ “ 1. O juiz que tenha pronunciado ou tenha concorrido a pronunciar sentença em uma instância ou procedimento não pode desempenhar função de juiz em outra instância, nem participar do julgamento de *rinvio a giudizio* após a anulação ou do julgamento de revisão.

2. Não pode participar do julgamento o juiz que tenha proferido a decisão conclusiva da audiência preliminar ou que tenha proferido o julgamento imediato ou que tenha proferido o decreto penal de condenação ou que tenha decidido sobre impugnação acerca da sentença de arquivamento.

3. O juiz que no mesmo procedimento tenha exercitado funções de juiz das *indaghi preliminari* não pode emitir o decreto peal de condenação, nem presidir audiência preliminar, além disso, também fora dos casos previstos no parágrafo 2º, não pode participar do julgamento.” CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Apud* MAYA, André Machado. MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal. Da prevenção da competência ao juiz de garantias**. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2011. P.175/176.

³¹ MONTERO AROCA, Juan. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones processales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. P. 231.

³² MONTERO AROCA, Juan. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. P. 88.

do feito, aquele julgador que teve a sua imparcialidade afetada ou que frente a alguma situação possa se presumir que ele tenha sido contaminado de alguma forma.

Diante disto, as causas de impedimento e suspeição do magistrado devem vir previstas no ordenamento, mas não de forma taxativa, que limite a verificação de elementos que possam ter influenciado na mente do julgador e retirando deste sua imparcialidade.

Isto porque, como já dito, a imparcialidade é um princípio reitor, uma garantia fundamental e, por assim ser, não se pode conceber o risco desta estar ameaçada em determinadas situações.

No entanto, em que pese imperativa, as hipóteses de suspeição e impedimento ainda são taxativas, o que traduz numa prevalência da lei ordinária sobre um tratado internacional de Direitos Humanos, qual seja o Pacto de San José da Costa Rica, que eleva o direito a um julgamento imparcial ao nível de direito fundamental. Por isso, não é possível limitar as hipóteses de suspeição descritas no Código de Processo penal.³³

É sabido que o juiz abarcará elementos subjetivos, pessoais em sua decisão, mas o importante é que a sua atuação no decorrer do processo como procedimento em contraditório, não deve pender para a realização antecipada de suas opções ideológicas, criminológicas, etc., sob pena de macular a legitimidade de sua decisão, é somente na decisão que elas devem aparecer, e de forma fundamentada.³⁴

Daí a relevância e necessidade constitucional de buscar o afastamento de toda e qualquer possibilidade de ver o julgador contaminado por elementos que possam influenciar na sua decisão de forma a desprezar a necessidade de sua leitura imparcial dos fatos.

Dessa forma, como já referido, a atuação na fase do inquérito policial, deve ser limitada e não podendo decair sobre o mesmo julgador que irá julgar o processo.

No entanto, nosso Código de Processo Penal vigente, não somente permite um contato direto do julgador para com a prova colhida no inquérito, como ainda, ordenar diligências na produção desta, verificando, assim, uma outorga de inúmeros poderes instrutórios ao julgador, cujo núcleo está não só no famigerado art. 156³⁵, do CPP, mas

³³ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal. Da prevenção da competência ao juiz de garantias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 101.

³⁴ ROSA, Alexandre Morais da. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático. Crítica à metástase do controle social.** 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 81/82.

³⁵ BRASIL, Código de Processo Penal. Artigo 156 do **Código de Processo Brasileiro**: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: **I** - ordenar, mesmo antes de

em tantas outras hipóteses, como a possibilidade do juiz, de ofício, decretar a prisão preventiva, art. 311³⁶ do CPP, decretar busca e apreensão, art. 242³⁷ do CPP.

O problema de se ter um julgador com poderes instrutórios se vê potencializado em sistemas como o brasileiro, que, ao conceberem a prevenção como causa de fixação de competência, acabam por gerar uma imensa monstruosidade jurídica: um juiz investiga e, depois, na fase processual, julga.³⁸

Ora, se o julgador somente atuasse como garantidor da legalidade na fase do inquérito e depois ele mesmo julgasse o processo, já estaríamos diante de uma visível hipótese de contaminação do julgador, pois teria sua convicção formada por elementos de prova que não obedeceram as garantias processuais constitucionalmente previstas.

Agora, o principal problema, o que fere inúmeras garantias e faz cair por terra um ideal de um sistema acusatório é permitir uma postura ativa do julgador no inquérito policial e depois admitir que este mesmo julgador venha a julgar o processo!

Ora, como imaginar que o magistrado não estará totalmente influenciado (para não dizer preso) a uma prova que ele mesmo determinou, ordenou, na fase do inquérito policial? Este julgador, terá de julgar as provas por ele produzidas e ainda seremos ingênuos de achar que poderá ser imparcial?

Não se está a dizer que o magistrado irá agir de forma tendenciosa ou a buscar elementos condenatórios, mas até mesmo se exercer dentro dos limites legais a sua função na fase preliminar, não será possível um julgamento imparcial na fase processual.

O juiz que realiza a investigação preliminar, realizando atos de investigação e com base nestes já vai aplicando o direito material para que a instrução processual avance e com isso determina medidas cautelares, buscas, prisões preventivas e determina a abertura do processo, já terá a sua convicção formada sobre os fatos. Ainda que a lei determine que a convicção do julgador deve se dar com base nas provas

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

³⁶ BRASIL, Código de Processo Penal. Artigo 311: Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial

³⁷ BRASIL, Código de Processo Penal. Artigo 242: A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes

³⁸ LOPES JR. Aury. **Juízes inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos.** In: Revista de Estudos Criminais, n. 10. Sapucaia do Sul: Editora Notadez, 2003. P. 121

produzidas em juízo, isto não seria possível se o mesmo julgador que instruiu o processo na fase preliminar for o julgador que irá proferir a sentença.³⁹

Ora, quando incitado a se manifestar sobre a necessidade de uma prova ou ele mesmo julgador acreditar ser necessária uma medida probatória, o seu convencimento já estará sendo formado, ainda que ele tente negar e lutar contra tal fato.

E ao permitirmos o mesmo julgador em duas fases, estamos admitindo que esta mesma influência subjetiva já afetada para a determinação de medidas indiciárias ao processo, seja novamente utilizada quando do julgamento do feito.

Ainda no sentido levantado por MONTERO AROCA, deve-se ressaltar que a limitação do valor probatório dos atos praticados na investigação preliminar, deixa clara a inadmissibilidade de que a atividade realizada no Inquérito Policial, possa substituir a instrução definitiva, a processual.⁴⁰

Ademais, ainda que a instrução preliminar suponha uma investigação objetiva sobre o fato (consignar e apreciar as circunstâncias tanto adversas como favoráveis ao sujeito passivo), o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz instrutor uma série de pré-juízos a favor ou contra o imputado, influenciando no momento de proferir a sentença.⁴¹

Assim a maior problemática com a figura deste juiz-instrutor, paira na desconfiança de que sua convicção esteja formada sobre o assunto que posteriormente irá julgar. Por isso, independentemente de ter ocorrido ou não uma afetação pelos resultados da investigação, este juiz deve ser afastado pela possibilidade de comprometer sua imparcialidade objetiva. Sendo a razão do afastamento, a prevenção de ocorrência de algum prejuízo a qualquer das partes.

Como mencionado anteriormente, não se pode permitir o risco de se ter um julgador parcial, de se ter o processo traduzido em mero ato formal para a prolação de uma sentença já formada na mente do julgador.

Não se pode permanecer com a ideia falsa e até ingênua de que o julgador busca somente a justiça e que a sua postura frente ao processo tem somente o interesse de “defender a sociedade”, de buscar elementos para uma “aplicação justa da lei penal”.

³⁹ MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal: una explicación basada em la razón**. Valencia: Tirant lo blanch, 1997. P.94.

⁴⁰ LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. P. 268.

⁴¹ LOPES JR. Aury. **Juízes inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos**. In: Revista de Estudos Criminais, n. 10. Sapucaia do Sul: Editora Notadez, 2003. P.124.

Estaríamos entrando no paradigma da “bondade dos bons”, crendo na bondade dos juízes, mas um questionamento surge: quem poderá me defender, quando me ver vitimado por esta tal “bondade”?

Não se pode admitir que nos vejamos como reféns da mente do julgador, que dependamos da bondade deste para julgar os casos penais, aonde a vida das pessoas está sendo discutida. Não se pode cultivar este endeusamento dos julgadores, como seres dotados de extrema bondade que irão dar à nós mortais o direito a justiça.

TOQCUEVILLE já referia que “*não há nada mais familiar ao homem que reconhecer uma sabedoria superior naquele que o oprime.*”⁴² Contudo, devemos saber que este julgador é humano e, por assim ser, carrega suas imperfeições, seus medos, suas crenças, seus caprichos, enfim, toda a sua carga de elementos subjetivos e, com isto, não podemos comungar do ideal de plenitude de suas decisões, de bondade dos seus atos.

Sobre o tema a preciosa lição de MORAIS DA ROSA, ao referir que “*os cavaleiros da prometida plenitude, a partir dessas crenças, congregam em si o poder de dizer o que é bom para os demais mortais – neuróticos por excelência (pois precisam preencher a sua falta com algo) – surgindo daí um objeto de amor capaz de fazer amar ao chefe censorador, tido como necessário para o laço social.*”⁴³

Esta crença de que o dito pelo julgador é o justo não pode se sobrepor a necessidade de que sejam obedecidos determinados critérios legais e constitucionais para a atuação do julgador.

A legislação e, em especial, a Constituição vem justamente para frear estes impulsos para delimitar o espaço de atuação e de discricionariedade do julgador e por isto que devemos buscar uma efetivação destas garantias, para evitar que em plena democracia, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda nos vejamos nas mãos de um “senhor” que dirá o que pode ou não ser considerado como justo.

Deve-se observar e efetivar a Constituição, fazendo valer as suas disposições, de modo a evitar que a vagueza das disposições e a falta de cumprimento das normas,

⁴² TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: sentimentos e opiniões; tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 12

⁴³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. P. 24.

façam com que surjam os conhecidos justiceiros, sempre dotados de “bondade” e querendo o “bem” do condenado mas, antes de tudo, o da sociedade.⁴⁴

Sabemos do enorme papel colocado sob as mãos dos julgadores, em decorrência da ausência de previsão legal concreta que dê conta da complexidade dos problemas de nossa atual sociedade.

Por isto, ao magistrado às vezes é dado o poder de criar, de ser muito mais do que o superado juiz “boca-da-lei”, isto é um marco dos atuais modelos de Estado.

As constituições dos estados modernos, guardam uma série de “novos direitos, o que redimensiona o papel do julgador, assim a sujeição à lei e, acima de tudo, à Constituição transforma o juiz em garante dos direitos fundamentais, inclusive, contra o legislador, mediante o reconhecimento da invalidade de leis que violam os direitos fundamentais.⁴⁵

Portanto, não se trata de negar a subjetividade e a interpretação do julgador frente a lei, mas sim de norteá-la ao fim do cumprimento da Constituição e estreitar os limites da subjetividade, impedindo o decisionismo.

Assim, maneira mais fácil e eficaz para impedir este decisionismo é garantir a imparcialidade e evitar contaminações ao julgador, e para isto, a melhor forma seria a prevalência da regra de que “*quem instrui não julga*”, que, como visto, inexiste no Brasil, dificultando uma solução à violação da imparcialidade do juiz.⁴⁶

Diante disso, nossa atual sistemática processual não vem em consonância com tais ideais, sendo fácil perceber que o “processo penal brasileiro é inquisitório, do início ao fim e que isso deve ser severamente combatido, na medida em que não resiste à necessária filtragem constitucional.”⁴⁷

⁴⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza de Francesco Carnelutti para os Operadores do Direito.** In: Revista de Estudos Criminais Ano 4 N° 14. Sapucaia do Sul: Notadez, 2004. P. 88.

⁴⁵ FACCHINI NETO. Eugênio. ‘**E o Juiz Não É Só De Direito...**’ (ou ‘**A Função Jurisdicional e a Subjetividade**’). In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P: 4017.

⁴⁶ BARBEDO, Cláudia Gay. **Da imparcialidade ao prejulgamento: uma análise jurídica e psicanalítica da atuação do juiz no processo penal à luz da convenção americana de direitos humanos.** Porto Alegre: Diss. (Mestrado) – Fac de Direito, PUCRS, 2004. P. 119.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Volume 1. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. P. 74.

4. A Problemática em Outros Sistemas

Ao tratar das problemáticas do nosso atual processo penal, necessário se faz uma reforma mais ampla, uma vez que partindo do modelo atualmente posto, não há uma solução viável. Assim, é imprescindível uma reforma estrutural orientada a privilegiar a função garantidora do Judiciário como um todo, e, em especial perante a investigação preliminar.⁴⁸

Para isto, obviamente deve de uma vez por todas retirar de um mesmo magistrado a atuação jurisdicional nas fases preliminar e processual. Esta separação se verifica no projeto de reforma do código de processo penal brasileiro⁴⁹, que traz um juiz de garantias, exclusivamente para a fase pré-processual, ao tratar do juiz de garantias, podemos pegar como exemplo não somente países de primeiro mundo, mas um vizinho nosso, com problemas até piores que o nosso, como é o caso do Paraguai.

No processo penal paraguaio, a estrutura também se dá em diferentes etapas, sendo a primeira e a segunda as etapas preparatórias e intermediárias, que são deixadas a cargo de um juiz (juez de control de garantias constitucionales). A terceira etapa que seria o juízo oral e público, como o nosso processo estará a cargo de um tribunal de sentença. Tudo isso para preservar o princípio da imparcialidade. Assim os juízes que controlam a investigação, a acusação pelo órgão responsável, remetem as conclusões para um tribunal de juízes que nada conhecem do caso, nem do acusado, impedindo, com isto, que o julgador que investigou e coletou as provas seja quem vai julgar em definitivo o processo.⁵⁰

O projeto 156/09- PLS, que deu origem ao projeto 8045/2010 que agora se encontra sob a apreciação da Câmara dos Deputados, que propõe a reforma do Código de Processo Penal Brasileiro, vem pautado na adequação das leis processuais penais ao texto constitucional, inclusive referindo em sua exposição de motivos:

Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem

⁴⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. P. 93.

⁴⁹ BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei 156, 2009.

⁵⁰ DUARTE, Christian Bernal. **Reforma del Proceso Penal en Paraguay y el Juez Penal de Garantías y sus funciones**. In O Novo Processo Penal à Luz da Constituição/ Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Luiz Gustavo Grandinetti Catanho de Carvalho, organizadores. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P140.

como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando consequente, surge como uma pauta mínima de tal modelo de Estado.⁵¹

Ademais, como mencionado, o referido projeto procura acabar de vez com a sobreposição de funções entre órgão jurisdicional e acusador, daí a criação de um juiz das garantias para a Investigação Preliminar, na qual não atua senão para controlar eventual invasão indevida na esfera dos direitos e garantias individuais. Assim, não possui competência para sair à cata da prova que, em tal momento, não lhe interessa eis que buscada para propiciar ao Ministério Público exercer a ação penal.⁵²

Até mesmo o juizado de instrução, que é adotado em diversos países, e consiste (de um modo geral) em uma figura de um julgador que representa a máxima autoridade, sendo responsável pelo impulso e direção oficial. Este juiz instrutor, é o principal responsável pelo desenvolvimento da instrução preliminar. Como protagonista, detém todos os poderes para realizar as investigações e diligências que entenda necessário para aportar elementos de convicção que permitam ao Ministério Público acusar e a ele decidir, na fase intermediária, sobre a admissão ou não da acusação. Não se pode confundir com uma das partes, pois em que pese seja o responsável por impulsionar e dirigir a investigação é um sujeito imparcial, o que o distingue do juiz inquisidor.⁵³

Em Portugal, o retorno da democracia, deu ensejo ao desenho de um Código de Processo Penal, de matriz nitidamente acusatória, no qual a figura do juiz de instrução, embora tenha sido mantida a nomenclatura, assumiu um papel absolutamente distinto do que antigamente lhe era atribuído. Agora, com a fase investigatória atribuída ao Ministério Público, o juiz de instrução passa a atuar como um juiz de liberdades, devendo proceder a instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer as funções jurisdicionais relativas ao inquérito.⁵⁴

O Projeto Brasileiro de adotar um juiz de garantias, se difere do modelo do Juizado de Instrução, em que pese os críticos insistirem em realizar tal comparação. O modelo brasileiro proposto no projeto de reforma do Código de Processo Penal, não

⁵¹ BRASIL, Senado. **Anteprojeto**/Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Reforma do Código de processo penal. Brasília: Senado Federal, 2009. P. 16.

⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado**. In O Novo Processo Penal à Luz da Constituição/ Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Luiz Gustavo Grandinetti Catanho de Carvalho, organizadores. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P.15

⁵³ LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. P. 70/71.

⁵⁴ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal. Da prevenção da competência ao juiz de garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 224.

guarda nenhuma relação com o Juiz de Instrução, se assemelhando muito mais ao *Giudice per Le indagini preliminari* do sistema Italiano.

Tanto no modelo italiano como no verificado no projeto brasileiro, a atuação do juiz de garantias é ocasional, sem funções de instrução, limitada ao controle da legalidade e à garantia dos direitos fundamentais. E com tudo isto “*a Itália continua Itália, mesmo com este instituto (não é leproso, não engole bebês, de suas entranhas não emanam venenos mortíferos e nem odores fétidos).*”⁵⁵

No entanto as raízes inquisitoriais anteriormente referidas não estão em nosso sistema à toa, senão que inúmeros dos agentes que atuam em nosso sistema penal aparecem de igual forma contaminados por estes “ideais”. Isto se verificou quando da anúncio do intento em introduzir no Brasil, o juiz de garantias, neste momento vozes roucas acordaram de uma longa letargia medieval, saudosas do ferro e fogo, para denegrir o instituto, pela sua própria nomenclatura. Pseudo-argumentos forjados na superfície do senso comum, envoltos em um reducionismo utilitário, barram o juiz de garantias em esquemas orçamentários e carência de magistrados.⁵⁶

Talvez a origem de tantos preconceitos, de tanta repulsa frente a figura do *juiz de garantias*, se dê pelo próprio nome deste, o que faz com que os defensores da *Lei e Ordem*, os militantes do *Tolerância Zero* sintam calafrios ao imaginar um magistrado voltado para a defesa dos direitos dos criminosos.

No entanto, a nomenclatura é o de menos importante, frente a necessidade de salvaguardar direitos e garantias, através da separação dos julgadores.

Não se trata de enfatizar o caráter garantidor do juiz, que todos são (ou deveriam ser), mas de preservar a garantia da jurisdição na adoção de medidas cautelares e restritivas de direitos. Tampouco de destacar com a denominação sua natureza imparcial, por permanecer alheio a investigação, já que a imparcialidade depende não tanto do nome, quanto de suas atividades e do sistema de garantias que se adote para protegê-la.⁵⁷

⁵⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. P.68

⁵⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. P.66.

⁵⁷ ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Procesales Penales.** La justicia penal em Europa y America. Marcial Pons, Madrid: 2012. P. 72

5. Considerações Finais

Ora, dessa forma já tendo sido demonstrado a necessidade de jurisdição na fase pré-processual, imperioso, também, que esta seja exercida por um magistrado distinto do que terá de julgar o processo, independente do nome que queiram atribuir a tal figura, imprescindível para a estruturação de um processo penal democrático.

Todavia, para se ter um processo que se demonstre adequado por inteiro às diretrizes acusatórias, é necessário superar a estrutura inquisitória e, para tanto, há de se dar cabo do inquérito policial na forma como hoje se percebe, não para introduzir-se o chamado juizado de instrução, mas, para aproximando-se da essência acusatória, permitir-se tão-só uma única instrução, no crivo do contraditório⁵⁸

Nos países em que se verifica um sistema acusatório puro, se elimina a fase de instrução como uma instância processual endereçada a um juiz com faculdades investigadoras, na realidade, o juiz aparece pela primeira vez na hora de analisar a admissibilidade da ação penal e a legalidade das atuações investigatórias⁵⁹

Temos uma legislação nascida em um berço fascista, empolgada por ideais totalitários, que não pode condizer com os nossos atuais anseios democráticos, a lei deve se adequar a esta nova era de direitos, a esta nova geração de indivíduos dotados de direitos e garantias e de um Estado que promulgue esta tutela.

Devemos romper com velhas crenças, conceber as mudanças necessárias, aceitar o novo e acreditar que os rumos de nosso país dependem da forma como concebemos o nosso Processo Penal e, não é à toa que a tendência mundial, é no sentido de separação das atividades das partes, da atuação em fases diferentes por juízes diferentes, do respeito e garantia à imparcialidade do juízo.

⁵⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “**O papel do novo juiz no processo penal.**” In. Crítica à Teoria Geral do Processo Penal. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 37.

⁵⁹ ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Prcesales Penales.** La justicia penal em Europa y America. Marcial Pons, Madrid: 2012. P.61.