CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA

NATHALIA BAZANELLA TONIOLO

UM ESTUDO DOGMÁTICO-CRÍTICO A RESPEITO DA ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

CURITIBA
2021

NATHALIA BAZANELLA TONIOLO

UM ESTUDO DOGMÁTICO-CRÍTICO A RESPEITO DA ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário Curitiba.

Orientadora: Prof. Dr. Michelle Gironda Cabrera

CURITIBA
2021

NATHALIA BAZANELLA TONIOLO

UM ESTUDO DOGMÁTICO-CRÍTICO A RESPEITO DA ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau em Bacharel em Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientadora: _____

_____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, _____ de _____ de 2021.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus, pois diante do momento complicado que o mundo se encontra, é necessário agradecer pela saúde da minha família, que apesar dos momentos difíceis que enfrentamos com a doença do Covid-19, que infelizmente atingiu meus avós, mas com a graça de Deus superaram a doença, e mesmo com algumas sequelas estão vivos e com a saúde cada vez mais fortalecida gostaria de pedir a Deus que abençoe e ilumine todas as famílias do mundo e as ajude a seguir, com muita fé nesse momento crítico.

Gostaria de agradecer meu pai Plaucio Toniolo e minha mãe Ivana B. Toniolo, que sempre me apoiaram, me incentivaram e me deram força a continuar com o curso e que acima de tudo se sacrificaram para que eu pudesse ter um ensino de qualidade, desde a época da escola, e na faculdade não foi diferente, todos os dias, mãe e pai trabalhando até tarde, fim de semana, e mesmo com todos os problemas financeiros pelo qual passamos, eles nunca deixaram que isso influenciasse na minha educação e da minha irmã, nunca deixaram nos faltar nada, muito pelo contrário.

Pai e mãe, obrigada por me ensinar sobre a vida, sobre oque é certo e errado, me ensinaram a ter compaixão com as pessoas, a ter educação, ser alguém que se preocupa com os outros, sem vocês eu não seria nada. Quero agradecer a minha irmã, Melissa B. Toniolo, que por todos os anos me aguentou estressada nas semanas de provas, e ainda mais nos últimos momentos, de escrita da monografia, pois sei que não sou uma pessoa fácil. Muito obrigada família por sempre estar ao meu lado, nos momento felizes e nos tristes, nos momentos mais difíceis, em que eu queria desistir de tudo, e estava desenganada com a vida, com o curso, com oque eu quero ser, vocês me deram força para seguir em frente e continuar, e eu só posso ser grata.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o tema das provas no processo penal, através de sua conceituação e sua função, mais especificamente sobre a admissibilidade ou não da prova ilícita no processo. Para isso o trabalho percorrerá, através de uma revisão bibliográfica ampla as teorias de admissibilidade da prova ilícita, para assim pontuar sobre a problemática do tema, especificamente levando-se em consideração os sistemas processuais penais. Ainda a presente pesquisa visa abordar a importância do instituto do juiz de garantias para o sistema processual penal acusatório, a fim de testar a hipótese da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal e a necessidade do juiz de garantias para licitude do processo e da prova.

Palavras-chave: Processo penal. Provas. Provas ilícitas. Admissibilidade. Juiz de garantias.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the theme of evidence in criminal proceedings, through its conceptualization and function, more specifically on the admissibility or not of illicit evidence in the process. For this purpose, the work will go through, through a wide bibliographic review, the theories of admissibility of illicit evidence, in order to punctuate on the issue of the theme, specifically taking into account the criminal procedural systems. The present research also aims at addressing the importance of the guarantees judge institute for the accusatory criminal procedural system, in order to test the hypothesis of the inadmissibility of the illicit evidence in the criminal process and the need for the guarantees judge for the lawfulness of the process and the evidence.

Key-words: Criminal proceedings. Evidences. Illegal evidence. Admissibility. Warranties judge.

LISTAS DE SIGLAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
MP	Ministério Público

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....…..

2 SOBRE AS PROVAS PENAIS: UM ESTUDO DOGMÁTICO CRÍTICO..... ……..

2.1 DA PROVA ILÍCITA……..

2.1.1 Prova Ilícita por Derivação……

2.2 TEORIAS DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL……

2.2.1 Teoria da Inadmissibilidade Absoluta da Prova Ilícita……..

2.2.2 Teoria da Admissibilidade da Prova Ilícita em nome do Interesse Público……...

2.2.3 Teoria da Admissibilidade da Prova Ilícita Pro Reo…….

3 SISTEMA PROCESSUAIS PENAIS.

3.1 Sistema Processual Penal Acusatório.

3.2 Sistema Processual Penal Inquisitório.

3.3 Sistema Processual Penal Misto.

3.4 Sistema Processual Penal Adotado no Brasil.

4 A IMPARCIALIDADE JUDICIAL COMO PRINCÍPIO SUPREMO DO PROCESSO PENAL.

4.1 Teoria da Dissonância Cognitiva: como instrumento de compreensão do princípio da imparcialidade judicial.

4.2 Juiz de Garantias: um estudo sobre a alteração trazida pelo Pacote Anticrime(Lei 13. 964 de 24 de dezembro de 2019).

5 A NECESSIDADE DA ADOÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS PARA CONTROLE DA LICITUDE DA PROVA PENAL.

5.1 Análise Sobre Os Poderes Investigatórios e Instrutórios do Juiz.

5.2 O juiz Natural e Imparcial como Garantidor da Licitude da Prova Penal.

6 CONCLUSÃO

7 REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Na presente pesquisa, será abordado o tema das provas ilícitas, as teorias sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo penal, quando uma determinada prova pode ser admitida. É necessário uma compreensão do conceito de prova do processo penal, que é a base para a reconstrução do fato histórico, para que o magistrado exerça a atividade recognitiva e com base nas provas obtidas durante a investigação, realize a formação do seu convencimento e profira a sentença ao final do processo, considerando que toda sentença deve ser fundamentada com base nas informações obtidas no curso do processo.

Entretanto é necessário construir o conhecimento sobre os sistemas processuais penais, que são eles o sistema processual penal inquisitório, que basicamente como o juiz como figura suprema do processo e nas mãos dele, estão concentrados os poderes de investigar, acusar, defender e julgar, oque acaba sendo um equívoco, pois o mesmo indivíduo que julga não pode ser o que acusa, dessa forma o princípio supremo do processo penal, a imparcialidade, está totalmente comprometida, por outro lado, temos a vertente do sistema processual penal acusatório, atualmente adotado pelo Brasil, nele estão presentes as características da total distinção entre as atividade de acusar e julgar, a atividade e iniciativa probatória é das partes do processo, o juiz deve ser um mero telespectador, um terceiro imparcial, alheio a atividade investigatória e a coleta das provas, assegurando a imparcialidade do julgador, e deve dar as partes um tratamento igualitário.

Considerando a imparcialidade como o princípio supremo do processo penal, vale destacar a necessidade da adoção do Juiz de Garantias, que foi adicionado ao Código de Processo Penal pelo conhecido Pacote Anticrime, Lei 13.964 de 2019, a lei trás a figura do juiz de garantias para garantir a legalidade da investigação e salvaguardar os direitos fundamentais do acusado, para que o mesmo não seja lesado, entretanto o artigo que prevê a adoção dessa figura, encontra-se vetado por uma decisão do Ministro Luiz Fux. A grande necessidade da implementação do juiz de garantias para garantir a

licitude da prova penal, pois aqui estamos tratando de contaminação do juiz, ou seja, está diretamente ligado com o princípio da imparcialidade do magistrado, entretanto o dispositivo vem sendo alvo de vetos.

Não se pode negar a necessidade desse dispositivo, uma vez, é necessário a distinção entre o juiz da investigação, que atua em quebras de sigilo de comunicações, autorizando buscas durante a investigação para a coleta das provas, e o juiz que vai julgar o caso com base nas provas obtidas, dessa forma é garantida a imparcialidade do julgador.

2 SOBRE AS PROVAS PENAIS: UM ESTUDO DOGMÁTICO CRÍTICO

Para a abordagem do tema desta pesquisa, é necessário discorrer sobre o conceito de prova.

Prova é todo elemento/informação que busca mostrar a existência e veracidade de um fato. O processo penal tem como objetivo reconstruir um fato passado, ou seja, a reconstrução de um crime, e isso é possível através das provas que são colhidas durante o curso processo, dessa forma, o julgador será instruído sobre o fato para então formar o seu convencimento e externá-lo na sentença, nesse sentido, as provas são o meio para a reconstrução fática do crime. Aury Lopes Jr. cita que a prova permite a atividade recognitiva do juiz em relação ao fato histórico, narrado na peça acusatória.[1] O juiz por si só não presenciou o fato, não estava na cena do crime e, portanto, não tem como saber, com total certeza o que realmente ocorreu, dessa forma, a prova é um elemento fundamental para o conhecimento do fato e convencimento do julgador.

Nesse sentido explica Edilson Mougenot Bonfim:

> A prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional.[2]

---

1 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17. Ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020. p. 557.
2 BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 13.ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019. p.417.

A palavra prova tem origem do latim – *probatio* – que significa verificação, exame, confirmação. Dela provém a palavra provar – probare – que significa verificar, persuadir alguém a alguma coisa, portanto, provar algo é tentar fazer com que alguém acredite em determinado fato a partir de uma informação ou elemento que foi encontrado quando ocorreu o fato, pode ser provado então por documentos, testemunhas, perícias, depoimentos.

O processo e a investigação é uma busca em provar um fato, supostamente verdadeiro, que aconteceu.

A prova então, é uma forma de convencer o magistrado de que a noção de verdade e realidade de uma das partes no processo está correta, ou seja, que os fatos narrados em sua petição realmente aconteceram da forma que foram descritos. O MP realiza a sua denúncia, trazendo ao processo uma hipótese fática de acusação, e o juiz ao decidir sobre esse fato, vai fundamentar a sua decisão através de provas, ou seja, do que é produzido no curso do processo.

Nesse sentido Janaina Matida:

> As informações colhidas por meio das provas praticadas funcionam como pontos de partida para o raciocínio – de caráter não dedutivo – através do qual o juiz busca confirmar/refutar as hipóteses fáticas ao redor das quais a disputa judicial se desenvolveu. [3]

Prova está diretamente relacionada com a decisão penal, pois é através dela que o juiz conhece os fatos, para então formar seu conhecimento e proferir uma decisão fundamentada, condenando ou absolvendo o réu. Após entender o conceito de prova, é preciso diferenciar quais são os meios de prova e meio de obtenção de prova. Enquanto que os meios de provas estão diretamente ligados com o convencimento do juiz, os meios de obtenção de prova são os instrumentos para a colheita dessas provas.

Em seu livro, Badaró explica essa diferenciação entre meios de prova e meios de obtenção de prova.

---

3 MATIDA, Janaina. Arquivos da Resistência. Ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP. ed.1. ano 1. p. 94.

> Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos.[4]

A prova no processo penal faz parte de um ritual de reconstrução histórica do fato, e é histórica porque é de um fato que acontece no passado, portanto o processo penal é uma retrospectiva do fato/crime que ocorreu, e é através do conjunto probatório que o juiz faz a recognição, para então, depois de instruído sobre o caso, ele possa fundamentar a sua decisão, pois no caso de ser uma decisão condenatória, por exemplo, o magistrado tem que ter certeza de que o fato realmente aconteceu, e essa certeza é obtida através da reconstrução aproximativa dos fatos, que é possível através do conjunto de provas presente no processo.

Aury Lopes Jr, explica isso através do paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário.

> Isso decorre do paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário: um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã). Assim como o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena, e seu presente, no futuro, será um constante reviver o passado.[5]

O juiz vai decidir a partir do conjunto probatório, e não apenas a partir de uma prova, pois todas têm um valor relativo, uma prova não vale mais do que a outra, por essa questão deve se ter muita cautela a tratar das provas, elas fundamentam a decisão que pode condenar um indivíduo, por tanto devem

---

4 BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. Rio de Janeiro, Campus, Elsevier, 2012. p. 270.
5 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17. Ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020. p. 556.

ser produzidas com confiabilidade, ou seja, sejam as mais confiáveis possíveis, para evitar dois erros possíveis, o de absolver culpados e condenar inocentes. As provas devem ser produzidas observando o contraditório e a ampla defesa. O Código de Processo Penal, traz um capítulo denominado das provas, em seu art. 155 diz que o juiz formará o seu convencimento pela livre apreciação das provas produzidas no processo.

Nesse sentido temos que considerar que existem as provas lícitas, ou seja, aquelas obtidas em conformidade com a lei, por outro lado, existem também as provas ilícitas, que são aquelas obtidas por meios não admitidos pela legislação, trata-se do meio de obtenção das provas, que pode ser lícito ou ilícito.

2.1 DA PROVA ILÍCITA

Após analisarmos o conceito de prova, vimos que existem as provas ilícitas. De acordo com o art. 157 do CPP, as provas ilícitas são inadmissíveis, e devem ser desentranhadas do processo, pois são obtidas em violação as normas constitucionais ou legais[6]. A CF também prevê no seu art. 5º, LVI, que são "inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos"[7], é um princípio que encontra sua origem no devido processo legal, ou seja, é um direito fundamental de todos, todo réu tem o direito de não ter em seu processo, uma prova ilícita que o acuse, essa é a regra.

Há uma dupla proibição a prova ilícita no processo penal. Eugênio Paccelli já dizia que "a norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, presta-se, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo[8]".

Mas o que é prova ilícita?

6 BRASIL. Codigo de Processo Penal Brasileiro. Decreto Lei n° 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%203.689-1941?OpenDocument.

7 BRASI. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/509f2321d97cd2d203256b280052245a?OpenDocument&Highlight=1,constitui%C3%A7%C3%A3o&AutoFramed.

8 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23. Ed.São Paulo. Atlas. 2019. p.348.

Prova ilícita é aquele que viola regra de direito material ou a CF, no momento de sua coleta, anterior ou com cominante ao processo, mas sempre exterior a este.[9] Há também a prova ilegítima, que é aquela contrária a uma regra de processo penal, contraria um ato processual, mas não causa muito prejuízo, como por exemplo a juntada fora do prazo, para o CPP essa também é considerada uma prova ilícita, pois viola uma norma legal.

Nesse sentido Luiz Francisco Torquato Avolio.

> A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual [...] Diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com a infração a normas ou princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre a questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana.[10]

A admissibilidade da prova está conectada a uma valoração, que tem o objetivo de evitar que meios de provas que são vedados pelo ordenamento jurídico, sejam adicionados ao processo e utilizados pelo juiz em seu julgamento, as provas produzidas no processo penal devem ser mais confiáveis possível, para que no futuro julgamento não haja nenhuma objeção e dúvida referente a sentença.

A prova ilícita é caracterizada quando sua obtenção não está de acordo com o direito material, por exemplo, em um caso em questão são colocadas escutas telefônicas, no entanto, estas não foram autorizadas judicialmente, logo são ilegais, e não podem ser consideradas como prova no processo penal, pois infringem um princípio constitucional ou legal, e devem ser desentranhadas no processo, seguindo a rigor oque diz o art.157 do CPP. Neste mesmo art. em seu parágrafo 5° é estabelecido que o juiz que tiver conhecimento da prova ilícita, deve ser afastado do processo e não poderá proferir sentença ou acórdão, em outras palavras, é a necessidade de afastar o juiz que teve contato com a prova ilícita, visto que, este já está contaminado

9 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17. Ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020. p. 630.

10 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: RT, 2003. p. 39.

pelo conteúdo da prova em questão, no entanto esse dispositivo está suspenso pela ADI n° 6.298, que tem como Relator o Min. Luiz Fux.

Nesse sentido Ricardo Jacobsen Gloeckner:

> Se o juiz que presidiu a instrução permitiu a realização de ato processual inválido, evidentemente tomou contato com material probatório. Esse contato impuro com fonte informacional invá-lida contamina qualquer espécie de decisão sobre o mérito que o juiz possa tomar. A exclusão do julgador que opera a partir da declaração de invalidade (elemento nor-mativo) caracteriza a decisão prolatada indevidamente como carregada de anorma-lidade. O juiz que decide processo no qual foi detectado e declarado ato processual nulo é manifestamente incompatível para o julgamento do processo, dado seu com-prometimento psíquico.[11]

É necessário que se tenha uma leitura constitucional do processo penal, a forma dos atos, em específico as provas, a forma com que se vai provar a hipótese fática, é garantia, e essa garantia deve ser absolutamente protegida, dessa forma as provas produzidas no processo penal devem ser as mais confiáveis possível.

2.1.1 Prova ilícita por Derivação

A prova ilícita por derivação é que foi obtida a partir da prova considerada como ilícita, ou seja, provém de uma fonte já ilícita. Bem explica Renato Brasileiro de Lima “provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal”[12].

A jurisprudência norte-americana denomina como teoria dos *fruits of the poisonous tree,* teoria dos frutos da árvore envenenada, uma vez que eu tenho uma prova ilícita, envenenada, eu tenho toda a árvore contaminada, e com isso o veneno é transmitido para todos os seus frutos, Pacelli explica em seu livro essa teoria.

11 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal. 3.ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p.393-394

12 LIMA, Renato. Brasileiro. Manual de Processo Penal. 8. ed. Rev.,ampl. e. atual. Salvador. Jus Podivm. 2020. p.690.

> Se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira.[13]

Nesse mesmo sentido, explica Edilson Bomfin.

> Tal teoria sustenta que as provas ilícitas por derivação devem igualmente ser desprezadas, pois "contamina-das" pelo vício (veneno) da ilicitude do meio usado para obtê-las.[14]

Tomaremos como exemplo o seguinte, uma prova ilícita foi inserida ao processo, quando se tem o reconhecimento da ilicitude, seja de ofício, ou por requerimento da defesa, o processo já percorreu um longo caminho, e então a prova vai ser desentranhada do processo, porém existem consequências dessa prova no processo, por exemplo, após essa prova ilícita foram produzidas outras coisas no processo, e é possível que essas informações estejam contaminadas pela prova ilícita. A CF não expressa nada sobre a prova derivada da ilícita, apenas o CPP no artigo 157, parágrafo primeiro, que fala que a prova derivada da ilícita por consequência é também inadmissível.

Entretanto existe uma exceção para que a prova derivada possa ser utilizada, e está expressamente no mesmo artigo 157, parágrafo primeiro e segundo, que é quando não evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras, de acordo com o CPP considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites legais, seria capaz de conduzir ao fato objeto de prova.

Nesse sentido Renato Brasileiro de Lima.

---

13 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23. Ed.São Paulo. Atlas. 2019. p.366.
14 BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 13.ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019. p.430.

> De acordo com a teoria ou exceção da fonte independente, se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.[15]

Quando o art. 157 do CPP, expressa que são inadmissíveis as provas ilícitas por derivação, é consagrado o princípio da contaminação, logo, a prova ilícita que estava vinculada ao processo, acabou por contaminar as provas seguintes que dela provém, portanto, igualmente não podem ser admitidas. Ocorre que as provas ilícitas por derivação tem uma grande aceitação nos tribunais, diante da alegação de que não restou comprovado o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a prova derivada da ilícita, violando o princípio da contaminação, pois acaba colocando a defesa com o ônus de provar esse nexo de causalidade, quando na verdade de acordo com o CPP estaria a cargo acuação comprovar que não há o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a prova derivada da ilícita.

2.2 TEORIAS DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

Considerando o conceito de prova e da prova ilícita, é necessário compreender que existem três teorias sobre a admissibilidade ou não da prova ilícita no processo penal. São elas: Teoria da Inadmissibilidade Absoluta da Prova Ilícita; Teoria da Admissibilidade da Prova Ilícita em nome do Interesse Público; e Teoria da Admissibilidade da Prova Ilícita Pro Reo. É imprescindível estudar cada uma delas.

---

15 LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 8.ed. Rev.,ampl. e. atual. Salvador. Jus Podivm. 2020. p.692.

2.2.1 Teoria da Inadmissibilidade Absoluta da Prova Ilícita

Como explicou Aury Lopes Jr, “os que defendem essa teoria, fazem uma leitura literal do art. 5°, LVI, da Constituição Federal”[16]. A inadmissibilidade da prova ilícita é uma vedação constitucional e portanto não há espaço para relativização, e violação desse direito constitucional.

Com essa teoria, toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos não podem integrar o processo, devem ser desentranhadas do mesmo, tanto as ilícitas quanto as derivadas das ilícitas. Entretanto essa vedação absoluta da utilização de provas ilícitas deve levar em consideração, por exemplo, que tal prova é o único meio para evitar uma condenação injusta, e por esse motivo a prova deveria ser aceita, mesmo sendo ilícita, dessa forma, nenhuma regra que pode ser prejudicial para o réu deve ser absoluta.

Nesse sentido Aury Lopes Jr.

> A crítica é exatamente em relação à “absolutização” da vedação, num momento em que a ciência (desde a teoria da relatividade) e o próprio direito constitucional negam o caráter absoluto de regras e direitos. Para nós, desde Einstein, não há mais espaço para tais teorias que têm a pretensão de serem “absolutas”, ainda mais quando é evidente que todo saber é datado e tem prazo de validade e, principalmente, que a Constituição, como qualquer lei, já nasce velha, diante da incrível velocidade do ritmo social.[17]

Dessa forma, toda teoria absolutista gera um certo desconforto, pois a sociedade está sempre em transformação, novos costumes, novos princípios, novas leis, estabelecer algo que seja de cunho absoluto pode nem sempre estar em consonância com a velocidade das interações e mudanças sociais.

2.2.2 Teoria da Admissibilidade da Prova Ilícita em nome do Interesse Público

16 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17. Ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020. p. 632.
17 Ibidem. p.632.

Nessa teoria o que se considera é a relevância do interesse público a ser protegido, por meio do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade a prova ilícita poderia ser admitida.

Nesse sentido Aury Lopes Jr.

> Abranda a proibição para admitir a prova ilícita, em casos excepcionais e graves, quando a obtenção e a admissão foremconsideradas a única forma possível e razoável para proteger a outros valores fundamentais.[18]

A prova ilícita é admitida, por tanto, para proteger e tutelar outros direitos fundamentais, tão importante ou até mais do valor fundamental em questão, por exemplo o bem jurídico vida. Essa teoria tem como base o princípio da proporcionalidade, como dito acima, pretende de alguma forma "pesar" os bens jurídicos violados ou ameaçados de uma violação, e analisar qual deve ser o bem mais relevante e deve ter uma tutela maior no caso em questão, é uma ponderação de bens jurídicos, tal teoria não é muito utilizada no Brasil, e quando for deve ser usada com cautela, pois o próprio conceito de proporcionalidade pode ser modificado com certa facilidade.

Leciona Alexandre de Moraes.

> Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.[19]

Essa ponderação de bens jurídicos é necessária para que a condenação não resulte em injusta, por exemplo, o princípio da

---

18 Ibidem. p. 633.

19 MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 46 – 47.

proporcionalidade vai realizar uma ponderação, uma valoração em relação ao bem que foi lesionado ou que houve um perigo de lesão e o bem de que alguém pode ser privado de sua liberdade, por tanto, é necessário essa proporção entre os delitos e as penas, para que nenhum dos indivíduos, envolvidos no caso concreto, seja lesado diante de um direito fundamental.

Entretanto essa expressão “em nome do interesse público” pode ocasionar um certo desconforto e uma não segurança jurídica, uma vez que tal conceito constantemente é alvo de discussões polêmicas, uma vez que usado inúmeras vezes como forma de abuso de poder, por exemplo.

2.2.3 Teoria da Admissibilidade da Prova Ilícita Pro Reo

Nessa teoria, como mesmo afirma o nome, a prova ilícita somente seria admitida quando em favor do réu, ou seja, em seu benefício, nesse caso a valoração do direito a liberdade do réu inocente, por exemplo, acaba prevalecendo sobre a não admissibilidade da prova que foi produzida por meios ilícitos, entretanto é a única forma de demonstrar a inocência do acusado.

Aury Lopes Jr, cita esse exemplo.

> Situação típica é aquela em que o réu, injustamente acusado de um delito que não cometeu, viola o direito à intimidade, imagem, inviolabilidade do domicílio, das comunicações etc. de alguém para obter uma prova de sua inocência.[20]

O princípio da proporcionalidade está presente nessa teoria também, pois é com fundamento nele que é realizada uma ponderação entre, por exemplo, um inocente ser condenado ou admitir uma prova obtida por meios ilícitos mas que prova a inocência desse réu.

Nesse sentido afirma Norberto Avena.

> Apesar dessa proibição constitucionalmente determinada, a doutrina e a jurisprudência majoritárias há longo tempo têm

20 LOPES JUNIOR, Aury.Direito Processual Penal. 17. Ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020. p. 634.

> considerado possível a utilização das provas ilícitas em favor do réu quando se tratar da única forma de absolvê-lo ou de comprovar um fato importante à sua defesa. Para tanto, é aplicado o princípio da proporcionalidade.[21]

Essa corrente doutrinária tem sido aceita pela jurisprudência frequentemente, uma vez que, nenhum direito deve ser de caráter absoluto, ainda mais um que pode prejudicar um indivíduo, como é o caso da inadmissibilidade da prova ilícita, deve haver um equilíbrio entre os valores contratantes em cada caso concreto.

Entretanto, tratando-se do uso dessa mesma prova ilícita que foi admitida para absolver o acusado, a mesma não pode ser utilizada contra terceiro, bem como Aury Lopes Jr leciona.

> A mesma prova que serviu para a absolvição do inocente não pode ser utilizada contra terceiro, na medida em que, em relação a ele, essa prova é ilícita e assim deve ser tratada (inadmissível, portanto). Não há nenhuma contradição nesse tratamento, na medida em que a prova ilícita está sendo, excepcionalmente, admitida para evitar a injusta condenação de alguém (proporcionalidade).[22]

Partindo desse entendimento, a prova ilícita que é admitida em um processo, não ser tona lícita, por tanto, não pode ser utilizada em outro processo, pois sua característica peculiar, a ilicitude, prevalece para qualquer outro processo.

Sobre a admissibilidade da prova ilícita pro reo Denise Neves Abade cita um exemplo em seu livro.

> Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova

---

21 AVENA, Norberto. Processo Penal. 12.ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2020. p. 519.

22 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17. Ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020. p. 636.

> ilícita, para invocar-se o artigo 5.º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5.º, X, da Carta Magna)" (STF, HC 74678/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10.06.1997).[23]

3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Para entender a importância dos sistemas processuais, é necessário compreender os princípios que dão sentido as normas, e que organizam os sistemas processuais penais, são eles o princípio inquisitivo e dispositivo, pois são esses princípios unificadores que são o diferencial dos sistemas inquisitório e acusatório, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador.[24]

Sistema consiste no agrupamento *coordenado e lógico* de elementos vinculados por um princípio ou ideia, destinados a uma finalidade determinada[25].

> (…) partindo de um exame quanto aos pontos de similitude entre várias relações, podemos agrupá-las, de acordo com determinados critérios, em espécies de bolsões que nada mais serão do que os sistemas. Sistemas processuais penais são, pois, campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. Funcionam como uma indicação abstrata de um modelo processual penal constituído de unidades que se relacionam e que lhe conferem forma e características próprias.[26]

No processo penal brasileiro o juiz é o garantidor do direito, considerando essa premissa, temos como ponto de partida que o juiz deve ser imparcial para julgar o caso, e deve estar investido de competência, é uma garantia constitucional, o juiz natural deve cuidar para que os sistemas de garantias da CF seja eficaz.

---

23 ABADE, Denise Neves. Séries Carreiras Federais. coordenação: André Ramos Tavares, José Carlos Francisco. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014. p.266

24 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba. a.30. 1998.. p.165.

25 Ibidem. p. 4.

26 ZILLI, Marcos. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 34.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. explica:

> Diante da acusação, vista como exercício de poder, incumbe ao juiz o papel de guardião da eficácia do sistema de garantias, logo, como limitador e controlador desse poder exercido pelo Ministério Público ou o particular. A jurisdição aqui, neste primeiro momento, tem de realizar a filtragem para evitar acusações infundadas ou excessivas. É um papel de limitador e controlador da legalidade da acusação que está sendo exercida. Nesta dimensão, potencializa-se a importância da "filtragem jurisdicional", por meio da exigência de preenchimento dos requisitos de admissibilidade da acusação anteriormente tratados.[27]

Os sistemas processuais devem ser analisados do ponto de vista em que, quando o Estado se sente, de alguma forma, em perigo, por conta do aumento de crimes praticados pela sociedade, ele busca criar e aplicar leis mais rígidas e com isso os sistemas de aplicação dessas leis, acabam se tornando mais inflexíveis. Dessa forma o sistema processual penal de cada Estado, é distinto, visto que varia de acordo com as necessidades sociais e políticas.

Considerando essa exigência do Estado de, dependendo da ameaça de criminalidade, deve ser aplicada leis mais severas e com isso o processo deve ser inflexível, o professor Aury Lopes Jr caracteriza como uma ideologia mais punitiva ou libertária[28], existem dois sistemas processuais penais, o acusatório e o inquisitório, fala-se também no sistema processual misto, nesse sentido Aury explica qual sistema predomina em determinados tipos de Estado.

> Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.[29]

O critério diferenciador dos tipos de sistemas processuais, é o princípio unificador, ou seja, a posição do juiz e a iniciativa probatória, quem tem a

---

27 LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal. 6.ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020. p.211.

28 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17.ed. São Paulo. Saraiva Educação.2020. p.54.

29 LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal. 6.ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020. p. 214.

função de gestão da prova. A questão da verdade também é um elemento central na definição dos sistemas processuais penais acusatórios e inquisitório[30].

3.1 Sistema Processual Penal Acusatório

Se deu origem ao sistema processual acusatório no século XII, maia especificamente na Inglaterra.

> Para manter o controle integral e desestabilizar o poder dos suseranos/grandes vassalos, Henrique II, seguindo um modelo visivelmente romano, impõe uma lei do exército, pela qual impede a manutenção e criação de exércitos feudais em troca de proteção que a todos daria desde Westminster. Eis o lugar da força, enfim concentrada em suas mãos.[31]

Também pode-se identificar o sistema acusatório na Grécia e na Roma antiga, quando a população grega deu início a sua participação no exercício da acusação, e também como um julgador do caso, na época, nos crimes de maior grau de reprovabilidade qualquer pessoa da sociedade poderia exercer o direito de acusar. No sistema acusatório, órgãos *distintos* são responsáveis por acusar e julgar, e o réu conta com a presunção de inocência[32].

Pode-se dizer que nesse sistema o juiz deve atuar como um terceiro imparcial, alheio ao trabalho de investigação do caso e produção de provas, as partes devem ter igual tratamento, ou seja, as mesmas oportunidades no processo. A distinção entre acusar e julgar deve ser clara, e cada uma dessas funções devem ser realizadas por pessoas distintas, as partes dever ter a iniciativa probatória, devendo haver o contraditório para defesa da parte, é

---

30 KHALED JR, Salah Hassan. Civistas- Revista de Ciências Sociais. O Sistema Processual Penal Brasileiro. V.10. n.2. Porto Alegre.2010.p. 294.

31 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a.46. n.183. Julho/set. 2009. p.106.

32 ABADE, Denise Neves. Séries Carreiras Federais. coordenação: André Ramos Tavares, José Carlos Francisco. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 4.

necessário também que haja a possibilidade de contradição de uma decisão, e ter o caráter de duplo grau de jurisdição.

Nesse sentido de que o juiz deve atuar de maneira imparcial, ensina o professor Aury Lopes Jr.

> É importante destacar que a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo de decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (por meio da inquisição) um gravíssimo erro.[33]

No sistema processual acusatório o processo é público, o juiz deve ser neutro, sem poderes de investigação, pois o julgador não deve estar psicologicamente envolvido com as versões e provas apresentadas durante o processo, pois se ocorrer esse envolvimento, o juiz não tem mais a característica da neutralidade, visto que, se ele tiver munido com o poder de investigação no caso, psicologicamente ele já tem uma posição formada em sua consciência, já acredita em uma das versões para solucionar o processo.

Sobre o sistema acusatório explica Norberto Avena.

> Próprio dos regimes democráticos, o sistema acusatório caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Chama-se "acusatório" porque, à luz deste sistema ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias. Asseguram-se ao acusado o contraditório e a ampla defesa. Como decorrência destes postulados, garante-se à defesa o direito de manifestar-se apenas depois da acusação, exceto quando quiser e puder abrir mão desse direito. A tramitação da ação penal ocorre em estrita observância do modelo (procedimento) consagrado em lei. Como regra, serão públicos os atos processuais, o que apenas é ressalvado em hipóteses expressamente previstas. Quanto à produção probatória, é de incumbência das partes, descabendo ao juiz substituir-se a elas no intuito de buscar a comprovação de fatos que, apesar de articulados, não tenham sido demonstrados pelos interessados. Outra nota importante refere-se à garantia da isonomia processual, significando que acusação e defesa devem estar em posição de equilíbrio no processo, sendo-lhes asseguradas

33 LOPES JUNJOR, Aury.. Fundamentos do Processo Penal. 6.ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020. p. 218.

> idênticas oportunidades de intervenção e igual possibilidade de acesso aos meios pelos quais poderão demonstrar a verdade do que alegam. Considerando que as bases do sistema acusatório incluem a rigorosa observância das garantias constitucionais do acusado, este, como regra, responderá ao processo em liberdade, exceto na hipótese em que atos, fatos ou circunstâncias relacionados ao seu comportamento e à natureza do delito imputado demonstrarem a necessidade de sua segregação provisória.[34]

Nesse sistema, as partes têm uma maior responsabilidade, considerando que são elas, as responsáveis pela investigação e produção das provas necessárias para demonstrar os fatos narrados e formar o convencimento do juiz. E somente no sistema acusatório, em que o juiz é totalmente alheio a produção de provas no processo, é que podemos falar em juiz imparcial, pois somente ele, que não teve contato prévio com as provas produzidas, é plenamente imparcial ao processo, não está contaminado de alguma forma, com alguma linha de pensamento ou de verdade que foi apresentada, o órgão que vai julgar não deve ter acumular em suas funções a de acusar.

Entretanto, a estrutura de um sistema acusatório “puro” é rara, visto que, a partir do momento em que o sistema possua qualquer característica diversa das que foram apresentadas, em qualquer parte da investigação ou do processo, ele deixa de ser um sistema acusatório.

Somente no sistema acusatório os sujeitos do processo assumem o local constitucionalmente demarcado, a acusação e a defesa estão no mesmo nível, como partes, o juiz acima delas no sentido de que não atua como uma das partes, é um garantidor dos direitos do acusado, e o juiz não atua de ofício, ou seja, a jurisdição não atua de ofício, deve ser provocada, é necessária uma acusação.

---

34 AVENA, Norberto. Processo Penal. 12.ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2020. p.8

3.2 Sistema Processual Penal Inquisitório

O sistema inquisitório apareceu no âmbito da Igreja Católica e tem seu marco histórico (1215) em face do IV Concílio de Latrão.[35] Entretanto a Inquisição, como bem explica Salah Hassan[36], não tem uma ligação direta com a criminalidade, estava relacionada com as contradições e dúvidas diante das crenças da Igreja Católica, ou seja, a inquisição buscava os chamados hereges, aqueles que não compactuavam com as ideias da Igreja, e iam contra os seus dogmas. O sistema inquisitório, as funções de acusação e de julgamento estão atribuídas ao *mesmo órgão,* e o réu é objeto do processo e deve colaborar para a obtenção da verdade real[37]

Esse sistema acabou surgindo devido a inércia das partes no sistema acusatório, por tanto foi evidenciado que a persecução criminal não pode ser deixada nas mão de particulares[38], visto que o particular nem sempre realiza corretamente a produção das provas, causando assim uma carência na resolução dos ilícitos penais, por tal motivo, essa deveria ser a função do Estado, considerando também que deve ser exercida conforme os preceitos legais.

Nesse sistema o juiz deixa ser um mero espectador imparcial do processo e assume uma função de inquisidor, ou seja, aqui ele atua também como acusador, não é mais a figura do juiz imparcial, alheio ao processo e a produção de provas.

De acordo com Aury Lopes Jr. :

---

35 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183. Brasília. 2009. p. 104.

36 KHALED JR, Salah Hassan. Civistas- Revista de Ciências Sociais. O Sistema Processual Penal Brasileiro. V.10. n.2. Porto Alegre.2010. p. 295.

37 ABADE, Denise Neves. Séries Carreiras Federais. coordenação: André Ramos Tavares, José Carlos Francisco. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 4.

38 LOPES JUNJOR, Aury.. Fundamentos do Processo Penal. 6.ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020. p. 221.

> Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.[39]

Considerando que a partir de agora o juiz não somente tem contato com a prova, mas também assume a função de acusador, pode-se concluir que o princípio da imparcialidade está em risco, uma vez que, está reunido na figura do juiz a função de acusar e julgar, o mesmo acaba se contaminando com as informações obtidas durante a produção de provas que serão apreciadas ao final do processo e servirão de fundamento para a sentença. O juiz inquisidor atuava como parte, investigava, dirigia, acusava e julgava[40]

Aury Lopes Junior explica que no século XIII foi instituído o Tribunal da Inquisição, que tinha a função de reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica,[41] explica que o fundamento principal era a verdade real, e nesse caso a verdade real era a verdade divina, por tanto, tudo que vai contra a vontade de Deus que é disseminada através de seus discípulos na terra, deveria ser combatido a qualquer custo, incluindo a crueldade e tortura que era praticada contra os hereges, esse modelo inquisitorial canônico influenciou o processo penal.

No sistema inquisitório, o juiz atua em sigilo e sem a publicidade dos atos, diferentemente do sistema acusatório, onde tudo era público, devido a isso, esse sistema é contrário ao contraditório. É um sistema típico de Estados absolutistas, onde o poder está nas mãos do soberano, e com isso o particular é considerado como um objeto.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. explica

> A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a

39 Ibidem. p. 222.

40 KHALED JR, Salah Hassan. Civistas- Revista de Ciências Sociais. O Sistema Processual Penal Brasileiro. V.10. n.2. Porto Alegre.2010. p. 295.

41 LOPES JUNJOR, Aury.. Fundamentos do Processo Penal. 6.ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020. p. 223.

> confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas).[42]

A confissão era considerada como a prova que mais valia, obtendo-se ela, não era mais necessário a busca por outras provas para comprovar a culpa do acusado ou a sua inocência, pois mesmo havendo outras provas, as mesmas não valiam mais do que a própria confissão, ou seja, mesmo existindo uma prova testemunhal ou documental provando a inocência do acusado, caso o mesmo confesse o crime, ele seria considerado culpado.

No sentido de que a confissão era considerada como prova máxima no processo penal, Salah Hassan Khaled Jr:

> A confissão era entendida como a prova máxima e não havia qualquer limitação quanto aos meios utilizados para extraí-la, visto que eram justificados pela sagrada missão de obtenção da verdade.[43]

Nesse mesmo sentido Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

> Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um pecador, logo, detentor de uma "verdade" a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele objeto de investigação. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. Detentor da "verdade", dela deve dar conta. Eis a razão por que a tortura ganhou a importância que ganhou, e a confissão virou regina probationum.[44]

Através da confissão, o juiz inquisidor extrai uma verdade, a qual ele mesmo induziu o acusado a apresentar, visto que, para conseguir a confissão dessa "verdade", que o juiz acredita ser real, o acusado era submetido a torturas.

O sistema inquisitório perdurou até o início do século XIX, após a Revolução Francesa esse sistema perdeu força, foram estabelecidos novos movimentos filosóficos e a valorização do homem, tais mudanças influenciaram

---

42 Ibidem. p.226-227.

43 KHALED JR, Salah Hassan. Civistas- Revista de Ciências Sociais. O Sistema Processual Penal Brasileiro. V.10. n.2. Porto Alegre.2010. p. 295.

44 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183. Brasília. 2009. p. 105.

o processo penal, e com isso houve a adoção dos Juris Populares entre outras características que iniciavam a transição do sistema inquisitório, que acreditava que um mesmo indivíduo poder exercer funções distintas como acusar, julgar e investigar, para o sistema misto.

3.3 Sistema Processual Penal Misto

Como o próprio nome menciona, o sistema misto nada mais é do que uma combinação dos sistemas acusatório e inquisitório, visto que possui características dos dois sistemas, uma vez que ele adota a distinção entre as funções de acusar e julgar, mas ainda sim tem características inquisitoriais. A partir desse sistema surge o Ministério Público, que atua como acusador, afastando essa função das mãos do juiz.

Alguns autores mencionam que o sistema misto é composto por duas fases, uma primeira inquisitorial e de investigação, essa é uma parte sigilosa e não engloba o direito ao contraditório, já na segunda fase temos presentes os princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, essa seria a parte correspondente ao sistema acusatório.

Nesse sentido o professor Aury Lopes Junior.

> É lugar-comum na doutrina processual penal a classificação de "sistema misto", com a afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais. Ademais, a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter "misto".[45]

O professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, diz que todos os sistemas são mistos, uma vez que, o sistema é regido pelo princípio inquisitivo,

45 Ibidem. p. 229.

tem em si elementos provenientes do sistema acusatório e o princípio unificador para definir o sistema é a gestão da prova.

Nos ensinamentos do professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

> Faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (eis por que todos os sistemas são mistos) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos sistemas puros. Daí que a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o sistema adotado. [46]

3.4 Sistema Processual Penal Adotado no Brasil

Atualmente o sistema processual penal brasileiro é o sistema acusatório, visto que possui características predominantes acusatórias, com a implementação do chamado Pacote Anticrime (Lei 13. 964, de 24 de dezembro de 2019), foi instituído ao Código de Processo Penal o artigo 3°-A, que cita expressamente que o processo penal terá uma estrutura acusatória, entretanto não se pode falar que adotamos o sistema acusatório puro, visto que características como o poder instrutório do juiz durante o processo ainda estão presentes.

> Art. 3º-A. 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. [47]

Dessa forma, o juiz não pode assumir a função do MP como órgão legitimado para a acusação, visto que é vedado por lei, como também não pode ter iniciativa probatória na fase de investigação. Há autores que afirmam que os sistemas processuais realmente puros é algo do passado e que

---

46 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183. Brasília. 2009. p. 109.

47 DECRETO LEI N° 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

somente vemos na história e que os sistemas atuais não possuem referência com esses já citados.

Leciona Eugênio Pacelli que quanto a distribuição do ônus da prova, a linha adotada é acusatória, visto que, elege como protagonista na fase de inquirição as partes[48].

Nos ensinamento de Salah Hassan Khaled Jr:

> O sistema processual penal brasileiro tem uma fase preliminar – o inquérito policial – de caráter inquisitório e uma fase processual acusatória, ou pelo menos, proposta como acusatória, pois comporta dispositivos de caráter inquisitorial que comprometem a posição de imparcialidade do juiz. Tal sistema é referido por boa parte dos processualistas – os mais conservadores – como sendo misto, mas predominantemente acusatório. No entanto, na prática a introdução da categoria "misto" efetivamente borra algo que deveria ser nítido, ou seja, desfigura o sistema acusatório mas dá a ilusão de que ele se encontra em vigor.[49]

Com a reforma trazida pela Lei 13.969/2019, foi instituído a figura do juiz de garantias, que se encontra no art. 3°-B, em que suas principais funções são resguardar os direitos de cada indivíduo e controlar a legalidade da investigação criminal, para que nenhum direito seja lesado.

Consideramos então, como base do processo penal, que o juiz que julga o caso deve ter como característica essencial a imparcialidade, apenas com esse atributo pode-se afirmar que o processo ocorreu de forma correta e justa, e somente em um sistema processual penal acusatório, em que a atividade probatória é submetida às partes, é que está presente a imparcialidade, visto que, o juiz não tem contato com a prova ou qualquer informação sobre o processo, dessa forma não cria um vínculo subjetivo/emocional com o caso, e a sua pre concepção não pode ser considerada na sentença.

Entretanto, a implementação dos artigos que instituem a figura do juiz de garantias foi suspensa por tempo indeterminado pelo Ministro do STF Luiz

48 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. ed.24. São Paulo. Atlas. 2020. p.8.
49 KHALED JR, Salah Hassan. Civistas- Revista de Ciências Sociais. V.10. n.2. Porto Alegre.2010.p. 294.

Fux, essa decisão cautelar foi proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300, e 6305. Trecho da decisão do Ministro Luiz Fux:

> Em 22/01/2020: "Ex positis, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, com as vênias de praxe e pelos motivos expostos: (a) Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e (a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal)[50]

Para entender a importância da adoção e implementação do juiz de garantias, é necessário compreender o princípio da imparcialidade como fundante do processo penal.

4 A IMPARCIALIDADE JUDICIAL COMO PRINCÍPIO SUPREMO DO PROCESSO PENAL

> A imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo” e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo. Sobre a base da imparcialidade está estruturado o processo como tipo heterônomo de reparto.[51]

Sobre a importância da imparcialidade do juiz, Aury Lopes Junior sustenta:

> A imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo” e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e final julgamento da pretensão acusatória e do caso penal. Sobre a base da imparcialidade funda-se a estrutura dialética de um processo penal constitucional e democrático.[52]

---

50 MIN. LUIZ FUX. Liminar deferida ad referendum. Processo n° 0035984-92.1.00.0000. ADI 6298.DISPONÍVEL EM : HTTPS://PORTAL.STF.JUS.BR/PROCESSOS/DETALHE.ASP?INCIDENTE=5840274

51 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Saraiva. 2020. p.89.

52LOPES JUNIOR, Aury. RITTER, Ruiz.A Impresindibilidade do Juiz das Grarantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito. Vol 8. n°16. 2016. p. 57.

Com a expressão “processo penal constitucional democrático”, concluímos que o processo penal deve seguir os fundamentos e direitos estabelecidos na Constituição Federal, deve estar em consonância com a carta magna, ou seja, o processo penal e seus preceitos não podem ir contra o que está expresso na CF, caso isso ocorra podemos dizer que é inconstitucional, e devido a isso não pode ser adotado. Mas qual o significado de imparcialidade?

Nesse sentido Tercio Sampaio Ferraz Jr:

> Refletir sobre o significado de imparcialidade remete-nos, de pronto, à imagem do símbolo da Justiça, ou do direito, representada por uma balança nas mãos de uma deusa. Na concepção grega, a deusa Diké, filha de Zeus e Themis, em pé e com os olhos abertos, segura na sua mão esquerda uma balança sem o fiel no meio, e na direita uma espada, declarando existir o justo (íson) sempre que os pratos da balança estiverem nivelados. Por outro lado, na representação romana, a deusa Iustitia, também em pé, porém com os olhos vendados, segura com as duas mãos a balança com o fiel exatamente no meio, associando o direi- to (jus) à posição perfeitamente vertical (rectum) do fiel.[53]

A imparcialidade do órgão jurisdicional é imprescindível para o bom desenvolvimento do processo e obtenção do reparo judicial justo[54]. O juiz deve julgar o caso de forma absolutamente neutra, sem ser influenciado e/ou contaminado com informações que não pertencem ao processo, caso isso não ocorra, sua decisão pode ter sido baseada em algo que não está em conformidade com a lei, não deve ele participar da atividade investigatória. O papel do juiz não deve ser de investigador ou instrutor, mas sim de controlador da legalidade e garantidor dos direitos fundamentais do sujeito passivo[55] Portanto, a imparcialidade deverá permear toda a atividade do Ministério Público, em todas as fases da persecução penal, incluindo a fase pré-processual, reservada às investigações[56].

Nesse sentido Renato Marcão:

---

53 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 32.

54 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17.ed. São Paulo. Saraiva Educação.2020. p. 89.

55 LOPES JUNIOR, Aury. RITTER, Ruiz.A Impresindibilidade do Juiz das Grarantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito. Vol 8. n°16. 2016. p. 57.

56 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. ed.24. São Paulo. Atlas. 2020. p. 346.

> De nada adianta a adoção de um sistema de processo penal atrelado a diversos princípios fundamentais, especialmente a garantia de legalidade, as exigências do devido processo legal, do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência etc., se o julgamento da pretensão não for proferido por órgão imparcial. O juiz não atua no processo em nome próprio, tampouco sustenta conflito de interesse com qualquer das partes. A imparcialidade constitui um dos pressupostos de validade para a constituição da relação processual. [57]

Nesse mesmo sentido ensina Aury Lopes Junior.

> A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.[58]

Á vista disso, deve haver ausência de vínculo subjetivo/emocional com o processo, e isso só é possível quando temos um sistema processual penal acusatório, onde as partes movem e impulsionam o processo, em relação a produção de provas, e o juiz (imparcial) é um mero espectador, não participa da atividade probatória e investigatória, caso o magistrado tivesse sob seus auspícios a atividade probatória, automaticamente ele levaria o processo de acordo com a sua pré concepção, visto que, é natural do ser humano criar em seu subconsciente um pré conceito sobre o assunto/caso com que ele teve um primeiro contato, e tudo o que será buscado ao longo do processo é tentar "provar", de alguma forma, que a sua pré concepção é a verdade real.

Nos ensinamentos de Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner:

> A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. O juiz é sujeito da relação processual, mas não é parte. Além de ser impartial deve ser imparcial, pois na sua atuação deverá despojar-

57 MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal. 4.ed. Rev., ampl. E atual. São Paulo. Saraiva Educação. 2018. p.83

58 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17.ed. São Paulo. Saraiva Educação.2020. p. 91.

> se de influências de caráter subjetivo que o impeçam de resolver com exatidão e justiça.[59]

A Professora Janaina Matida[60], para explicar o juiz imparcial, usa como exemplo hipotético, a história do oráculo, onde os casos são levados a ele, e após ouvir as partes ele toma a decisão baseada em situações fáticas. Nas palavras da professora Janaína:

> Os casos são levados a Juízo e as narrativas das partes são oferecidas ao oráculo. Após ouvi-las, o oráculo emite a sua decisão, sempre baseada em proposições fáticas que se correspondem à realidade, descrições verdadeiras dos fatos sobre as quais não sobrevive qualquer dúvida. O oráculo é imparcial, não sensível a vantagens pessoais. Ele conhece a verdade e cuida de revelá-la no ambiente judicial. Um mundo de certezas absolutas no qual a resolução dos conflitos individuais não esbarraria em indesejáveis obstáculos de caráter cognitivo.[61]

Como ela explica, o oráculo não tem vínculo subjetivo com caso, nem relação direta com as provas e com as proposições fáticas, ele apenas está presente para ouvir os fatos e decidir a questão, não se envolvendo emocionalmente com o caso hipotético, e a mesma coisa deve acontecer com o juiz, que é uma espécie de oráculo, deve ouvir as proposições, analisar o caso concreto e as provas produzidas pelas partes e a ele disponibilizadas, para então julgar a questão, sem ter envolvimento com as partes, sem contato com as provas na parte pré processual, deve ser imparcial.

Acontece que no caso do oráculo, ele tem um contato direto com os fatos, sem obstáculos que possam levar a uma concepção falsa de verdade, entretanto, no mundo real, o juiz tem que considerar que, o fato a ele contato pode ser uma mentira, e caso ele acredite nessa mentira a sua decisão será baseada em um fato falso, que talvez não tenha acontecido, ou pelo menos não aconteceu da forma como lhe foi contado, pois o juiz não tem contato direto com o fato, ele não estava no local do crime, a ele são contados

---

59 LOPES JUNIOR, Aury. GLOEKCNER, Ricardo Jacobsen. Investigação Preliminar no Processo Penal. 6.ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo. Saraiva Educação. 2014. p.136.

60 Doutoranda de Direito da Universitat de Girona; Mestre em Direito pela Puc-Rio; Professora de Teoria do Direito da UFRJ

61 MATIDA, Janaina. Arquivos da Resistência. Ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP. ed.1. ano 1. p. 93.

acontecimentos, são mostradas provas para que então, tentar reconstruir o acontecido e logo após julgar o caso.

A imparcialidade do juiz é um direito fundamental, assegurado na Constituição Federal por meio do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da presunção de inocência (art. 5°, LV, LIV, LVII, CF). A imparcialidade deve ser uma qualidade do juiz e o principal atributo do Judiciário, como diz os comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial.

> 52. A imparcialidade é a qualidade fundamental requerida de um juiz e o principal atributo do Judiciário. A imparcialidade deve existir tanto como uma questão de fato como uma questão de razoável percepção. Se a parcialidade é razoavelmente percebida, essa percepção provavelmente deixará um senso de pesar e de injustiças realizadas destruindo, consequentemente, a confiança no sistema judicial. A percepção de imparcialidade é medida pelos padrões de um observador razoável. A percepção de que o juiz não é imparcial pode surgir de diversos modos, por exemplo, da percepção de um conflito de interesses, do comportamento do juiz na corte, ou das associações e atividades do juiz fora dela.[62]

Quando o juiz perde essa imparcialidade, ou seja, de alguma forma ele tem uma relação subjetiva com o caso, seja ela uma amizade com uma das partes, por exemplo, encontra-se no processo um vício que deve ser sanado, dai as causas de impedimento e suspeição trazidas pelo Código de Processo Penal. Diante disso, para assegurar essa imparcialidade e a legalidade do processo foi instituído a figura do juiz de garantias, que é um juiz de direito que atua como garantidor dos direitos fundamentais do acusado, e também tem a função de zelar pela eficácia do sistema.

O juiz não tem a necessidade de ser tornar imparcial, visto que sua figura está presente no processo apenas para tutelar os direitos subjetivos que foram lesados, e não vontades e interesses pessoais.

A teoria da dissonância cognitiva auxilia na compreensão do princípio da imparcialidade do órgão jurisdicional, como analisaremos a seguir.

---

62 Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial / Escritório Contra Drogas e Crime ; tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2008. p. 65.

4.1 Teoria da Dissonância Cognitiva: como instrumento de compreensão do princípio da imparcialidade judicial

Para auxiliar na compreensão do princípio da imparcialidade do juiz, a teoria da dissonância cognitiva traz uma percepção de quando o magistrado precisa lidar com duas opiniões e situação antagônicas, ou seja, o mesmo caso com duas, ou mais, percepções do que aconteceu na realidade, está relacionada com a atuação do juiz até a formação da decisão na sentença. Tal teoria analisa as distintas formas de reações que o indivíduo tem, frente a duas crenças, Aury Lopes Jr., explica essa teoria em seu livro.

> A teoria da "dissonância cognitiva", desenvolvida na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de "consonância" (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc.) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. [63]

Ao longo da vida, o ser humano se depara com diversas situações em que, por exemplo, duas crenças entram e conflito, são contraditórias, isso causa um desconforto mental, e o indivíduo busca uma coerência entre essas duas crenças antagônicas, o psicólogo Leon Festinger, publicou em 1957, a "Teory of Cognitive Dissonance", o autor explica que essa dissonância é uma incoerência e com ela vem a ação de reduzir essa incoerência, e isso é um processo involuntário, essa busca pela consonância.

Nos ensinamentos de Festinger:

> 1. A existência de dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância. 2. Quando a dissonância está presente, a pessoa, além de procurar reduzi-la, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância [...].[64]

---

63 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17.ed. São Paulo. Saraiva Educação.2020. p .99.

64 FESTINGER, Leon. Teoria da dissonância cognitiva. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 12.

Concluímos então que, a partir do momento em que o ser humano se depara com uma situação de incoerência entre duas ou mais crenças, opiniões, valores de vida, automaticamente e involuntariamente começa a busca pela ação que resolve dissonância. O indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e a sua opinião.[65]

Mas como a teoria da dissonância cognitiva é trazida ao contexto do processo penal?

Analisamos a situação do juiz, até a formação de uma decisão, o magistrado precisa lidar com duas situações antagônicas, de um lado o acusado, contando a sua versão dos fatos, tentando justificar o seu ato ou sua inocência, do lado oposto temos a acusação, ilustrando inúmeros fatos e buscando demonstrar a culpa do réu, além de se deparar com as teses de acusação e de defesa, o juiz também tem que lidar com a sua própria opinião sobre o caso, visto que o juiz não é neutro e possui suas próprias crenças, valores e opiniões sobre o mundo em que está inserido. Aqui temos uma situação clássica de dissonância cognitiva.

Considerando a situação citada, indagamos então sobre a imparcialidade do juiz, uma vez que, o magistrado obtendo contato com a investigação, e com as provas nela contidas, automaticamente cria um pré julgamento sobre o caso penal, no momento de sua decisão final, a sentença, é instantâneo que o mesmo use e desfrute do seu pré julgamento e das informações obtidas previamente no decurso da investigação, para formar o seu convencimento, com isso sua imparcialidade está comprometida, daí a necessidade da separação entre o juiz que julga o caso e o juiz que atua na fase de investigação do caso penal.

O jurista Alemão Bernd Schunemann realizou uma pesquisa a partir da teoria acima apresentada, onde confirma que quanto maior o conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o

---

65 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17.ed. São Paulo. Saraiva Educação.2020. p.99.

recebimento da acusação, menor é o interesse pela defesa do acusado e maior a probabilidade de condenação.[66]

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter exemplificam:

> Afinal, sabendo-se que a tomada de uma decisão na fase de investigação preliminar (uma conversão de prisão em flagrante em preventiva, por exemplo), pode vincular cognitivo-comportamentalmente seu responsável (magistrado) por prazo indeterminado, bem como que a primeira informação (primeira impressão) recebida pelo juiz sobre o fato, com base na qual deverá admitir ou não a abertura de um processo (ato de recebimento/rejeição da denúncia), é produto dessa investigação policial, produzida de forma unilateral; existe a possibilidade da autoridade judiciária que participou dessa primeira fase manter-se imparcial no futuro desenrolar processual? Ou é inviável falar em imparcialidade judicial nesse contexto de tomada de decisão e fixação de uma primeira impressão negativas em relação a uma pessoa, considerando-se que se estará vinculado a essa decisão e impressão fixada, e consequentemente, que haverá uma forte resistência (negação antecipada) à absorção de conhecimentos posteriores que as coloquem em xeque (investigação preliminar vs. processo)?[67]

Analisando as situações apresentadas, concluímos que é necessário ter um certo cuidado ao tratar da implementação do juiz das garantias, essa figura é indispensável para o bom funcionamento da jurisdição, a distinção entre o juiz que atua na investigação e o juiz que vai atuar e julgar o processo, havendo essa distinção não ocorre o risco da decisão ter sido fundamentada, mesmo que apenas no subconsciente do magistrado, em alguma informação pré concebida, como é o caso por exemplo de uma prova que foi obtida por meios ilícitos, mas o juiz teve contato, mesmo essa prova não podendo ser instituída no processo, o magistrado já teve contato, e por isso já está contaminado.

Dai a necessidade da implementação do juiz de garantias, que vai justamente ter a função de controlar a legalidade e garantir os direitos fundamentais do acusado durante essa fase preliminar de investigação.

---

66 Ibidem. p. .101.

67 LOPES JUNIOR, Aury. RITTER, Ruiz.A Impresindibilidade do Juiz das Grarantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito. Vol 8. n°16. 2016. p. 73-74.

4.2 Juiz de Garantias: um estudo sobre a alteração trazida pelo Pacote Anticrime (Lei 13. 964 de 24 de dezembro de 2019).

Comecemos analisando que, quando a imparcialidade judicial é comprometida, devido ao contato prévio entre julgador e investigação, o mesmo deve ser afastado, uma vez que, perdida a característica da imparcialidade o magistrado não está apto a decidir sobre a lide, e o que se busca com a adoção do juiz das garantias é exatamente essa separação do juiz que atua na investigação e o que julga o processo, a fim de evitar esse contato e o comprometimento da imparcialidade, e com isso a perda da garantia da legalidade e dos direitos fundamentais do sujeito passivo.

Nesse sentido Maurício de Moraes:

> Reconhecidos os prejuízos para a imparcialidade do julgador decorrentes do seu contato com os elementos indiciários do inquérito policial, o que se está a buscar é o seu afastamento dessa fase investigativa, em prol de efetividade na prestação jurisdicional ulterior, que continua(rá) submetida à orientação imposta pela Constituição Democrática de 1988 de tutela de direitos fundamentais, sem mais exigir um comportamento inumano do magistrado, como atualmente faz.[68]

Aury Lopes Junior, em seu livro Fundamentos do Processo Penal, indaga a questão de pôr que necessitamos da figura do juiz de garantias e da separação do juiz que atua na investigação e do juiz que julga o processo, e a resposta é para que tenhamos um processo acusatório e um juiz realmente imparcial.[69]

O professor Jacinto Coutinho explica que:

> Procura-se acabar, deste modo e de vez, com a sobreposição de funções entre o órgão jurisdicional e aquele 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.[70]

---

68 MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias?”. São Paulo: Boletim IBCCRIM, v. 18, n. 213, edição especial CPP, p. 21-23, ago./2010.

69 LOPES JUNJOR, Aury.. Fundamentos do Processo Penal. 6.ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020. p.. 255.

70 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183. Brasília. 2009. p. 114.

O juiz de garantias, disposto no art. 3°-B do CPP, tem a função, como o próprio nome diz, de garantidor. Mas garantidor especificamente do que? Ele é um juiz de direito que tem a responsabilidade de garantir a legalidade do processo e garantir os direitos do indivíduo que está sendo acusado, atuando na fase de investigação, com isso ocorre a separação do juiz que atua no processo e vai julgar o caso, sendo assim, a imparcialidade, princípio fundamento do processo penal, está presente na figura do juiz, visto que, ele não tem um pré contato com a atividade probatória na fase preliminar de investigação.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr.

> Grave problema existe no fato de o mesmo juiz receber a acusação, realizar a audiência de instrução e julgamento e posteriormente decidir sobre o caso penal. Existe não apenas uma "cumulação de papéis", mas um "conflito de papéis", não admitido como regra pelos juízes, que se ancoram na "formação profissional comprometida com a objetividade". Tal argumento nos remete a uma ingênua crença na "neutralidade" e supervalorização de uma (impossível) objetividade na relação sujeito-objeto, já tão desvelada pela superação do paradigma cartesiano (ainda não completamente compreendido). Ademais, desconsidera a influência do inconsciente, que cruza e permeia toda a linguagem e a dita "razão".[71]

Na mesma linha de pensamento está Mauro Fonseca Andrade, acreditando que o juiz que atua na investigação deve ser distinto do juiz que atua no processo, pois de alguma forma ele acaba sendo contaminado pela investigação.

> A proposição do juiz de garantias é o resultado de uma recente aspiração da doutrina nacional, que busca uma revisão da atuação do juiz na fase de investigação e, por decorrência, também do instituto da prevenção. Em termos simples, a proposta está voltada ao redimensionamento da atividade judicial ao longo da persecução penal primária, pois teria o magistrado competência para atuar como garantidor dos direitos fundamentais do investigado. Em vista disso, a atuação na fase de investigação passaria a ser entendida como um critério de exclusão desse

71 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17.ed. São Paulo. Saraiva Educação.2020. p. 99.

> mesmo juiz em relação à futura fase processual, ao invés de ser entendido com um critério de atração, que é o que leva à existência do instituto da prevenção. Como fundamento para essa proposição, afirma-se que "em nenhum momento esse juiz da fase pré-processual poderá ser o mesmo que irá instruir e julgar o processo", pois "Juiz prevento é juiz contaminado.[72]

O acumulo de funções na figura do juiz, causa um comprometimento da característica primordial da imparcialidade, por tal motivo o juiz de garantias é necessário e fundamental para garantir essa característica, esse princípio que rege o processo penal. A intenção, com a nova figura do juiz de garantias é manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos pelo órgão de acusação, oque se pretende é a preservação da imparcialidade judicial[73].

A jurisdição não pode atuar de forma imparcial, visto que, a atividade jurisdicional se torna ilegítima.

De acordo com Aury Lopes Jr e Ruiz Ritter:

> A lógica por detrás daquilo que se quer efetivamente ver vigorar no futuro processo penal brasileiro, que, seguindo boa parte dos ordenamentos jurídicos europeus e latino-americanos, deverá contar com o então denominado juiz das garantias, autoridade judiciária responsável pelo controle de legalidade da fase pré-processual e a salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.[74]

A tradição do sistema processual inquisitório deve ser superada, uma vez que o indivíduo tem direitos fundamentais constitucionais que garantem a ampla defesa e o contraditório, a imparcialidade judicial, pois não podemos tolerar e aceitar práticas autoritárias e inquisitivas em pleno Estado Democrático[75], onde por exemplo o juiz que atua no processo pode declarar de ofício, na fase de investigação, a produção antecipada das provas.

---

72 ANDRADE, Mauro Fonseca. O Sistema Acusatório Proposto no Projeto de Novo Codex Penal Adjetivo. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a.46. n.183. 2009. p. 180.
73 Ibidem. p. 181.
74 LOPES JUNIOR, Aury. RITTER, Ruiz.A Impresindibilidade do Juiz das Grarantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito. Vol 8. n°16. 2016. p. 78.
75 Ibidem. p.84.

Sobre a superação do sistema processual inquisitivo, explica Eugênio Pacelli:

> A necessidade de superação de um modelo processual de feição inquisitiva trouxe, como consequência mais importante do advento do sistema acusatório (como o nosso) e do sistema *adversary* (sistema de partes, do Direito anglo-americano), a preocupação com a *imparcialidade* do juiz.
> Aliás, é bem de ver que um dos pilares do princípio do juiz natural, no que diz respeito à vedação do juiz ou tribunal de exceção, reside exatamente na tutela da imparcialidade da jurisdição.
>
> Enquanto a questão da competência (ninguém será processado ou sentenciado senão pelo juiz *competente*...) revela a preocupação com a qualidade da jurisdição, em relação ao conhecimento da matéria a ser decidida, a regra da imparcialidade ocupa-se diretamente com as circunstâncias, de fato e de direito, e com as condições pessoais do próprio julgador, que, segundo juízo prévio do legislador, poderiam afetar a qualidade de determinada, concreta e específica decisão.[76]

Entretanto o projeto do juiz das garantias recebe algumas críticas, Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter explicam que:

> Ao contrário, há sim a tentativa de abortamento dessa importante figura, sob a justificativa de que representa um "atraso no combate à impunidade", tendo em vista que daria margem para anulação de processos futuros e maior morosidade das investigações, além de conflitar com a realidade judiciária do País, que não teria juízes suficientes para colocar em prática a inovação projetada.[77]

O objetivo da implementação do juiz de garantias é garantia da imparcialidade e a garantia do processo penal penal acusatória e democrático[78], justamente para não haver a possibilidade de abusos que podem gerar a nulidade do processo, visto que, a violação da ordem constitucional, a violação do devido processo legal causa a nulidade. Não se deve afastar o real objetivo do direito, que é a justiça, e ela somente será alcançada quando houver legalidade do ato, a constitucionalidade e a

---

76 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. ed.24. São Paulo. Atlas. 2020. p. 339.
77 LOPES JUNIOR, Aury. RITTER, Ruiz.A Impresindibilidade do Juiz das Grarantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito. Vol 8. n°16. 2016. p.84.
78 Ibidem. p.84.

convencionalidade do ordenamento jurídico, para haver a prestação jurisdicional efetiva.

5 A NECESSIDADE DA ADOÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS PARA CONTROLE DA LICITUDE DA PROVA PENAL

O juiz garantidor, é peça fundamental, pois é ele que, conforme o nome induz, garante a licitude da investigação, e com isso garante que todas as provas obtidas e entranhadas no processo são válidas e lícitas, salvaguardando os direitos do acusado durante toda a fase de investigação criminal, é o juiz de garantias que faz a audiência de custódia, após o flagrante.

Garantir a licitude da prova penal é necessário para garantir que a sentença que será dada ao final de todo processo, seja justa e legal, pois são as provas obtidas que recriam a cena do delito, e informam ao juiz oque ocorreu no exato momento do crime, e dessa forma o juiz, já na fase processual, tem esse caráter de recognição com o fato, podendo tomar a melhor e mais justa decisão sobre o caso.

5.1 Análise Sobre Os Poderes Investigatórios e Instrutórios do Juiz

A característica de atribuir poderes investigatórios e instrutórios ao magistrado, é típica do sistema inquisitivo, tal atribuição da atividade probatória nas mãos do juiz causa uma posição de juiz ator, e não um mero espectador do processo, ou seja, um terceiro imparcial, colocando em risco a ampla defesa e o contraditório, características essas que não estão presentes no sistema inquisitório, como já vimos anteriormente. A tradição inquisitiva permaneceu no código de processo penal por vários anos, e somente com a mudança trazida na Lei 13.964/2019, com o artigo 3°-A que o CPP consagrou que o processo deveria se dar pelo sistema acusatório, dessa forma, afastando o juiz da fase investigatório, de produção de provas, decretação de prisões preventiva, entre outros poderes que a ele eram concedidos.

Sendo assim, com a adoção do sistema acusatório, colocamos o juiz eu seu lugar no processo, e não em equivalência ou em lado oposto ás partes, o sistema de viés acusatório está atrelado ao princípio da imparcialidade, visto que o juiz imparcial somente é aquele que não possui contato prévio com a atividade probatória e com a investigação.

Nesse sentido Aury Lopes Jr:

> A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/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. É por isso que os arts. 156, 127, 242, 209, 385 e tantos outros que permitem que o juiz atue de ofício na busca de provas e adoção de medidas cautelares, estão tacitamente revogados pelo art. 3º-A além de serem substancialmente inconstitucionais.[79]

Entretanto, com a liminar na Medida Cautelar nas ADI's n° 6.298, 6.299 e 6.305, concedida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, tal artigo está suspenso, sine die, dessa forma o processo penal continua com viés inquisitório, devido a suspensão da eficácia do art. 3°-A. Porém tal artigo que foi implementado ao Código de Processo Penal, simboliza um importante avanço.

Segue trecho da liminar na Medida Cautelar pelo Min. Luiz Fux:

> Diversamente, no presente caso, para a instituição do juiz das garantias, em vez de se produzir uma política pública integrativa com a participação dos entes interessados, promove-se uma mudança estrutural no Poder Judiciário por meio da aprovação de uma regra de impedimento processual, a qual, embora de efeitos aparentemente sutis, encontra-se apta a gerar a completa desorganização do sistema de justiça criminal. Na prática, criaram-se dois novos órgãos – juízos das garantias e juízo da instrução – por meio de uma regra de impedimento processual, o que abreviou indevidamente uma discussão legislativa que deveria ter tomado amplitudes equivalentes aos seus impactos.[80]

---

79 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17.ed. São Paulo. Saraiva Educação.2020. p. 91.

80 MIN. LUIZ FUX. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299.p.23-24. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 8A71-B835-28C5-EEA2 e senha 1DC9-E8F0-BF19-75DC

Não é sensato tão somente, por exemplo, exigirmos a separação da atividade de julgar e acusar para caracterizar o sistema processual acusatório, se logo após a separação dessas atividades concedemos ao juiz os poderes de investigação e instrução, tal sistema vai muito além disso, o juiz não pode participar da busca pelas provas, com isso o princípio supremo do processo penal, a imparcialidade é comprometida. Novamente o professor Aury exemplifica bem essa situação.

> O juiz deve manter-se afastado da atividade probatória, para ter o alheamento necessário para valorar essa prova. A figura do juiz-espectador em oposição à figura inquisitória do juiz-ator é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório. Mais do que isso, é uma questão de respeito às esferas de exercício de poder. São as limitações inerentes ao jogo democrático.[81]

Diante disso consideramos que o juiz que possui poderes investigatórios e instrutórios na fase pré processual, não pode ser o julgador na fase processual, tal situação acarretaria uma violação do direito do indivíduo que está sendo acusado de obter um julgamento com a qualidade e característica do juiz imparcial, a falta dessa garantia da imparcialidade, causa na sociedade uma desconfiança no órgão jurisdicional.

Nos ensinamentos de Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner:

> Ao contrário do que pensam alguns, nesse sistema a prova não é apenas produzida na presença do juiz instrutor, senão que é colhida e produzida por ele mesmo. Nessa atividade poderá atuar de ofício, isto é, independente de qualquer solicitação do MP ou do acusador privado. Entre outras diligencias, poderá o juiz instrutor:
> a) proceder ao interrogatório do sujeito passivo; b) utilizar medidas cautelares pessoais ou reais; c) conceder a liberdade provisória; d) designar defensor para o sujeito passivo, caso não o tenha feito; e) realizar inspeções judiciais e ordenar perícias;
> f) proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas, intimar e ouvir a vítima e testemunhas etc.
> Dessa forma, tomando conhecimento da prática de um delito (mediante notitia criminis ou qualquer outra fonte de informação), o juiz instrutor abrirá o procedimento e investigará por si mesmo ou ordenará que a Polícia Judiciária pratique aqueles atos que

81 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17.ed. São Paulo. Saraiva Educação.2020. p. 92.

> considera pertinentes para averiguar a materialidade e a autoria do fato[82].

O poder exacerbado conferido ao juiz na fase preliminar, como por exemplo, o interrogatório do sujeito passivo sendo comandado por ele, fazendo indagações e não deixando essa função para o órgão de acusação, a utilização de medidas cautelares, solicitação da produção antecipada das provas, ouvir testemunhas, entre outros poderes instrutórios e investigatórios que a ele são concedidos, acabam por colocar em risco a imparcialidade do magistrado, uma vez que, contaminado com as informações da fase de investigação, o juiz gera um vínculo subjetivo, ocasionando em seu subconsciente um pré conceito sobre o caso, e provavelmente será influenciado pelos elementos colhidos, que terão peso na hora da fundamentação da decisão do caso concreto, havendo uma presunção de parcialidade do juiz-instrutor, e a falta da imparcialidade torna o juiz incapacitado de julgar e decidir o feito. O juiz instrutor é prevento e como tal não pode julgar[83]

Quando falamos da iniciativa e atividade probatória, estamos nos referindo especificamente ao órgão de acusação, uma vez que a defesa não possui carga probatória, visto que está munida da presunção de inocência. O juiz por sua vez pode esclarecer pontos que relevantes com as testemunhas ou peritos que não ficou clara a compreensão, isso não concede ao magistrado o direito de realizar novas indagações, ou seja, não pode realizar novas perguntas que não foram questionadas pelas próprias partes.

No sentido de que o juiz também não pode produzir provas de ofício, Aury Lopes Jr. explica:

> Também não se pode admitir o juiz produzindo prova de ofício a título de “ajudar a defesa”. Em um processo acusatório existe um preço a ser pago: o juiz deve conformar-se com a atividade probatória incompleta das partes. Não se lhe autoriza a descer para a arena das partes e produzir (de ofício) provas nem para colaborar com a acusação nem para auxiliar a defesa. Ele não pode é “descer” na estrutura dialética, nem para um lado nem para o outro. Dessarte, a gestão da prova deve estar nas mãos das

82 LOPES JUNIOR, Aury. GLOEKCNER, Ricardo Jacobsen. Investigação Preliminar no Processo Penal. 6.ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo. Saraiva Educação. 2014. p. 133.
83 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17.ed. São Paulo. Saraiva Educação.2020. p. 98.

> partes (mais especificamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim suprapartes e preservando sua imparcialidade.[84]

O juiz instrutor acaba por ter uma paixão pela atividade investigatória, e devido a isso se torna contaminado, justamente pela dedicação a investigação, entretanto o juiz que atua no processo, está afastado da fase preliminar, não se contaminando com questões probatórias, estando assim protegido de si mesmo. Outorgar funções tão diversas como investigar e julgar um mesmo homem é sempre problemático, pois a alma do homem é frágil [85].

O modelo acusatório de processo põe em evidência a imparcialidade do julgador, que, como representante do Estado-juiz, deve colocar-se entre as partes e além do interesse delas.[86]

5.2 O Juiz Natural e Imparcial como Garantidor da Licitude do Processo e da Prova

A função do juiz é, garantir a legalidade e dos direitos do acusado durante o processo, não podendo deixar os direitos fundamentais serem lesados, ou seja, o juiz deve garantir a proteção dos direitos fundamentais do sujeito passivo, a atuação do juiz na fase preliminar está vinculada a garantia dos direitos fundamentais do acusado, e não a decidir a causa futuramente, ou a formar um juízo de valor sobre o caso, deve ser uma atuação limitada.

Nesse sentido Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloekcner:

> O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo. Nesse sentido, além de ser uma exigência do garantismo, é também a posição mais

84 Ibidem. p. 133-134.
85 LOPES JUNIOR, Aury. GLOEKCNER, Ricardo Jacobsen. Investigação Preliminar no Processo Penal. 6.ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo. Saraiva Educação. 2014. p. 137.
86 ANDRADE, Danielle de Souza. CAVALCANTI, Silva. O juiz das Garantias na Investigação Preliminar Criminal. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. p.22.

> adequada aos princípios que orientam o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo penal.[87]

De acordo com o artigo 157, parágrafo 5° do CPP, o juiz que tiver contato com a prova produzida de forma ilícita e declarada inadmissível, não pode proferir a sentença ou acórdão, em outras palavras, para garantir que licitude da sentença e/ou acórdão, o juiz contaminado deve ser afastado, devido ao fato de que, se o mesmo já teve conhecimento da prova produzida mas que foi desentranhada do processo por ser ilícita, automaticamente, de forma psíquica, esse juiz já formou um juízo de valor e um pré conceito sobre ela, e mesmo que a prova não possa ser utilizada no processo, é da natureza do ser humano se valer de suas pré concepções sobre o fato, e dessa forma, a sentença ou acórdão produzido por esse juiz poderá não ser munido da imparcialidade, e a garantia no processo penal deve ser radicalmente protegida.

> Art.157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação as normas constitucionais ou legais.
> § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.[88]

Ocorre que, embora seja de total necessidade a introdução desse dispositivo no Código de Processo Penal, por se tratar de contaminação do juiz colocando o princípio da imparcialidade em risco, tal dispositivo tem sido alvo de vetos há alguns anos.

Como já analisado, a prova produzida no processo penal deve ser produzida da forma mais racional e confiável possível, para que tenha a maior credibilidade, quando ocorre a produção de uma prova ilícita a legalidade e licitude do processo está sendo colocada em risco, e essa prova deve ser retirada do processo, e o juiz, como garantidor da licitude do processo e da prova deve tomar as devidas providências para a retirada dessas provas do

---

87 LOPES JUNIOR, Aury. GLOEKCNER, Ricardo Jacobsen. Investigação Preliminar no Processo Penal. 6.ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo. Saraiva Educação. 2014. p. 259.
88 Decreto Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal. Incluído pela lei 13.964 de 2019.

processo. O juiz deve ser visto e se situar como garantidor do contraditório e não de “contraditor”, fazendo uma recusa ao ativismo judicial característico do sistema inquisitório.[89]

Ensina Afrânio Silva Jardim:

> A grande dificuldade do processo penal moderno é compatibilizar este indispensável princípio da imparcialidade do Juiz, com a busca da verdade real ou material, na medida em que a outorga de poderes instrutórios pode, ao menos psicologicamente, atingir a sua necessária neutralidade.[90]

Com o sistema acusatório é implementado a separação entre acusar e julgar, de tal forma é necessário essa separação entre o juiz que julga com aquele que tem contato com as provas durante toda a investigação, dai a necessidade da implementação do juiz de garantias, que vai assegurar a licitude de toda a fase de investigação e produção das provas, resguardando a imparcialidade do juiz que no final do processo proferirá a sentença ou acórdão.

Nesse sentido Danielle Cavalcanti:

> Juiz garante, juiz garantidor, juiz de (ou das) garantias ou juiz das liberdades são expressões indistintamente aptas a designar, no Estado Democrático de Direito, o papel do Juiz na garantia dos direitos do acusado na persecução penal, não podendo ficar inerte diante de ameaças e violações a direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Quando chamado a atuar no inquérito policial, o juiz deve adotar a posição de garante dos direitos fundamentais do sujeito passivo, direito estes que se dirigem contra o Estado. A função do juiz, no processo penal, passa a ser a de proteção do indivíduo, em seus direitos fundamentais de liberdade e segurança coletiva, contra eventuais abusos do Estado.[91]

A real função do juiz na fase pré-processual deve ser a de garantidor-restrita por tanto à solução dos incidentes que demandem jurisdicionalização,

---

89 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17.ed. São Paulo. Saraiva Educação.2020. p. 78.

90 JARDIM, Afrânio Silva.. Direito processual penal, 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 40.

91 CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. O juiz de Garantias na Investigação Preliminar Criminal. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco.. n.9. 2016. Pernambuco. p. 10.

por implicarem ferimento a direitos fundamentais do indivíduo[92]. Dessa forma o juiz não atua como instrutor ou investigador mas apenas atuando para garantir a legalidade da fase prévia do *persecutio criminis,* e garantindo todos os direitos fundamentais inerentes ao acusado, para que o mesmo não seja prejudicado em nenhuma circunstância.

6 CONCLUSÃO

O processo penal é um instrumento no qual é realizada a reconstrução do fato ocorrido, e é através das provas que é possível a reconstrução dos fatos. Como vimos, isso é decorrência do paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário, significando que, o magistrado julga no presente um fato ocorrido no passado, e com base nas provas obtidas em um passado próximo ele construirá o seu convencimento e projetará uma sentença que causará efeitos para o futuro, de tal modo a prova é algo de suma importância, pois é através dela que o juiz que não esteve presente na hora e nem no lugar do fato ocorrido, mas terá que analisar as provas e decretará uma sentença sobre o caso, ou seja, a atividade do juiz é de recognição, e produzirá o seu convencimento para externalizar na sentença, e é as provas que permite a recognição do magistrado, para que a sentença seja legitimada. Por tanto é necessário que haja um limite à licitude das provas, e daí a problemática em torno da prova ilícita.

A Constituição Federal, prevê em seu artigo 5°, LVI, que são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos[93], porém não da nenhuma distinção entre processo civil ou processo penal, então o Código de Processo Penal, trouxe em seu artigo 157, que são inadmissíveis , devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, e ainda em seu

92 Ibidem. p. 10.

93 Artigo 5, LVI. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

parágrafo primeiro estipula que as provas derivadas das ilícitas também são inadmissíveis, exceto quando não evidenciado o nexo de causalidade[94].

Entretanto existem três teorias sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo penal, são ela a da inadmissibilidade absoluta, que já perde força justamente por se tratar de uma teoria absolutista, e a própria CF nega esse caráter absoluto das normas e regras, outra teoria é a da admissibilidade em nome do interesse público, aqui é considerado a relevância do interesse público através do princípio da razoabilidade e proporcionalidade a prova ilícita pode ser admitida. E por último temos a teoria da admissibilidade da prova ilícita pro réo, nesse caso a admissibilidade da prova ilícita está condicionada a valoração da prova em favor do réu, ou seja, em benefício do acusado, por exemplo a quebra de sigilo de comunicação que pode inocentar o acusado, sendo essa prova a única capaz de ser valorada e contribuir para a não condenação do réu.

Após todo o estudo realizado, é necessário, ademais, retomar a análise feita sobre os sistemas processuais, que são eles o sistema acusatório, inquisitório e o misto. O sistema acusatório, é aquele que tem como características, como afirma Aury Lopes Junior, a distinção entre acusar e julgar, é de suma importância que haja clareza nessa distinção, pois dessa forma se tem que o juiz deve apenas ter a função de julgar o fato e não ter a função de acusação ou defesa, ou seja, levando a outra característica desse sistema, de que a iniciativa probatória deve ser apenas das partes, e o juiz sendo um terceiro imparcial, alheio a investigação e a coleta das provas, para que possa dar às partes um tratamento igualitário, e dessa forma garantindo a imparcialidade do magistrado que julgará o caso futuramente.

No sistema inquisitório, o juiz possui múltiplas funções, tornando-se o soberano do processo, nas palavras de Aury Lopes Junior:

> É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois

94 Artigo 157. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

> uma mesma pessoa (juizator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.[95]

Nesse caso, como é explicado, no sistema inquisitório a imparcialidade do julgador não existe, uma vez que, tem contato com as provas, busca essas provas e depois julga com base nas provas que ele mesmo encontrou, não há como ser imparcial, visto que, é da própria natureza do ser humana, quando tem contato com alguma informação sobre um determinado assunto ou coisa, formular em sua mente uma pré concepção, um pré conceito sobre esse determinado assunto, que pode ser ou não verídico, no caso do juiz não pode ser diferente, a partir do momento de contato com uma prova no processo, o magistrado automaticamente será influenciado por essa prova no julgamento do caso, pois é um equívoco acreditar que uma pessoa pode exercer funções antagonistas como acusar, investigar, defender e julgar.[96]

Atualmente no Brasil, o sistema adotado é o acusatório, visto que, possui características predominantes desse sistema, o CPP trás em seu artigo 3°-A que o processo penal terá estrutura acusatória, vedando a iniciativa do juiz na investigação criminal. A Lei 13.964 de 2019 institui ao CPP a figura do Juiz das Garantias, que é responsável pelo controle da legalidade e de salvaguardar os direitos do acusado, para que o mesmo não seja lesado e seus direitos fundamentais sejam garantidos, ele funcionada como um redutor de danos na fase de investigação criminal, entretanto tal dispositivo sofre inúmeras disputas em relação a sua constitucionalidade.

Temos como princípio supremo do processo penal a imparcialidade do juiz, pois está relacionado a um direito fundamental de que todo indivíduo merece ser submetido a u m processo justo, que está previsto na Constituição Federal em seu artigo 5°, LIV, que diz respeito ao devido processo legal, a ampla defesa e contraditório (art. 5°, LV, CF) e da presunção de inocência (art. 5°, LVII, CF). O direito a um julgamento imparcial também está previsto no artigo 10 da Declaração de Direitos Humanos, em que esta expressamente escrito que toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa

95 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17.ed. São Paulo. Saraiva Educação.2020. p. 56.
96 Ibidem. p.56

seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial (…),[97].

A imparcialidade do juiz é fundamental para externalizar uma sentença justa, visto que, se o juiz se torna imparcial sobre o caso, acaba valorando teorias e hipóteses em seu subconsciente, e como consequência demonstra na sentença essa valoração, um exemplo é, o juiz que tem contato com uma prova que virá a ser desentranhada do processo devido ao fato de ter sido obtida em violação as normas constitucionais ou legais, por mais que a prova seja retirada do processo, o juiz já teve contato com ela, e já criou um juízo de valor sobre o assunto, e isso não é possível de ser excluído do cérebro humano, como se nunca tivesse visto aquela situação, dessa forma o magistrado, mesmo que inconscientemente acaba empregando o contido naquela prova para a formação do seu convencimento, e fundamenta a sentença com base nas informações que obteve, de tal modo que se torna parcial, caindo em violação ao princípio da imparcialidade. O processo penal realiza a busca pela verdade real, e devido a isso deve contar com regras e leis que reduzam os danos e erros, ou seja, a preocupação deve ser em não condenar um inocente e absolver um indivíduo que de fato é culpado.

De tal modo, existe a necessidade da adoção do Juiz de Garantias para o controle da licitude da prova penal, essa figura é um avanço democrático, visto que distingue o juiz investigador do juiz julgador, ampliando as garantias e direitos constitucionais, fazer valer de forma incontestável o direito ao devido processo legal a imparcialidade do julgador, de modo que deveria retroagir em benefício dos réus[98]. A licitude de uma prova é averiguada na fase de investigação, e uma prova considerada ilícita, pode ser admitida para absolver o réu, porém nunca para condenar, ao permitir que uma prova ilícita faça parte do processo, o juiz está dizendo que um valor, ou um direito, deve preponderar sobre outro[99], e isso é possível sempre que analisados os

97 Art. 10. ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos.
98 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17.ed. São Paulo. Saraiva Educação.2020. p. 173.
99 RODRIGUES JUNIOR, José Gutembergue de Souza.. Operação Spoofing e limites na admissibilidade da prova ilícita pro reo. Revista Consultor Jurídico. 2021 Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-fev-06/opiniao-limites-admissibilidade-prova-ilicita-pro-reo.

princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para conhecimento de qual valor deve prevalecer sobre o outro em cada caso concreto.

A imprescindibilidade do juiz de garantias no processo penal para se obter um juízo imparcial, é assunto de inúmeros debates, pois é necessário para a efetiva prestação jurisdicional, podemos explicar tal instituto através da teoria da dissonância cognitiva, eis que ainda que o juiz não atue de forma instrutora, sua imparcialidade objetivo estará comprometida, pois é aquela que deriva da relação com o objeto do processo[100], isso ocorre, porque como já vimos, o magistrado realiza um pré-julgamento durante a investigação.

Nesse sentido Simone Shcreiber:

> A atuação do juiz na fase de investigação pode prejudicar sua imparcialidade porque, em primeiro lugar, exige que o juiz mantenha um contato próximo com os atores incumbidos da persecução penal, em que é constantemente inteirado das etapas e rumos da investigação. O propósito da investigação é desvendar a prática do crime e apontar seu autor. Nesse ambiente o juiz acaba se engajando num esforço conjunto para que a apuração chegue a bom termo. Aí está a semente da ideia de que o juiz criminal se une aos órgãos de persecução no combate à criminalidade. [101]

Tal teoria explica que o indivíduo sempre busca um estado de consonância entre seus conhecimentos, e no momento em que se identifica uma dissonância é um processo involuntário tentar corrigi-la, ou seja, se minha mente me diz que gosto de tomar refrigerante, mas tenho uma informação de que refrigerante faz mal a saúde, esses conhecimentos se chocam, causando essa dissonância, o mesmo ocorre com o juiz que tem contato com informações sobre alguém que colocam em xeque a sua primeira impressão sobre aquela pessoa[102].

Aury Lopes Junior e Ruiz Ritter explicam:

---

100 LOPERS JUNIOR, Aury, RITTER, Ruiz. Revista Due In Altum- Cadernos de Direito. Vol.8, n°16, set-dez.2016. p. 63.

101 SHCREIBER, Simone. Em Defesa da Constitucionalidade do Juiz de Garantias. Conjur.2020. p. 3. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf

102 LOPES JUNIOR, Aur, RITTER, Ruiz. Revista Due In Altum- Cadernos de Direito. Vol.8. n°16, set-dez. 2016. p. 68.

> Afinal, sabendo-se que a tomada de uma decisão na fase de investigação preliminar (uma conversão de prisão em flagrante em preventiva, por exemplo), pode vincular cognitivo comportamentalmente seu responsável (magistrado) por prazo indeterminado, bem como que a primeira informação (primeira impressão) recebida pelo juiz sobre o fato, com base na qual deverá admitir ou não a abertura de um processo (ato de recebimento/rejeição da denúncia), é produto dessa investigação policial, produzida de forma unilateral.[103]

Um estado cujo modelo e estrutura dos sistemas processuais é o acusatório, a distinção entre o juiz que acusa e atua na fase de investigação e o juiz que julga, após todas as informações obtidas para formar seu convencimento, deve ser clara, pois é a função do juiz que direciona se o sistema processual é inquisitório ou acusatório. O juiz de garantias vem com a função de tutelar os direitos do acusado, da pessoa investigada, e zelar pela licitude e legalidade da investigação, tudo isso antes do ajuizamento da ação.[104]

Devido a isso, é necessário a implementação do juiz de garantias no processo penal, de forma que ele garantirá a licitude das ações da investigação, sejam elas a obtenção das provas, de modo que as ilícitas possam ser admitidas quando em benefício do réu, como única forma de inocentá-lo, vedando o juiz à atividade instrutória, para posterior julgamento do caso, de forma que se garanta o devido processo legal, respeitando o princípio supremo da imparcialidade, e garantir esse princípio só é possível com a distinção clara entre o juiz que atua na fase de investigação e o juiz que julga o processo e profere a sentença fundamentada nas provas e informações obtidas que auxiliaram na formação de seu convencimento.

---

103 Ibidem. p. 73.

104 SHCREIBER, Simone. Em Defesa da Constitucionalidade do Juiz de Garantias. Conjur.2020. p. 2. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf

REFERÊNCIAS

JARDIM, Afrânio Silva.. Direito processual penal, 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001,

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17. Ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. GLOEKCNER, Ricardo Jacobsen. Investigação Preliminar no Processo Penal. 6.ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo. Saraiva Educação. 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. RITTER, Ruiz.A Impresindibilidade do Juiz das Grarantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito. Vol 8. n°16. 2016.

LOPERS JUNIOR, Aury, RITTER, Ruiz. Revista Due In Altum- Cadernos de Direito. Vol.8, n°16, set-dez.2016.

BRASIL. Codigo de Processo Penal Brasileiro. Decreto Lei n° 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%203.689-1941?OpenDocument.

BRASI. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/ 509f2321d97cd2d203256b280052245a?OpenDocument&Highlight=1,constitui %C3%A7%C3%A3o&AutoFramed.

Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial / Escritório Contra Drogas e Crime ; tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2008.

ANDRADE, Danielle de Souza. CAVALCANTI, Silva. O juiz das Garantias na Investigação Preliminar Criminal. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco.

DECRETO LEI N° 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

Decreto Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal. Incluído pela lei 13.964 de 2019.

ABADE, Denise Neves. Séries Carreiras Federais. coordenação: André Ramos Tavares, José Carlos Francisco. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 13.ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23. Ed.São Paulo. Atlas. 2019.

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

BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. Rio de Janeiro, Campus, Elsevier, 2012..

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba. a.30. 1998..

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a.46. n.183. Julho/set. 2009..

MATIDA, Janaina. Arquivos da Resistência. Ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP. ed.1. ano 1. Disponível em : file:///C:/Users/natha/OneDrive/Área %20de%20Trabalho/NATHALIA/TCC/ MATIDA_Standards_de_prova_A_modestia_nec.pdf

RODRIGUES JUNIOR, José Gutembergue de Souza.. Operação Spoofing e limites na admissibilidade da prova ilícita pro reo. Revista Consultor Jurídico. 2021 Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-fev-06/opiniao-limites-admissibilidade-prova-ilicita-pro-reo.

FESTINGER, Leon. Teoria da dissonância cognitiva. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: RT, 2003.

ZILLI, Marcos. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2003.

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

ANDRADE, Mauro Fonseca. O Sistema Acusatório Proposto no Projeto de Novo Codex Penal Adjetivo. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a.46. n.183. 2009.

MIN. LUIZ FUX. Liminar deferida ad referendum. Processo n° 0035984-92.1.00.0000. ADI 6298.disponível em : https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274

MIN. LUIZ FUX. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299.p.23-24. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 8A71-B835-28C5-EEA2 e senha 1DC9-E8F0-BF19-75DC

AVENA, Norberto. Processo Penal. 12.ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2020.

LIMA, Renato. Brasileiro. Manual de Processo Penal. 8. ed. Rev.,ampl. e. atual. Salvador. Jus Podivm. 2020.

MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal. 4.ed. Rev., ampl. E atual. São Paulo. Saraiva Educação. 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal. 3.ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

KHALED JR, Salah Hassan. Civistas- Revista de Ciências Sociais. O Sistema Processual Penal Brasileiro. V.10. n.2. Porto Alegre.2010.p. 294.

SHCREIBER, Simone. Em Defesa da Constitucionalidade do Juiz de Garantias. Conjur.2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

.