

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

CLARA BRINO CACIOLI

A IMPORTÂNCIA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO CRIMINAL: A
INCONSTITUCIONALIDADE DAS PERMISSÕES DE DELEGAÇÃO DE ATOS
INSTRUTÓRIOS NA LEI Nº 8.038/90

São Paulo

2019

CLARA BRINO CACIOLI

A IMPORTÂNCIA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO CRIMINAL: A
INCONSTITUCIONALIDADE DAS PERMISSÕES DE DELEGAÇÃO DE ATOS
INSTRUTÓRIOS NA LEI Nº 8.038/90

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Ms. André Boiani e Azevedo.

São Paulo

2019

Cacioli, Clara Brino.

A importância da instrução probatória no processo criminal: a inconstitucionalidade das permissões de delegação de atos instrutórios na Lei nº 8.038/90 / Clara Brino Cacioli. – 2019.

51 f. ; 30 cm.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

Bibliografia f. 50-51.

1. Direito. I. Título.

CLARA BRINO CACIOLI

A IMPORTÂNCIA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO CRIMINAL: A
INCONSTITUCIONALIDADE DAS PERMISSÕES DE DELEGAÇÃO DE ATOS
INSTRUTÓRIOS NA LEI Nº 8.038/90

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. André Boiani e Azevedo
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Ms. Rogério Luis Adolfo Cury
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Marco Antonio de Barros
Universidade Presbiteriana Mackenzie

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, por todo suporte, compreensão e carinho. Sem eles nada disso seria possível, pois foram eles que possibilitaram a minha graduação e tornaram o sonho de me formar em uma das melhores faculdades de Direito possível.

Meu agradecimento especial é para a minha mãe, que me apoiou nos momentos em que eu achei que nada daria certo e meu deu forças para completar essa jornada.

Também devo meus mais sinceros agradecimentos ao Ilustre professor e advogado Gustavo Badaró, por todos os brilhantes ensinamentos e pelo auxílio na pesquisa doutrinária, que deu o suporte indispensável a esse trabalho.

Sou bastante grata ao advogado e amigo Hélio Peixoto Junior, por sempre ter se mostrado disponível para me ajudar e por ter contribuído de maneira fundamental para que eu iniciasse e finalizasse esse trabalho.

Agradeço aos meus amigos e ao meu namorado, por todo o apoio durante a minha graduação e por sempre me lembrarem da minha capacidade.

Por fim, sou muito grata ao meu orientador por todo o apoio e dedicação.

Há de se reconhecer que o cidadão não há de estar satisfeito, hoje, com o Poder Judiciário. O juiz também não está. Para que o Judiciário nacional atenda – como há de atender – a legítima expectativa do brasileiro não basta mais uma vez reformá-lo. Faz-se urgente transformá-lo. (Cármen Lúcia, Ministra do Supremo Tribunal Federal).

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade dos dispositivos relativos à delegação de atos instrutórios previstos na Lei nº 8.038/90, quais sejam os artigos 3º, *caput*, inciso III e 9º, § 1º, à luz do relevante papel da instrução probatória no processo criminal. Para tanto, a instrução probatória foi compreendida como pedra fundamental do processo penal, elevando-se a necessidade de resguardar sua integridade pela incidência de princípios e garantias constitucionais, especificamente, a identidade física do juiz e a imediação. Sob tal perspectiva, a aplicabilidade da Lei nº 8.038/90, no que toca à possibilidade de delegação de atos instrutórios, mostrou-se incoerente com a regra de competência do foro por prerrogativa de função e, em último grau, a própria configuração de um modelo processual penal de matriz constitucional que ampara o Estado Democrático de Direito. Por esta razão, a incidência de mecanismos de controle de constitucionalidade sobre esses dispositivos legais foi elencada como possível ferramenta para a preservação da unicidade do sistema processual em torno da orientação que lhe confere a Constituição de 1988.

Palavras-chave: Processo penal. Instrução probatória. Lei nº 8.038/90. Delegação de atos instrutórios. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This paper aims to analyse the legal rules that enable the delegation of trial acts prescribed at Act nº 8.038/90, namely, article 3º, III and 9º, § 1º at constitutional grounds/matters. Therefore, the trial phase, seen through the evidence presentation, is conceived as the foundation of the criminal procedures, which means its integrity has to be protected, specially, by the enforcement of constitutional principles and guarantees such as the physical identity of the judge and the immediacy. In this sense, the applicability of Act nº 8.038/90, that allows the delegation of trial acts doesn't harmonize with the Brazilian rule of *foro por prerrogativa de função*, and, ultimately, with a criminal procedural model grounded in the Constitution and the Democratic State. For this reason, the constitutionality control mechanisms over these legal devices was listed as a possible tool to preserve the unity of the criminal procedural system around the Brazilian Constitution orientation.

Keywords: Criminal procedure. Evidence presentation. Act nº 8.038/90. Delegation of trial acts. Unconstitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS

AP ou APn	Ação Penal
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DJe	Diário do Judiciário Eletrônico
DJU	Diário de Justiça da União
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Inc.	Inciso
j.	Julgado
Min.	Ministro
Pet	Petição
QO	Questão de ordem
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso Ordinário Constitucional em <i>Habeas Corpus</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T.	Turma
TJ	Tribunal de Justiça

TRE Tribunal Regional Eleitoral

TRF Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. A IMPORTÂNCIA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO CRIMINAL	13
1.1 A PRODUÇÃO DE PROVA COMO PREMISA BÁSICA DO PROCESSO PENAL ..	14
1.2 A IMEDIAÇÃO NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA	19
1.3 A VINCULAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL	22
2. A LEI Nº 8.038/90 E A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS EM MATÉRIA CRIMINAL	26
2.1 A FINALIDADE DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO	27
2.2 A DELEGAÇÃO DE ATOS INSTRUTÓRIOS PELO RELATOR	29
3. A INCONSTITUCIONALIDADE DAS PERMISSÕES DE DELEGAÇÃO DE ATOS INSTRUTÓRIOS NA LEI Nº 8.038/90	35
3.1 VIOLAÇÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	36
3.2 VIOLAÇÃO À GARANTIA DO JUIZ NATURAL	42
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade das permissões de delegação de atos instrutórios previstas na Lei nº 8.038/90 em seus artigos 3º, inciso III e 9º, § 1º.

Para tanto, no primeiro capítulo será necessário analisar e explicitar a relevância da instrução probatória no processo criminal, demonstrando-se que a produção probatória é a verdadeira essência do processo penal, posto que a responsabilidade criminal no Brasil depende da comprovação concreta da autoria e da materialidade do crime para que haja condenação.

Nesse sentido, também será destacada a importância de que os atos instrutórios sejam realizados perante o juízo natural que julgará o feito, tendo em vista que é ele o dotado das melhores condições possíveis para cumprir a prestação jurisdicional.

Dentro desse contexto, serão analisadas as garantias da identidade física do juiz, assegurando exatamente essa regra de que o juiz que presidiu a instrução sentenciará o feito, bem como a garantia da imediação, instrumento capaz de proporcionar ao julgador o contato direto com a produção das provas orais pelas partes.

Em um segundo momento, será examinada a verdadeira extensão da competência dos tribunais em matéria criminal no julgamento das ações penais originárias decorrentes do foro por prerrogativa de função, que tem seu procedimento normatizado pela Lei nº 8.038/90.

Sob essa perspectiva, será discutida a razão de ser da garantia da prerrogativa de foro e a sua incompatibilidade com a Lei nº 8.038/90, especificamente em relação às permissões de delegação dos atos instrutórios pelo relator.

Por fim, analisados e reunidos todos esses elementos, não poderia ser outro o último capítulo desse trabalho senão o que tratasse da demonstração da inconstitucionalidade dos dispositivos permissivos de delegação dos atos instrutórios na Lei nº 8.038/90.

Isso porque violam diretamente as garantias constitucionais do devido processo legal e do juiz natural, tendo em vista a inobservância às garantias da identidade física do juiz e da imediação e que a essência do processo penal é delegada a um juízo diverso do natural.

1 A IMPORTÂNCIA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO CRIMINAL

A persecução penal é um processo complexo que inicia com o intuito de se provar a autoria e a materialidade de uma infração penal e, por essa razão, ao oferecer a denúncia, o Ministério Público deve ao menos trazer indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do crime. No caso de comprovação desses dois pressupostos e após a realização da fase instrutória, ao final poderá ser imposta uma sanção que, de um modo ou de outro, sempre restringe a liberdade do condenado.

Ademais, necessário consignar que o processo penal em si já se materializa como forma de apenar o acusado, tendo em vista todas as limitações e imposições a ele impostas que são decorrência do início de uma ação penal.

Ou seja, é possível dizer que ser processado criminalmente já constitui uma pena autônoma, na medida em que

(...) do ponto de vista moral, social e mesmo psicológico, o simples fato de estar sendo processado criminalmente é um pesadíssimo fardo a ser carregado pelo acusado. Ser réu em um processo criminal significa, portanto, de alguma forma, já estar sendo punido.¹

O que se coloca em risco no processo criminal é, então, a liberdade de uma pessoa. Sendo assim, necessário se faz comprovar de maneira concreta e adequada ser o acusado o verdadeiro autor do delito a ele imputado, da mesma forma como deve ser provada a materialidade do crime.

Nesse sentido, é possível inferir que a ação penal tem seu escopo concretizado na produção probatória, meio pelo qual será feita uma reconstrução fática, visando uma maior aproximação com os fatos tratados no processo, trazendo ao julgador os elementos que o permitam decidir sobre a procedência ou não da acusação.

A importância da instrução probatória para o processo criminal é tamanha que a ausência ou insuficiência de provas sobre a autoria e/ou a materialidade do crime devem levar

¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 176.

inevitavelmente à absolvição do acusado, conforme se extrai das hipóteses elencadas nos incisos I, II, IV, V e VII do artigo 386 do Código de Processo Penal.²

Dada essa pequena introdução, se demonstrará a seguir a relevância de uma instrução criminal diretamente conduzida pelo julgador que ao final decidirá sobre a procedência ou não da acusação no sistema processual penal brasileiro.

1.1 A PRODUÇÃO DE PROVA COMO PREMISSA BÁSICA DO PROCESSO PENAL

As partes no processo penal buscam demonstrar a ocorrência ou não de determinados fatos penalmente relevantes. Estabelecidos os limites dessa controvérsia fática pelo o que é narrado na denúncia, se estará diante da fase mais árdua do processo penal: a reconstrução histórica dos fatos em juízo, sob o crivo do contraditório.³

A fase instrutória, dessa forma, será o momento processual em que as partes deverão trazer elementos capazes de influenciar o juiz a sentenciar o feito.

A prova, então, à despeito dos diversos tipos de definição, pode ser conceituada como o **“meio pelo qual o juiz chega à verdade**, convencendo-se da ocorrência ou inoccorrência dos fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo.”⁴ (grifo nosso).

² CPP, Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

(...)

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

(...)

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 385.

⁴ Ibid., p. 385.

Nesse sentido, entende-se por prova aquela que é produzida pelas partes em juízo, garantido o efetivo contraditório, conforme assegura o artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal.⁵

É importante frisar que o conceito de prova no processo penal pressupõe o contraditório judicial, sendo que os demais elementos colhidos na sua ausência se situam no âmbito da investigação. Como bem explica Nereu José Giacomolli:

Sem a possibilidade do contraditório não há que se falar em prova no processo, pois nele há de ser verificada e criticamente apreciada, desvinculando-se da unilateralidade de uma das partes, enraizando-se no processo, cujo espaço de argumentação é uma potencialidade exigida à prestação da tutela judicial efetiva. O que estiver fora do contraditório não é prova, permanecendo na esfera dos atos de investigação, ressalvados os casos legalmente autorizados, de forma excepcional. É na formação da prova que o contraditório, com a participação dos destinatários de seus efeitos, mormente do acusado, ganha relevância. A relativização do contraditório no momento da formação da prova encontra justificativa constitucional quando a ciência e participação inviabilizar o ato (interceptação telefônica, v. g.).⁶ (grifo nosso).

Por sua vez, o que se busca demonstrar ao juiz por meio das provas é a veracidade das próprias alegações exploradas pelas partes.

É esse o entendimento de Gustavo Badaró: “O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamentos da acusação e da defesa. O que pode ser verdadeiro ou falso, verídico ou inverídico, ou ‘probo’, são as alegações sobre o fato.”⁷

Sendo assim, necessário se faz refletir rapidamente – uma vez que este não é o objeto central do presente trabalho - a respeito da relação prova-verdade no processo penal.

⁵ CPP, Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 192.

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 160.

A prova será produzida pelas partes, na medida em que, conforme dito acima, tem o objetivo de demonstrar a veracidade das alegações trazidas pelas próprias partes. Dessa maneira, é certo que a prova é um resultado direto da produção probatória.

No mesmo sentido, a verdade no processo penal está rigorosamente vinculada às provas produzidas pelas partes. Isso porque o principal destinatário dessas provas é o juiz, que decidirá, com base no que foi a ele trazido por meio das provas, se condenará ou absolverá o réu.

Não obstante a grande discussão sobre qual é a verdade – absoluta ou relativa – que se busca no processo penal, no presente trabalho se adotará o entendimento da verdade relativa, sem, contudo, adentrar à discussão, que não constitui o objeto da presente pesquisa, no sentido de que:

A verdade judicial, necessariamente relativa, deve ser entendida como **uma “verdade” que o juiz busca nas provas existentes nos autos** e que seja a “maior aproximação possível” daquilo que se denomina verdade, *tout court*.⁸ (grifo nosso).

Nessa linha, é notório que a verdade no processo penal está extremamente vinculada às provas produzidas, na medida em que é por meio da prova que o julgador chegará à verdade sobre a ocorrência ou não dos fatos objeto da ação penal.

Como bem explicam Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima:

Isso significa que o Juiz, dentre as provas coligidas, valorará o conjunto, motivando assim seu *decisum*, dando chance de saber a parte quais os motivos de sua decisão. Vigendo o princípio da livre convicção motivada (ou da persuasão racional), deve o juiz optar pelo conjunto probatório existente, para decidir, e é importante que nele se mantenha. (...) O magistrado deve se ater restritamente aos fatos e deduções extraíveis dos autos, e jamais emitir impressões pessoais, sob pena de se tornar suspeito. Considerações sobre a pessoa do réu, seu caráter, sobre a criminalidade em geral e outras de cunho pessoal não podem integrar a fundamentação de uma sentença, seja ela absolutória ou condenatória. Tem razão Nucci quando diz

⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

que “a liberdade de apreciação da prova (art. 157, CPP) não significa que o magistrado possa fazer a sua opinião ou vivência acerca de algo integrar o conjunto probatório, tornando-se, pois, prova”.

Tal se dá porque o juiz, ao sentenciar, deve discriminar quais as provas que baseiam seu convencimento, afastando as outras, na motivação da sentença. A prova, portanto, é um elemento de apreciação unitária, devendo o magistrado valorar o conjunto probatório como um todo para formar livremente o seu convencimento. E, ao se falar em conjunto probatório, deve-se destacar que se refere ao conjunto produzido em juízo, sob o princípio do contraditório. Por isso que o art. 155 impede que a decisão da causa seja baseada apenas em evidências coletadas na fase investigatória pré-processual.⁹ (grifo nosso).

Nesse espeque, é certo que a prova no processo penal tem seu escopo concretizado na formação do convencimento judicial, pois, como bem colocado por Nereu José Giacomolli:

Convencer o julgador acerca do que o autor ou o réu pretendem no processo criminal, influenciando na construção da decisão, para que o órgão decisor possa prestar a tutela jurisdicional efetiva, constitui-se em funcionalidade essencial da prova. Afastar qualquer dúvida razoável do espírito do julgador não é uma função da prova no âmbito criminal, pois a criação da dúvida, o incremento desta ou sua manutenção pode ser uma das estratégias utilizadas pela defesa à preservação do estado de inocência. A defesa poderá ter o propósito de criar a dúvida, a qual, ao atingir o nível do razoável, afasta a suficiência probatória, sem a qual o juízo condenatório não se formará sobre bases sólidas e aceitáveis. Do ponto de vista da acusação, sim, se pode afirmar a destinação da prova de modo a evitar e dirimir qualquer dúvida.¹⁰ (grifo nosso).

Dessa maneira, é evidente que a fundamentação a ser utilizada na sentença decorrerá de um resultado natural da análise das provas a ser realizada pelo juiz. E é exatamente isso o garantido no *caput* do artigo 155 do CPP, destacando-se ainda mais a importância da

⁹ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 178.

¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 193.

instrução probatória no processo penal, na medida em que garante que “o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”.

A produção probatória, assim, constitui premissa basilar do processo penal, pois é por meio dela que as partes poderão produzir as provas a partir das quais o juiz definirá a verdade sobre a ocorrência dos fatos penalmente relevantes. Nesse sentido ensina Marco Antonio de Barros:

Ao analisarmos a utilização da prova sob outro ângulo, isto é, como sendo um instrumento da verdade, podemos afirmar que, em regra, **somente o que está provado pode ser tido como verdadeiro.**

Vale dizer, para o juiz formar o seu convencimento a respeito da veracidade ou inconsistência da imputação apresentada pela acusação contra o réu, é **preciso que obrigatoriamente se atenha ao contexto probatório produzido nos autos.**

Noutras palavras: é por meio das provas que se reproduz (ou se tenta reproduzir), no processo, a realidade que envolve o fato ilícito. **A verdade não vinga sem as provas.**¹¹ (grifo nosso).

Dada a importância da produção probatória, tendo em vista que serão dela extraídos os elementos formadores do convencimento judicial, é manifesto que a sua realização deve ser de acordo com as garantias materiais e processuais previstas em lei.

Isso porque, se a produção de provas é a fonte da motivação do juiz, constituindo, assim, premissa básica do processo penal, deve ser realizada de tal modo que possibilite uma efetiva prestação jurisdicional, sob pena de enfraquecimento e até quebra de um dos pilares do processo penal.

Sendo assim, a atividade probatória pode ser colocada como verdadeira “essência” do processo penal, o que explicita ainda mais a sua importância, como muito bem analisado por Marcelo Mendroni:

No dizer de Jeremy Bentham, “*a arte do processo não é, senão a arte de produzir provas*”. Sendo o processo o instrumento utilizado pela justiça para

¹¹ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 146.

determinar a culpabilidade de uma pessoa suspeita da prática de uma infração penal, **a sua essência é exatamente a atividade probatória.**

A atividade probatória dentro da qual as partes se movem acaba formando um influxo, positivo ou negativo, em análise global, que gera na mente do julgador o convencimento acerca da constatação da prática de determinados atos e da existência de determinados fatos, bem como a sua forma, adequando ações a conduta prevista em lei penal como infração penal. **Caracterizam-se, destarte, como o verdadeiro substrato processual. O que verdadeiramente adquire importância no decorrer do processo são as provas e “contraprovas” nele inseridas, a favor ou contra os argumentos das partes.**¹² (grifo nosso).

1.2 A IMEDIAÇÃO NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

Como apreciado no tópico acima, é certo que os acusados em uma ação penal se defendem das imputações que lhes são feitas por meio da prova de suas alegações, sendo que o principal espaço para isso é o foro judicial.

A audiência de instrução presidida pelo juiz, então, constitui um ato processual imprescindível para que as partes produzam as provas que tem um papel central no convencimento judicial.

Analisada a importância da instrução probatória no processo criminal, uma vez que é a base da motivação judicial, necessário se faz compreender um dos instrumentos mais relevantes a ser utilizado no momento da produção de provas: a imediação.

A imediação é bem definida por Décio Alonso Gomes como,

Numa perspectiva processual, pode-se definir, em termos gerais, a *imediação* como o mecanismo, instrumento ou princípio em virtude do qual se procura **assegurar que o juiz ou tribunal esteja em permanente contato – em relação de proximidade intelectual – com as alegações das**

¹² MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal**: estudo sobre a valoração das provas penais. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 13-14.

partes e os aportamentos e gestões probatórios, a fim de que possa conhecer em toda a sua significação o material da causa, desde o seu princípio, aquelas que devem proceder aos debates para formação do convencimento judicial e aquele que, ao final, deverá pronunciar a sentença que resolva a causa, apreciando as pretensões externadas.¹³ (grifo nosso).

É possível afirmar, então, que a imediação consiste na interação imediata entre o juiz, as partes e as provas, o que proporciona ao julgador a plena possibilidade de apreciar diretamente o conjunto probatório, que nada mais é do que o aparato fático sustentador das alegações submetidas ao juiz.

Nesse sentido, é certo que a instrução probatória realizada de modo a assegurar a imediação tem também como pressupostos a oralidade e a concentração de atos instrutórios, como bem explica Pedro Henrique Demercian:

O procedimento oral, adotado em sua essência, impõe, como consequência cogente, **a imediação dos atos procedimentais, vale dizer, colocar o juiz em contato direto com as partes (acusação e defesa), com as testemunhas e peritos, além da concentração dos atos, senão numa única audiência, pelo menos em audiências realizadas num curto período de tempo,** ou seja, em datas próximas. (...)

A imediação é a característica que representa com maior fidelidade o processo oral. E não seria exagerado afirmar-se que essa regra é o próprio núcleo desse sistema.¹⁴ (grifo nosso).

A imediação então, ao proporcionar esse contato direto do juiz com as provas a serem produzidas pelas partes, traz como consequência direta uma maior aproximação do juiz com a verdade judicial.

Isso porque a imediação possibilita ao juiz captar e interpretar de maneira mais completa as informações que são a ele trazidas na audiência, tanto por meio de alegações orais pelas partes, como pela oitiva das testemunhas.

Nessa linha, destaca-se aqui a lição de Décio Alonso Gomes:

¹³ GOMES, Décio Alonso. **Prova e Imediação no Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 40-41.

¹⁴ DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 56.

O papel da imediação entra em ação quando permite ao captador da informação uma apreensão mais completa, **ao adicionar à mensagem verbal outros elementos valorativos paralinguísticos**, atuando, essencialmente sobre o primeiro componente, quando o juiz comprova sua sinceridade, e só residual ou secundariamente afeta o exame sobre a veracidade da declaração.

Cumprido assinalar, neste passo, que **a imediação no manejo das provas pessoais permite uma interação comunicacional única sobre os sinais e domínios específicos da informação e sobre os domínios do processo neuronal de processamento de informação e inferencial**. Ou seja, a experiência não é possível de repetição nos exatos termos do que foi originariamente observado (...).¹⁵

Necessário salientar que, embora a imediação não esteja expressamente positivada no sistema processual penal brasileiro, é notório que sua necessidade e aplicação decorrem de uma interpretação sistêmica do nosso ordenamento jurídico. É esse o entendimento de Décio Alonso Gomes:

Fixa-se a imediação, desta forma, à base do juízo oral, da prática da prova e das técnicas de convencimento judicial no sistema acusatório e democrático de processo.

E se ela não se contém hoje explicitamente em norma positiva (na Constituição ou no Código de Processo Penal), **nem por isso deixa de resultar de uma série de preceitos reguladores da audiência de produção da prova, discussão e julgamento, que supõe, como regra, uma atividade processual exercida na presença dos participantes processuais e às vistas da sociedade**.¹⁶ (grifo nosso).

Nesse sentido, é certo que a regra prevista no artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal reforça a necessidade da imediação no processo criminal, tendo em vista que a

¹⁵ GOMES, Décio Alonso. **Prova e Imediação no Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 90-91.

¹⁶ *Ibid.*, p. 85.

prova a ser valorada pelo magistrado para formação de seu convencimento é aquela produzida em contraditório judicial, ou seja, na presença física das partes e do juiz¹⁷.

É evidente, então, que a imediação guarda estrita relação com o processo de convencimento judicial, na medida em que possibilita ao julgador uma análise mais próxima e completa sobre os elementos probatórios que servirão de base para o seu julgamento.

Seguindo os ensinamentos de Décio Alonso Gomes, a imediação, portanto, é vista como um dos métodos mais característicos de conhecimento judicial, ou seja, de captação da realidade pelo julgador, que, além de dever estar presente no momento da colheita da prova, deve interagir com os elementos de convicção. Em assim sendo, identifica-se a imediação como uma das principais vias pelas quais se fundamenta a decisão judicial, tornando-se, assim, imprescindível para que o processo possa melhor responder às garantias constitucionais das partes.¹⁸

Dessa forma, a imediação pode ser colocada como uma verdadeira garantia de aproximação do juiz com a verdade judicial, pois “(...) é indiscutível que quanto maior a proximidade da dilação probatória do órgão incumbido da prestação jurisdicional, maior é a possibilidade de se atingir a verdade material”¹⁹, ou seja, porque constitui um instrumento necessário para uma efetiva produção probatória e é por meio das provas que o juiz extrai a verdade no processo penal.

1.3 A VINCULAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Os dois tópicos anteriores tiveram como objeto de análise a produção de prova como premissa básica do processo penal e a imediação na produção probatória.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **A regra da identidade física do juiz na reforma do Código de Processo Penal**, *In*: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 200, p. 12-14, jul./2009.

¹⁸ GOMES, Décio Alonso. **Prova e Imediação no Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 88.

¹⁹ DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 57.

Pois bem. Da somatória desses dois temas não podia ser outro o resultado senão o da necessária vinculação do juiz no processo penal. Isso porque a instrução probatória baseada na imediatidade nada significaria se o juiz que a presidiu não sentenciasse o feito.

Nas brilhantes palavras de Pedro Henrique Demercian:

Se o método da oralidade, com a imediatidade e concentração, é aquele que permite a condução de um justo processo, **essa estreita e próxima ligação das partes, peritos, testemunhas e réu com o magistrado, de nada valerá se o julgamento não for levado a efeito pelo juiz que presidiu a instrução.**

A vinculação do juiz ao processo constitui uma autêntica garantia do acusado. Para todo e qualquer júízo de mérito e, principalmente, para a plena satisfação do princípio constitucional da individualização da pena (C.F., art. 5º, inc. XLVI), **é indispensável a prolação da sentença pelo juiz que manteve contato direto com os protagonistas do processo.**²⁰ (grifo nosso).

A vinculação do juiz no processo penal, assim, se traduz como uma verdadeira garantia para que a prestação jurisdicional seja realizada da maneira mais justa possível, tendo em vista que o juiz que presidiu uma instrução baseada na imediação, oralidade e concentração terá as melhores condições para valorar o arcabouço probatório a ele apresentado e sentenciar o feito.

Essa vinculação é entendida no sistema processual penal brasileiro como o princípio da identidade física do juiz, que, com as mudanças trazidas pela Lei nº 11.719/2008, com a introdução do § 2º ao artigo 399 do CPP, foi expressamente – embora não da melhor maneira – incorporado ao nosso ordenamento jurídico.

Consta do referido dispositivo legal que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. Contudo, é necessário entender essa norma para além de seu significado literal, visando sempre assegurar um processo penal com a efetivação da imediação-oralidade e todos os benefícios que dela decorrem.

Ou seja, como bem analisa Gustavo Badaró:

²⁰ DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. Atlas, 1999. p. 59.

A expressão 'juiz que presidiu a instrução' deve ser entendida como a previsão de que **toda a instrução deve se desenvolver perante um único juiz**, que deverá ser o mesmo que sentenciará o feito. Quando a concentração se realizar na forma de sessões consecutivas, o princípio da oralidade exigirá que se mantenha a identidade física do juiz durante todas as sessões de julgamento, porque senão o ocorrido perante o primeiro juiz chegaria ao conhecimento do segundo somente por meio das peças escritas dos autos. Tanto a oralidade quanto a imediação não são possíveis se os atos processuais se desenvolverem perante pessoas físicas diversas. Dito de outra forma, a imediação requer, como corolário prático, a identidade física do juiz: **o juiz que profere a sentença deve ser o mesmo que assistiu ao debate, sendo necessário que todo o material probatório seja produzido sempre perante o mesmo juiz.**²¹ (grifo nosso).

Caso contrário, toda a atividade probatória produzida com o intuito de garantir o contato direto do juiz com a prova estará seriamente comprometida.

Posto isso, é evidente que o legislador, com a introdução desse dispositivo buscou fortalecer a necessidade de um processo penal baseado na imediação-oralidade, buscando consequentemente assegurar às partes que o juiz que prolatará a sentença será aquele dotado das melhores condições possíveis para tanto, pois esteve em contato direto com as provas que servirão de fundamento para a sua decisão.

Nesse sentido está o entendimento de Eugênio Pacelli:

A medida é importantíssima, já que a coleta pessoal da prova, isto é, o contato imediato com os depoimentos, seja das testemunhas, seja também do ofendido e do acusado, parece-nos de grande significado para a formação do convencimento judicial.

Como se sabe, o provimento judicial final deve demonstrar sempre um juízo de certeza, quando condenatória a sentença. E essa, a certeza, de tão difícil obtenção, deve cercar-se das maiores cautelas. Daí a exigência de o juiz da instrução ser o mesmo da sentença alinha-se com um modelo processual que valoriza o livre convencimento motivado e da persuasão racional, dado que

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 639-640.

se põe como a mediação (da prova para a sentença) para a formação da convicção do magistrado.

A atual legislação, modificativa do Código de Processo Penal, Lei nº 11.719/08, limitou-se a consignar que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença (art. 399, § 2º, CPP).

A medida é salutar, no ponto em que afirma, como princípio, a vinculação do juiz da instrução ao provimento final do processo, estabelecendo, com isso, uma regra de prioridade quanto ao conhecimento e à apreciação do material probatório produzido na instrução. **Estará mais bem instrumentalizado para julgar aquele que participou ou que acompanhou a produção da prova pelas partes.**²²

Dessa forma, é certo que a vinculação do juiz no processo penal é mais do que uma mera regra procedimental, mas sim uma legítima garantia às partes de que o julgamento será realizado da maneira mais justa possível. Mais precisamente nas palavras de Marco Antonio Marques da Silva:

Analisando-se a função do juiz, seus poderes e deveres, concluímos que a vinculação do julgamento da causa ao magistrado que houver presidido a instrução criminal seria **uma demonstração de segurança e garantia da regra do livre convencimento.**²³ (grifo nosso).

Por conseguinte, após a análise de todos os conceitos trazidos nesse e nos tópicos anteriores, é possível dizer que a garantia da identidade física do juiz, se inobservada, traz às partes manifesto prejuízo, na medida em que as priva de um julgamento a ser realizado pelo magistrado mais apto a fazê-lo, o que compromete diretamente a apuração da verdade judicial e, conseqüentemente, a própria essência do processo penal.

²² PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 335.

²³ SILVA, Marco Antonio Marques da. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 9.

2 A LEI Nº 8.038/90 E A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS EM MATÉRIA CRIMINAL

A Lei nº 8.038/90 foi elaborada com o intuito de estabelecer normas procedimentais para aplicação aos processos criminais originários que tramitassem perante os Tribunais Superiores.

Um pouco mais tarde adveio a Lei nº 8.658/93, esclarecendo que as normas previstas na Lei nº 8.038/90 também seriam aplicáveis aos casos de ações penais em trâmite perante os Tribunais – estaduais e federais – locais de segundo grau.

Esses processos criminais abrangidos pela Lei nº 8.038/90 tramitam perante os tribunais – tanto superiores como locais – em razão da competência penal fixada pelo foro por prerrogativa de função que possuem algumas autoridades, que se analisará mais a fundo no próximo tópico.

Importante destacar que os tribunais, além de serem competentes para processar e julgar essas ações penais originárias em razão do foro por prerrogativa de função, também são responsáveis para julgar diversos recursos.

Nesse sentido, ressalta-se que a via recursal no Brasil é intensamente acionada e consiste em uma competência ordinária dos tribunais, sendo certo que a análise dos recursos é vultosa e demanda a maior parte do tempo de trabalho dos julgadores.

Dessa forma, é possível dizer que o julgamento das ações penais originárias constitui verdadeira extensão da competência dos tribunais em matéria criminal, o que certamente demanda mais tempo de trabalho e uma análise diferenciada, pois não se trata de análise recursal, mas sim do julgamento de uma ação penal que tem como premissa básica a produção de prova.

Dada essa introdução e tendo em vista o cenário apresentado, se analisará a seguir a sistemática do foro por prerrogativa de função e a sua incompatibilidade com a previsão da possibilidade – que se tornou a regra – de delegação de atos instrutórios prevista na Lei nº 8.038/90.

2.1 A FINALIDADE DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

A regra do foro por prerrogativa de função define a competência penal em razão do autor do fato, estabelecendo que algumas pessoas, por ocuparem determinados cargos, quando processadas criminalmente serão julgadas por órgãos judiciais colegiados – seja pelos tribunais de segunda instância, seja por tribunais superiores, a depender do cargo em questão –, excluindo-se, assim, o julgamento pelo juiz criminal de primeiro grau.

A razão de ser dessa regra de competência está no objetivo de proporcionar um julgamento mais adequado, imparcial e livre de eventuais pressões hierárquicas a determinadas autoridades em razão da função que desempenham.

Nesse sentido, está o ensinamento de Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima:

A ideologia é a de que há uma hierarquia política entre tais pessoas em relação às diversas funções judiciais que se dispõem também de forma hierárquica, ainda que somente em relação à jurisdição. Por isso, a Constituição Federal e as leis em geral acabam determinando que órgão jurisdicional julgará determinado ocupante de certa função, para, em tese, garantir que a função seja exercida com mais eficiência e evitar perseguições locais movidas por interesses políticos.²⁴

Isso porque, o órgão colegiado, por abarcar um grupo de magistrados, de alguma forma estaria menos sujeito a influências externas capazes de afetar o julgamento. Nas palavras de Eugênio Pacelli:

Tendo em vista a relevância de determinados cargos ou funções públicas, cuidou o constituinte brasileiro de fixar foros privativos para o processo e julgamento de infrações penais praticadas pelos seus ocupantes, atentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais.

Optou-se, então, pela eleição de órgãos colegiados do Poder Judiciário, mais afastados, em tese, do alcance das pressões externas que frequentemente ocorrem em tais situações, e em atenção também à formação profissional de

²⁴ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 136.

seus integrantes, quase sempre portadores de mais alargada experiência judicante, adquirida ao longo do tempo de exercício na carreira.²⁵

Dessa forma, o foro por prerrogativa de função vem como uma garantia que visa assegurar a esses acusados um julgamento livre de eventuais externalidades que possam influir negativamente no convencimento judicial e, portanto, assegurando-os um julgamento mais justo.

Contudo, é sabido que, como consequência direta da aplicação dessa regra de competência, nesses casos não há a possibilidade da garantia do duplo grau de jurisdição, pois não há como manejar as vias recursais ordinárias, que poderiam ser naturalmente acionadas quando se está diante de processos criminais que se iniciam em primeiro grau. Como bem analisa Eugênio Pacelli:

Consequência disso é que, em tais hipóteses, ou seja, nos casos de julgamento de ação penal de competência originária, não há de se falar em duplo grau de jurisdição, não se admitindo a utilização das vias recursais ordinárias, como ocorre da primeira para a segunda instância. Assim, julgado o processo na sua origem (STF, STJ, TRF, TJ ou TRE), somente serão manejáveis, se cabíveis, os recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), ou, também quando couber, o habeas corpus constitucional, nas hipóteses expressamente previstas nos arts. 102, I, i, e 105, I, c. Importa assinalar, aqui, que semelhante instrumento processual não ostenta feição recursal, mas, como se verá, verdadeira ação de impugnação (STF – RHC nº 79.785/RJ, DJU 29.3.2000 – Informativo STF nº 183).²⁶

A impossibilidade de utilizar a via recursal ordinária já representa um manifesto prejuízo ao acusado que se submete ao foro por prerrogativa de função, tendo em vista que é privado de uma segunda análise fático-probatória que poderia – como acontece no rito comum do processo criminal – ser realizada pelo juízo de segundo grau.

Esse prejuízo, entretanto, é justificado pela própria garantia que o julgamento pelo órgão colegiado deve propiciar ao acusado, ou seja, um julgamento mais justo, como já exposto acima. Ademais, ressalta-se que o próprio texto constitucional instituiu o foro por prerrogativa de função, de modo que o duplo grau consequentemente foi afastado pela própria Constituição Federal nesses casos.

²⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 207.

²⁶ *Ibid.*, p. 225.

Dessa maneira, é evidente que as normas procedimentais para o julgamento dos acusados com o foro privativo previstas na Lei nº 8.038/90 devem buscar assegurar que o julgamento perante os tribunais seja realizado de acordo com toda essa lógica do foro por prerrogativa de função como uma garantia, inclusive sem esquecer de que este, por sua própria natureza, já priva o acusado do direito ao duplo grau de jurisdição.

Conforme explanado no tópico anterior, não se desconhece que a demanda de trabalho nos tribunais é vultosa, entretanto nada deve justificar o sacrifício de direitos fundamentais do cidadão, principalmente quando se trata de aspectos que interferirão diretamente na comprovação da sua inocência, que é o que infelizmente se verifica na previsão de possibilidade de delegação de atos instrutórios na Lei nº 8.038/90.

2.2 A DELEGAÇÃO DE ATOS INSTRUTÓRIOS PELO RELATOR

A Lei nº 8.038/90 prevê, em seu art. 9º, *caput*, que “a instrução obedecerá, no que couber, ao procedimento comum do Código de Processo Penal.”.

Entretanto, o § 1º do referido artigo já excepciona a aplicação do procedimento comum do Código de Processo Penal, ao dispor que “o relator poderá delegar a realização do interrogatório ou de outro ato da instrução ao juiz ou membro de tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem.”.

Isso porque, tal dispositivo vai em total desencontro com a garantia da identidade física do juiz, analisada no capítulo anterior, uma vez que a colheita e o contato direto com a prova serão realizados por um magistrado de primeiro grau e o julgamento final será de competência do tribunal. Em outras palavras: o juiz que presidiu a instrução claramente não proferirá a sentença.

De igual maneira se deu a redação do inciso III do art. 3º da Lei nº 8.038/90, inserido posteriormente pela Lei nº 12.019/2009:

Art. 3º - Compete ao relator:

(...)

III – convocar desembargadores de Turmas Criminais dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais, bem como juízes de varas criminais da Justiça dos Estados e da Justiça Federal, pelo prazo de 6 (seis)

meses, prorrogável por igual período, até o máximo de 2 (dois) anos, para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato. (Incluído pela Lei nº 12.019, de 2009).

Salienta-se que essa possibilidade de delegação de atos instrutórios pelo relator já era pacificamente aceita e sempre utilizada pelos Tribunais Superiores e, mesmo após a reforma trazida pela Lei nº 11.719/2008 ao Código de Processo Penal, o cenário continuou o mesmo.²⁷

Entretanto, o objetivo do presente trabalho é exatamente demonstrar que tais previsões são completamente desarrazoadas e inconstitucionais – temática que será mais aprofundada no próximo capítulo – na medida em que não se coadunam com a sistemática da Constituição Federal no que tange ao processo penal brasileiro.

Somando-se a isso, é de suma importância ponderar que esse poder dado ao relator pela redação do inciso III do art. 3º, bem como a permissão dada pelo § 1º do art. 9º ambos da Lei nº 8.038/90 são de fato incompatíveis com a própria lógica do foro por prerrogativa de função e da ação penal originária.

Ora, não há sentido em conceder o foro privativo com o escopo de proporcionar um julgamento mais adequado, imparcial e livre de eventuais pressões hierárquicas a determinadas autoridades em razão de sua função – como visto no tópico anterior – se, na realidade, o que se faz é delegar os atos instrutórios a um juízo de primeira instância.

A aplicação dos dispositivos da Lei nº 8.038/90 em questão, dessa forma, significa dizer que o acusado abarcado pelo foro por prerrogativa de função, será submetido à jurisdição de uma autoridade hierarquicamente equivalente ou inferior, ferindo de morte as finalidades reais da previsão legal em garantir seu julgamento por um órgão colegiado específico.

²⁷ STF, HC 73.423/RJ, rel. Min. Francisco Rezek, 2ª T., j. 10.12.96, DJe 12.11.99.
STF, AP 470 QO, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 06.12.07, DJe 13.03.08.
STF, HC 131.164/TO, rel. Min. Edson Fachin, 1ª T., j. 23.05.2016, DJe 05.06.16.
STF, HC 135.026/AP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 11.10.16, DJe 24.10.16.
STJ, APn 359/PE, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Corte Especial, j. 04.03.09, DJe 26.03.09.
STJ, HC 40.177/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., j. 09.03.06, DJe 24.04.06.
STJ, HC 153.824/PA, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. 09.08.11, DJe 31.08.11.
STJ, HC 418.492/BA, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., j. 17.10.17, DJe 27.10.17.
STJ, REsp 1.499.293/RJ, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., j. 12.12.17, DJe 18.12.17.
STJ, HC 462.282/SP, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., 06.08.18, DJe 08.08.18.

Ademais, não se pode esquecer que a produção probatória é o aspecto central no processo penal, motivo pelo qual deve-se salvaguardar o devido processo legal e o juiz natural, bem como seus aspectos correlatos, principalmente na medida das garantias da identidade física do juiz e da imediação.

Dessa forma, é evidente que não se está diante de meras normas procedimentais, mas sim de regras que impactam diretamente na premissa básica do processo criminal: a instrução probatória.

Logo, como analisado no primeiro capítulo, é certo que o que se delega são atos cuja realização e participação do julgador são essenciais para a formação do convencimento judicial e consequente julgamento do feito.

E, não por outra razão, foi estabelecido no art. 399, § 2º, do CPP que o juiz que presidir a instrução deverá proferir a sentença. Tal norma, assim, tem por consequência direta a impossibilidade de delegação dos atos instrutórios.²⁸

Na mesma linha, a imediação, um dos instrumentos mais relevantes a ser utilizado na instrução probatória ao propiciar o contato direto entre o juiz, as partes e as provas, promovendo consequentemente uma maior aproximação do julgador com a verdade judicial tem como pilar intransponível a prolação da sentença pelo mesmo juiz que presidiu a instrução.

Diante disso, como bem analisa Décio Alonso Gomes:

(...) a delegação, em um dos membros do tribunal, ou, o que é mais grave, o encargo mediante mandado ao juiz do lugar para que pratique o ato, comportam um desvio, quando não uma **quebra absoluta, do princípio da imediação, em evidente menoscabo das vantagens que ele aparelha.**²⁹
(grifo nosso).

Sendo assim, é evidente que os dispositivos em questão abandonam totalmente as garantias da identidade física do juiz e da imediação, bem como todos os ganhos que as suas aplicações trazem ao processo penal, no que toca à aproximação do julgador com a verdade judicial e o efetivo respeito à essência do processo criminal: a atividade probatória.

²⁸ GOMES, Décio Alonso. **Prova e Imediação no Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 153.

²⁹ Ibid., p. 155.

Nesse espeque, como explanado no tópico anterior, necessário relembrar que os réus submetidos a ações penais originárias são privados do direito ao duplo grau de jurisdição, o que certamente implica no fato de que as provas serão valoradas somente uma única vez pelo órgão julgador, na medida em que não há a possibilidade de uma instância revisora do conjunto fático-probatório.

Dessa maneira, se mostra extremamente imprescindível que a instrução probatória seja realizada de acordo com as garantias constitucionais e legais que asseguram ao acusado um julgamento justo.

É notório o expressivo volume de trabalho demandado nos tribunais locais e superiores, bem como que instruir uma ação penal necessitaria ainda mais de tempo de trabalho pelos julgadores. Como bem pondera Décio Alonso Gomes:

E, para além das proposições legislativas, constata-se que a atividade probatória constitui *verdadeiro fardo* para os Tribunais Superiores, desprovidos de estrutura orgânica para atender às diversas competências concentradas.³⁰ (grifo do autor).

Nesse aspecto, inclusive, é fundamental a análise sobre a natureza dos crimes que podem ser objeto das ações penais originárias nos tribunais e o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre tal assunto.

Inicialmente o foro por prerrogativa de função abrangia, nos casos de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 102, inc. I, alínea 'b', e art. 105, inc. I, alínea 'a', ambos da Constituição Federal), todos os crimes pelos quais o sujeito fosse processado.

Já em relação às ações penais dos que são submetidos ao julgamento dos Tribunais de segundo grau, havia uma única exceção, a dos crimes eleitorais, ocasião em que a competência seria do Tribunal Regional Eleitoral (arts. 96, inc. III, e 108, inc. I, alínea 'a', ambos da CF).

Por fim, quanto aos prefeitos municipais e deputados estaduais, o foro por prerrogativa de função nos Tribunais de Justiça somente se aplicava nas hipóteses de crimes da competência estadual.

³⁰ GOMES, Décio Alonso. **Prova e Imediação no Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 154.

Diante desse quadro, extrai-se que eram expressivas as hipóteses em que o sujeito seria julgado pelos tribunais em ação penal originária.

Contudo, recentemente o entendimento a respeito da matéria de competência das ações penais originárias – em relação a senadores e deputados federais – foi modificado pelo Supremo Tribunal Federal:

(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. (STF, Tese definida na AP 937 QO, rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 03.05.2018, DJe 11.05.2018, Informativo 900).

Destaca-se que, muito embora tal precedente tenha sido inicialmente firmando pela Suprema Corte para casos de foro por prerrogativa de função de senadores e deputados federais, a incidência desse entendimento se expandiu para aplicação também nos casos de ações penais originárias de outras autoridades.³¹

Para ilustrar esse cenário, colaciona-se aqui o seguinte precedente também consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE DA PRÓPRIA COMPETÊNCIA. PODER-DEVER DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 105, I, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DELITOS PRATICADOS EM RAZÃO E NO EXERCÍCIO DO CARGO. CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL. (...) 4. A prerrogativa de foro é outorgada *ratione muneris* a determinadas autoridades em razão da natureza de certos cargos ou ofícios titularizados por aquele que sofre persecução penal. Originalmente pensado como uma necessidade de assegurar a independência de órgãos e garantir o livre exercício de cargos

³¹ STF, Pet 8.038/DF, rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 07.06.2019, DJe 17.06.2019. STJ, APN 866/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, j. 20.06.2018, DJe 03.08.2018.

constitucionalmente relevantes, esse foro atualmente, dada a evolução do pensamento social, provocada por situações inexistentes no passado, impõe a necessidade de que normas constitucionais que o estabelecem sejam interpretadas de forma restritiva. **Assim, deve-se conferir ao texto do art. 105, I, "a", da CF a interpretação de que as hipóteses de foro por prerrogativa de função no STJ restringem-se aos casos de crime praticado em razão e durante o exercício de cargo ou função. (...) 6.** Reconhecida a incompetência do STJ, determina-se a remessa dos autos a uma das varas criminais do Distrito Federal para prosseguimento da presente ação penal. (STJ, APN 857/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, rel. para o acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 20.06.19, DJe 28.02.19). (grifo nosso).

Ora, é sabido que tal regra foi criada tendo por escopo não inviabilizar o andamento das ações originárias nos tribunais e afetar diretamente o princípio da duração razoável do processo, bem como o atingimento da prescrição nestas.

Assim, a restrição do foro por prerrogativa busca exatamente viabilizar que os tribunais não mais fiquem soterrados por ações que fogem à competência destes para que a tutela jurisdicional seja melhor entregue.

É visível também o impacto desse novo entendimento no que se refere à possibilidade de se instruir as ações penais originárias sem que se delegue os atos instrutórios à primeira instância.

Isso porque, com a restrição das hipóteses do foro privativo e consequente baixa no número de ações a serem julgadas, os Tribunais competentes podem e devem se adequar para gozar de tempo hábil para presidir a instrução probatória das ações penais originárias, sob pena de verdadeira afronta às garantias do juiz natural e do devido processo legal, principalmente no que tange à garantia da identidade física do juiz e ao princípio da imediação.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DAS PERMISSÕES DE DELEGAÇÃO DE ATOS INSTRUTÓRIOS NA LEI Nº 8.038/90

A Lei nº 8.038/90 estabelece normas procedimentais para aplicação nas ações penais originárias nos tribunais superiores e locais. Sua incidência, assim, se dá no âmbito de processos criminais e, portanto, deve ser compreendida pelo prisma sistemático, ou seja, em consonância com a Constituição Federal e com o Código de Processo Penal, o qual, inclusive, tem aplicação assegurada expressamente no art. 9º, *caput*, da referida lei.

De início, insiste-se em destacar o caráter procedimental das normas previstas na lei em questão, o que consta inclusive do próprio texto legal, o que demonstra que a sua aplicação não deve se sobrepor às garantias processuais asseguradas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal.

Nesse sentido, a garantia à identidade física do juiz (art. 399, § 2º, do CPP), que é, no limite, fruto do princípio do juiz natural, e se garante no direito constitucional ao devido processo legal (art. 5º, LIII e LIV, da CF) imprime certa orientação à aplicação da Lei nº 8.038/90. E é essa bússola que preserva a unicidade do ordenamento jurídico.

Sendo assim, ao assegurar às partes que o julgamento do feito se dê pelo mesmo juiz que presidiu a instrução – já que, em último grau, é ao seu convencimento que se presta o arcabouço probatório –, o Código de Processo Penal cria resistência, apoiada em parâmetros constitucionais, à delegação dos atos instrutórios pelos relatores das ações penais originárias nos tribunais.

De igual maneira, é inequívoco que, como decorrência da imediação, o juiz que preside os atos instrutórios dispõe de melhores condições para extrair os fatos do arcabouço probatório, tendo, assim, maior chance de proferir sentença mais coerente com a verdade judicial. Logo, não parece razoável que se se disponha de tão cara garantia processual por mera regra organizacional dos tribunais, no processamento de ações penais originárias.

Ademais, a reforçar o entendimento de que a Lei nº 8.038/90 deve ser compreendida de acordo com o texto constitucional, bem como com o Código de Processo Penal, nota-se que certos institutos do processo criminal ordinário já são pacificamente aplicáveis no âmbito das ações penais originárias, como bem explica Roberto Luis Luchi Demo:

São aplicáveis aos tribunais, nas ações penais originárias, os institutos de direito material previstos na Lei nº 9.099/1995 (**em verdade, misto de direito processual penal e de direito material penal, prevalecendo o regime jurídico deste**), especialmente as medidas despenalizadoras pertinentes à transação penal (art. 76), à exigência de representação nas hipóteses de lesões corporais leves ou de lesões corporais culposas (arts. 88 e 91) e à suspensão condicional do processo penal (art. 89), ainda que o crime tenha sido cometido anteriormente, por isso que se trata de *lex mitior*, por força do art. 5º, XL, da CF e do art. 2º, parágrafo único, do CP.³² (grifo nosso).

Portanto, ainda que os artigos 3º, inciso III e 9º, § 1º, ambos da Lei nº 8.038/90 permitam que o relator da ação penal originária delegue os atos instrutórios, tais dispositivos estão em total dissonância com o texto constitucional, pois ofendem as garantias do devido processo legal e do juiz natural.

É o que se passa a demonstrar.

3.1 VIOLAÇÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O direito fundamental ao devido processo legal está disposto no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Dentro da sistemática do processo penal, é possível analisar o devido processo legal sob dois importantes aspectos: o do direito material e o do direito processual, sendo este último o enfoque do presente tópico.

Assim, o devido processo legal sob a ótica do direito processual penal funciona como um direito-garantia “guarda-chuva”, englobando diversas outras garantias a serem asseguradas ao cidadão que pode se ver processado criminalmente pelo Estado.

Nesse sentido, está o brilhante entendimento de Nereu José Giacomolli:

O constituinte de 1988, conforme o art. 5º, LIV, exige que ninguém seja privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. **Trata-se**

³² DEMO, Roberto Luis Luchi. **Competência penal originária (uma perspectiva jurisprudencial crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 190.

de uma cláusula inserida em nosso ordenamento jurídico como guarda-chuva, sob a qual se abrigam direitos, garantias, princípios, regras, valores, deveres e proibições, catalogadas e implícitas, abarcando a esfera interna e internacional (art. 5º, § 2º, da CF). Portanto, o nível constitucional normatiza, delimita e exige o processo devido. Como base principiológica da qual emanam todos os princípios e garantias constitucionais (princípio-garantia), o devido processo fornece um modelo constitucional de processo penal. A justificação no devido processo constitucional e por ele se dá, ademais de sua concretude, em sua integralidade, ou seja, considerando todo o manancial constitucional e convencional dele decorrente. Por isso, irradia a sua materialização de forma contextual, integral e global, abarcando os seus consectários explícitos (ampla defesa, v. g.) e implícitos (in dubio pro reo, v. g.).

Assim, o devido processo é o constitucional e convencional, o justo processo, muito além da normatividade ordinária. **É aquele capaz de assegurar a proteção dos direitos humanos no plano concreto, por meio de uma teia de garantias forjadas em sua historicidade**, na complexidade normativa doméstica e internacional.³³ (grifo nosso).

Dessa forma, é certo que a garantia da identidade física do juiz, bem como da imediação – tratadas a fundo no primeiro capítulo – são abarcadas pelo direito ao devido processo legal, uma vez que o concretizam no âmbito processual infraconstitucional.

A garantia da identidade física do juiz, como já analisado no primeiro capítulo, foi expressamente consagrada no art. 399, § 2º, do CPP, trazida pela reforma de 2008, mais especificamente pela Lei nº 11.719/2008.

Tal garantia visa assegurar às partes o direito de que a colheita da prova seja realizada perante a mesma autoridade que julgará o feito, constituindo, assim, importante fundamento do devido processo legal.

Isso porque, o juiz que preside a instrução probatória é dotado das melhores condições para, em atenção ao livre convencimento motivado, proferir a decisão final mais atenta à realidade fática que constitui o objeto do processo.

³³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 94.

Sob essa perspectiva, também se encontra abarcada pelo direito fundamental ao devido processo legal a garantia da imediação, que consiste na interação imediata entre o juiz, as partes e as provas, proporcionando ao julgador a plena possibilidade de apreciar diretamente o conjunto probatório, que nada mais é o aparato fático sustentador das alegações a ele submetidas.

Dessa maneira, a delegação de atos instrutórios por parte do relator ao juízo de primeiro grau compromete totalmente o direito fundamental do devido processo legal, especialmente no que tange às duas garantias processuais acima tratadas e analisadas de forma mais aprofundada no primeiro capítulo.

A delegação a outro juízo da função de colher diretamente as provas priva o acusado de seu direito fundamental de que seu julgador realize os atos e obtenha uma visão ampla e clara acerca dos fatos, situação ideal a viabilizar a conclusão acerca da verdade judicial, além de sanar dúvidas que poderiam ser levantadas durante a inquirição de uma testemunha, por exemplo.

Nessa esteira, observa-se que a permissão de delegar atos instrutórios dada pelos artigos 3º, inciso III e 9º, § 1º, ambos da Lei nº 8.038/90 está em completa dissonância com o direito-garantia ao devido processo legal, no que toca às garantias da identidade física do juiz e da imediação.

Sendo assim, é notório que a referida lei, instituída no ano de 1990, em nada se compatibiliza com as inovações trazidas ao Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719 do ano de 2008, uma delas a consagração da garantia da identidade física do juiz, que só será efetivamente assegurada com a aplicação da imediação.

Inclusive, a identificação da necessidade de se condicionar a possibilidade de delegação da presidência dos atos instrutórios à garantia da identidade física do julgador não é a primeira oportunidade que enseja ajustes na chave interpretativa da Lei nº 8.038/90, a fim de garantir que se adeque à lógica de unicidade do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, é de se ressaltar o contexto e outras alterações trazidas ao Código de Processo Penal em 2008. Uma delas se refere ao momento processual da realização do interrogatório, que, conforme a reforma trazida pela Lei nº 11.719/2008, deve ser o último ato da fase instrutória.

Tal dispositivo aventou um conflito com o disposto na Lei nº 8.038/90, que prevê ser o interrogatório o primeiro ato da instrução probatória.

Sobre o assunto se manifestou o Supremo Tribunal Federal, que reconheceu pela aplicação da regra prevista no Código de Processo Penal:

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA DE CORTE SUPERIOR. RITO PROCESSUAL. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU. ART. 6º, DA LEI 8.038/90. INÍCIO DA INSTRUÇÃO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AFASTAMENTO. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. APLICAÇÃO DA REGRA GERAL DO ART. 400, DO CPP. INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO. **1. Conforme assentado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 03.03.16, no julgamento do HC 127.900, Rel. Min. Dias Toffoli, deverá ser aplicada a regra geral do artigo 400 do Código de Processo Penal a todas as instruções processuais ainda não encerradas em procedimentos criminais especiais. 2. Em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, afasta-se o princípio da especialidade para assegurar ao acusado que, mesmo no rito processual de ação penal originária de Corte Superior, seja interrogado somente após a oitiva das testemunhas. 3. Agravo regimental provido. (STF, AP 862, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 05.04.16, DJe 04.08.16). (grifo nosso).**

Dessa forma, é certo que o disposto na Lei nº 11.719/2008 se sobrepôs à aplicabilidade do previsto na Lei nº 8.038/90 para assegurar ao acusado a realização de seu interrogatório somente após a oitiva das testemunhas.

Se assim o é, porque não aplicar a mesma *ratio decidendi* e garantir aos réus que são submetidos ao julgamento por Colegiados dos Tribunais brasileiros o seu direito de que seu juiz natural, com reforço na figura do relator da ação penal em que é parte, acompanhe diretamente a colheita das provas que tem por escopo justamente solucionar o caso penal concreto posto sob a análise do órgão colegiado?

Nesta linha está o entendimento de Décio Alonso Gomes:

Dessa forma, **o princípio da identidade física do juiz**, que constitui expressão do direito à obtenção da prova diante do mesmo juiz (pessoa

física) chamado a decidir, o que fundamenta a garantia do devido processo, **também deveria ser aplicado aos casos de competência penal originária (seja para vedar o expediente da utilização da carta de ordem, seja para determinar que a instrução em segunda instância ocorra na presença de todo o colegiado.**³⁴ (grifo nosso).

Questiona-se novamente: se no conflito frontal da Lei nº 8.038/90 com o Código de Processo Penal, no que toca ao momento de colheita dos interrogatórios, privilegia-se as garantias, subjugando a lei especial, por que a mesma lógica não se aplica no que tange à garantia da identidade física do juiz e consequentemente da imediação?

Temerário encontrar, para tal pergunta, quaisquer respostas que repousam na mera ineficiência organizacional dos Tribunais para o processamento de ações que lhe são originárias. Caso contrário, manifesto, mais uma vez, estaria o sacrifício de direitos do cidadão em vista dos déficits do Poder Público.

A reforçar a necessidade da aplicabilidade das garantias processuais abarcadas pelo devido processo legal em âmbito infraconstitucional, em relação à oitiva de testemunhas que residem fora da jurisdição, destaca-se, ainda, que em respeito à garantia da identidade física do juiz, foi também incluído pela Lei nº 11.719/2008 o § 3º ao art. 222 do CPP, que prevê a possibilidade de realização de audiência por videoconferência:

Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

(...)

§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, **a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real**, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. (grifo nosso).

Fundamenta-se, também, no art. 3º da Resolução nº 105, de 6 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que prevê que a audiência de testemunha de fora do juízo seja realizada, preferencialmente, por videoconferência:

³⁴ GOMES, Décio Alonso. **Prova e Imediação no Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 156-157.

Art. 3º Quando a testemunha arrolada não residir na sede do juízo em que tramita o processo, **deve-se dar preferência, em decorrência do princípio da identidade física do juiz, à expedição da carta precatória para a inquirição pelo sistema de videoconferência.**

(...)

§ 2º A direção da inquirição de testemunha realizada por sistema de videoconferência será do juiz deprecante. (grifo nosso).

Observa-se, inclusive, que a normativa do Conselho Nacional de Justiça, atenta ao devido processo legal, indica expressamente uma das garantias que aqui se analisa. Ou seja, a realização do ato por videoconferência deixou de se tratar de mera possibilidade, passando a ser uma prioridade a ser seguida em vista da garantia da identidade física do juiz.

Mas não é só. Além de dever ser assegurado ao acusado o princípio da identidade física do juiz, o que será violado com a realização das audiências por outros magistrados, a audiência por videoconferência tem como objetivo proporcionar maior facilidade, agilidade e eficiência na rotina processual, conforme orientação do próprio Conselho Nacional de Justiça, o que por certo torna enfraquecida a justificativa do alto número de processos a serem julgados pelos Tribunais como fator que impossibilita a instrução das ações penais originárias pelo seu juiz natural.

Percebe-se, nesse contexto, que a despeito do disposto na Lei nº 8.038 de 1990, há uma franca evolução no decorrer dos anos evidenciada justamente pelas alterações legais aqui postas em questão, datadas de 2008 e 2010.

Assim, há que se reforçar a filtragem constitucional que vem sendo empregada ao processo penal por tais alterações e também pelo avanço jurisprudencial dos Tribunais Superiores brasileiros, atentos ao contexto de desenvolvimento do direito nacional.

Por fim, frisa-se que o direito-garantia ao devido processo legal só será integralmente respeitado quando observadas todas as demais garantias por ele englobadas. Como bem explica Guilherme de Souza Nucci:

A ação e o processo penal somente respeitam o devido processo legal, caso todos os princípios norteadores do Direito Penal e do Processo Penal sejam, fielmente, respeitados durante a persecução penal, garantidos e afirmados os direitos do acusado para produzir sua defesa, bem como fazendo atuar um Judiciário imparcial e independente. A

comunhão entre os princípios penais (legalidade, anterioridade, retroatividade benéfica, proporcionalidade etc.) e os processuais penais (contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, publicidade etc.) torna efetivo e concreto o devido processo legal.³⁵ (grifo nosso).

Diante desse contexto, é certa a inconstitucionalidade das previsões de delegação de atos instrutórios na Lei nº 8.038/90, no que toca à ofensa frontal ao direito-garantia do devido processo legal, previsto no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, na medida em que viola as garantias por este abarcadas, quais sejam a da identidade física do juiz e a da imediação.

3.2 VIOLAÇÃO À GARANTIA DO JUIZ NATURAL

A garantia do juiz natural encontra previsão expressa no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal, instruindo a utilização de regras objetivas de competência jurisdicional com o escopo de assegurar a imparcialidade e a independência do órgão julgador.

Extrai-se dos referidos dispositivos, respectivamente, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

A garantia do juiz natural, assim, possui dois importantes aspectos que se complementam: de um lado, visa assegurar o direito ao juiz legalmente competente, de outro, abarca a vedação da criação de tribunais de exceção.

De início, frisa-se a importância de tal garantia, que atua como um dos pilares do sistema processual penal brasileiro, o que se faz por meio do seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

(...) o princípio da naturalidade do juízo representa uma das mais importantes matrizes político-ideológicas que conformam a própria atividade legislativa do Estado e condicionam o desempenho, pelo Poder Público, das funções de caráter penal-persecutório, notadamente quando exercidas em sede judicial. O postulado do juiz natural, em sua

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 70.

projeção político-jurídica, reveste-se de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável, representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal. É irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo – considerado o princípio do juiz natural – que ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. **Nenhuma pessoa, em consequência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas – que representam limitações expressivas aos poderes do Estado – consagrou, de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural.**” (STF, HC 81.963/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 18.06.2002, DJe 28.10.2004) (grifo nosso).

Dada a relevância da garantia do juiz natural no processo penal, passa-se a analisá-la em seus dois aspectos.

No que toca ao texto do inciso XXXVII, do art. 5º, da CF, é vedada a criação de um juízo ou de um Tribunal para processar e julgar um caso criminal específico. Ou seja, a todo cidadão é assegurado o direito de que será processado e julgado por um órgão integrante do Poder Judiciário já previamente constituído quando da suposta prática delitiva.

Em relação à garantia prevista no inciso LIII, do art. 5º, da CF, é assegurado ao cidadão um julgamento a ser realizado por uma autoridade competente, isto é, por um único juízo pré-delimitado em lei, segundo critérios legais de definição da sua competência.

Ressalta-se, ademais, que apesar de o texto constitucional não conter explicitamente que a autoridade competente deva ser também preestabelecida em lei, assumir a existência tal requisito é totalmente coerente com a essência da garantia do juiz natural. Como bem analisa Gustavo Badaró:

Embora a Constituição brasileira, no inc. LIII, do art. 5º, apenas se refira à “autoridade competente”, sem utilizar qualquer expressão equivalente às aquelas supracitadas, **não há como deixar de reconhecer que a autoridade competente deve ser uma autoridade competente, “estabelecida anteriormente por lei”**. Pensar de forma diversa é negar a origem histórica da garantia e ignorar a incorporação dos direitos assegurados nos tratados de

direitos humanos, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos.³⁶ (grifo nosso).

Diante disso, é possível inferir ser de suma importância a análise e aplicação integrada dos dois aspectos que compõem a garantia do juiz natural, uma vez que se complementam:

Por tudo isso, a vedação da criação de tribunais de exceção (CF/1988, art. 5º, XXXVII) não pode ser analisada de forma dissociada ou isolada, sem relação com a garantia do juiz competente (CF/1988, art. 5º, LIII). **Ambas se complementam para assegurar o juiz natural.** O tribunal de exceção é um tribunal que não é preconstituído, isto é, **constituído antes do fato a ser julgado**, como integrante da organização judiciária. Por outro lado, a garantia do juiz competente exige que, mesmo entre os órgãos preconstituídos que integram o Poder Judiciário, **haja uma regra prévia de determinação legal de competência, não se admitindo modificações de competência mesmo para outro órgão já preconstituído.** Isto é, além de o órgão ser preconstituído, o juiz deve ser, também, predeterminado.³⁷ (grifo nosso).

Posto isso, é evidente que os dispositivos permissivos de delegação de atos instrutórios previstos na Lei nº 8.038/90 ofendem diretamente a garantia do juiz natural.

O que se permite com os artigos 3º, inciso III e 9º, § 1º, ambos da Lei nº 8.038/90, é a delegação, pelo juízo natural da causa, de uns dos mais importantes atos a serem realizados no processo penal: os atos instrutórios.

Ora, a importância da instrução probatória no processo criminal é manifesta e determinante para o seu desfecho. Dessa forma, é certo que quando o juiz deixa de ter o contato direto com a produção da prova, o acusado é privado do direito a ter seu julgamento realizado pela autoridade dotada das melhores condições para tanto, como já analisado a fundo no primeiro capítulo.

Mas não é só. Nos casos de ações penais originárias nos Tribunais, o juiz natural da causa, isto é, o juízo pré-constituído e predeterminado em lei, tem a faculdade de delegar uns

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 163.

³⁷ Ibid., p. 137.

de seus principais atos no processo penal, por força do art. 9º, § 1º, da Lei nº 8.038/90, a um juízo, que, embora pré-constituído, não foi predeterminado para o julgamento daquela causa.

O que se observa, portanto, é a realização de atos cruciais para a conclusão de uma ação penal por uma autoridade que não tem jurisdição legal para realizá-los, pois quem legalmente a detém é o órgão colegiado do respectivo Tribunal.

Nesse sentido, está o entendimento de Nereu José Giacomolli:

A nomeação de juiz especial para instruir os processos de competência originária dos Tribunais, em face do foro por prerrogativa de função, bem como a convocação de juízes de primeiro grau para atuarem no segundo grau, compondo ou constituindo Câmaras Criminais, ofende o juiz natural. Trata-se de delegação de jurisdição a juízos ou juízes incompetentes, não determinados pela lei. (...).

Admitido o julgamento diferenciado, este há de vir preestabelecido por lei, inclusive a sua atribuição e composição. **Na medida em que a regra é a delegação das funções que lhe são próprias, institui-se um juízo de exceção, ainda que de forma parcial.** O mesmo ocorre quando a competência é atribuída ao colegiado pleno ou especial do Tribunal e este delega tal atribuição a um dos órgãos fracionários do tribunal (art. 29, X, CF, v. g.).³⁸ (grifo nosso).

Somando-se a isso, o art. 3º, inciso III, da Lei nº 8.038/90 permite ao Relator que convoque

desembargadores de Turmas Criminais dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais, bem como juízes de varas criminais da Justiça dos Estados e da Justiça Federal, pelo prazo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até o máximo de 2 (dois) anos, para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato.

É nítido que tal previsão autoriza expressamente o Relator a escolher um desembargador ou um magistrado, individualmente identificado, para que realize os atos instrutórios, ou seja, atos inerentes a sua atuação como representante do juízo natural da causa.

³⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 303.

Pois bem. Como dito acima, o juiz natural sob o aspecto do juízo competente e predeterminado em lei se definirá também segundo critérios legais de fixação de competência.

Contudo, importante salientar que os critérios legais de competência devem ser claros e objetivos, a ponto de que “não permitam qualquer manipulação da individualização ou **escolha do órgão que legitimamente irá julgar o processo**”³⁹ (grifo nosso).

Sendo assim, além de claramente se permitir a delegação de atos determinantes para o julgamento de uma ação penal a um juízo que não foi predeterminado em lei, se permite explicitamente a escolha desse juízo, individualmente identificado, pelo Relator.

Dessa forma, é evidente que não se está diante de critérios válidos de definição de competência, mas sim de normativas que afrontam diretamente a garantia do juiz natural, sob os seus dois aspectos.

Nessa linha, entende Nereu José Giacomolli:

O reparto da competência há de obedecer ao que está determinado legalmente, **vedando-se distribuições dirigidas, escolha do juízo, do Tribunal ou de uma unidade jurisdicional** (Câmara, Turma ou grupo, *v. g.*). Apesar disso, é possível recusar um juiz ou membros dos colegiados, sempre com fundada justificativa, nas hipóteses legalmente previstas (concepção ampla). **Portanto, juízo predeterminado é o ordinário, o constitucionalmente previsto, o juízo competente (art. 5º, LIII, CF) para processar e julgar a causa conforme dispõem as regras de competência estabelecidas quando da prática do fato. Os demais serão juízos excepcionais, de exceção, sem aderência constitucional.** Portanto, o órgão jurisdicional constitucionalmente válido é o estabelecido legalmente antes do fato causador do processo penal.

Também integra a garantia do juiz predeterminado pela lei a constituição dos órgãos jurisdicionais unipessoais e colegiados, na primeira e demais instâncias, cujo provimento há de obedecer aos critérios legais ordinariamente predeterminados (promoção por antiguidade, merecimento, remoções, ordem da vacância dos cargos, *v. g.*). **A incorporação da garantia do juiz natural ao ordenamento jurídico não permite a retirada *manu militari* do julgador do processo, a designação de outro para**

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 157.

processar e julgar determinado caso penal de competência de magistrado diverso, previamente determinados pela lei. Isso tanto por lei quanto por ato administrativo. (...)⁴⁰ (grifo nosso).

Diante desse cenário, o que se fez por meio desses dispositivos foi autorizar a designação de um juízo para a realização da produção probatória – premissa básica e essência do processo penal – sem predeterminação legal, além de ser possível a sua escolha, ou seja, cria-se um juízo excepcional, após a suposta prática delitiva.

Dessa maneira, é certa a inconstitucionalidade das permissões de delegação de atos instrutórios previstas na Lei nº 8.038/90, no que toca à ofensa frontal à garantia do juiz natural, assegurado nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição Federal.

⁴⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 299.

CONCLUSÃO

Como visto, a importância da instrução probatória no processo penal brasileiro é manifesta. Sua importância reluz ainda mais quando se está diante de um Estado Democrático de Direito, sendo absolutamente necessária a comprovação cabal da autoria e da materialidade delitiva para que haja uma condenação criminal, em estrita observância a garantia da presunção de inocência.

Sendo assim, é certo que um processo criminal justo só será efetivamente garantido ao cidadão se o seu curso respeitar todos os direitos assegurados em nosso ordenamento jurídico, tanto processual como penal e, mais ainda, em âmbito constitucional.

Isso porque, antes de ser processo penal, o que se deve garantir a todos é o devido processo legal, que só terá seu escopo concretizado se observadas todas as demais garantias e direitos previstos em nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, não há razoabilidade em assegurar aos cidadãos submetidos ao processo criminal comum as garantias do devido processo legal, juiz natural, da identidade física do juiz e da imediação e não aos indivíduos que possuem o foro por prerrogativa de função, que, frisa-se, já têm outras garantias suprimidas em razão da própria lógica de tal prerrogativa.

A Constituição Federal, ao estabelecer a regra do foro por prerrogativa de função, em nenhum momento concebeu a possibilidade de que tal fenômeno ocorresse. As privações que podem ser extraídas de tal regra não passam da inviabilidade de se assegurar o duplo grau de jurisdição e da incompatibilidade de julgamento perante o Tribunal do Júri, posto que assegurados aos demais pelo próprio texto constitucional.

Dessa maneira, é evidente que as permissões de delegação de atos instrutórios previstas na Lei nº 8.038/90 privam o cidadão dotado de prerrogativa de foro de garantias essenciais que deveriam assegurá-lo um devido e justo processo penal, em total dissonância com a Constituição Federal, sendo, portanto, inconstitucionais.

Nesse ponto, é de suma importância destacar que a incompatibilidade da prerrogativa de foro com a efetivação da garantia do duplo grau de jurisdição já priva o cidadão da possibilidade de uma nova análise fático-probatória, assegurada aos demais cidadãos em sede de apelação e inviável aos acusados em ações penais originárias em sede dos recursos que são

cabíveis, quais sejam especial e extraordinário – isso quando a ação penal já não tramitar perante os tribunais superiores, hipótese em que os recursos serão ainda mais restritos –.

Sendo assim, é evidente que instrução probatória nesses casos, para além de ser a verdadeira essência do processo penal – o que já bastaria para constatar a sua importância –, deve ainda ser mais resguardada e realizada com a estrita observância das garantias constitucionais e processuais, tendo em vista que as provas serão analisadas uma só vez pelo Poder Judiciário.

Nessa linha, é manifesta a necessidade de que o juízo natural nas ações penais originárias tenha contato direto com a produção probatória, a fim de que se garanta a efetiva concretização do devido processo legal.

Para tanto, seria vital que a instrução criminal nesses casos fosse realizada em uma sessão perante o órgão colegiado competente para o julgamento, com a participação de todos os seus membros e presidida pelo relator. Entretanto, não se ignora a dificuldade prática para a realização de tal ato, sendo imperioso que a produção probatória seja ao menos realizada perante o relator.

Sob essa perspectiva, passa-se aqui longe da ingenuidade e não se desconhece da vultosa demanda encontrada em nossos tribunais locais e superiores. Contudo, tal justificativa não deve ser utilizada em detrimento de garantias que fundamentam o devido processo legal e penal, sob pena de violação, enfraquecimento e descrédito do texto constitucional.

Diante de todo o exposto, o reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 3º, inciso III e 9º, § 1º, da Lei nº 8.038/90, seja pelo controle difuso, seja pelo controle concentrado de constitucionalidade, é indispensável. Porém, se faz necessário da mesma forma que se estructure os tribunais locais e superiores a fim de viabilizar o julgamento das ações penais originárias pelo seu juiz natural, em estrita observância à garantia do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **A regra da identidade física do juiz na reforma do Código de Processo Penal**, *in*: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, nº 200, p. 12-14, jul./2009.

_____. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>

_____. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>

_____. Lei nº 8.658, de 26 de maio de 1993. Dispõe sobre a aplicação, nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, das normas da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, sobre ações penais originárias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8658.htm>

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999.

DEMO, Roberto Luis Luchi. **Competência penal originária (uma perspectiva jurisprudencial crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

GOMES, Décio Alonso. **Prova e Imediação no Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993.



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Clara Brino Cacioli

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 31504205, Período noturno, Turma T,

tendo realizado o TCC com o título: A IMPORTÂNCIA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO CRIMINAL: A INCONSTITUCIONALIDADE DAS PERMISSÕES DE DELEGAÇÃO DE ATOS INSTRUTÓRIOS NA LEI Nº 8.038/90

sob a orientação do(a) professor(a): André Boiani e Azevedo

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 05 de novembro de 2019.

Assinatura do discente