

A TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL E O JUIZ DE GARANTIAS.

THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS AND THE GUARANTEE JUDGE.

Matheus Dionízio Vieira¹

RESUMO:

O presente artigo tem como objetivo geral analisar a efetividade dos direitos fundamentais no Processo Penal e a busca pela implementação da figura do Juiz de Garantias. Tal análise, tem como objetivo específico compreender os preceitos do Garantismo Penal, conhecer o instituto do Juiz de Garantias e entender sua importância no ordenamento jurídico. A partir desses objetivos, o presente estudo levantará conceitos, considerações e formas de aplicabilidade do Garantismo Penal, do princípio da imparcialidade e do exercício da atividade jurisdicional. Toda a pesquisa foi fundamentada através de conceitos em livros que versam sobre o Direito Penal, Direito Processual Penal e Garantismo Penal. A metodologia aplicada tem cunho interdisciplinar, e visa proporcionar uma compreensão do ordenamento jurídico justo, dos direitos fundamentais, do Garantismo Penal e do Juiz das Garantias. O resultado obtido se deu a partir da análise da tutela dos direitos fundamentais individuais e dos artigos 3º- A ao 3º- F, do Código de Processo Penal, inseridos pela Lei nº 13.964/2019. A pesquisa concluiu que, *jus puniendi* estatal quase sempre se coloca acima dos direitos do acusado e que o instituto do Juiz de Garantias é o caminho mais seguro para se alcançar a imparcialidade e evitar o ativismo jurídico.

Palavras-chave: Direitos e Garantias Fundamentais. Garantismo Penal. Imparcialidade. Juiz de Garantias.

ABSTRACT:

This article has the general objective of analyzing the effectiveness of fundamental rights in the Criminal Procedure and the search for the implementation of the figure of the Guarantee Judge. Such analysis, has as specific objective to understand the precepts of Penal Guarantee, to know the Institute of Guarantee Judge and to understand its importance in the legal system. From these objectives, the present study will raise concepts, considerations and forms of applicability of Penal Guarantee, the principle of impartiality and the exercise of jurisdictional activity. The entire research was based on concepts in books that deal with Criminal Law, Criminal Procedural Law and Penal Guarantee. The applied methodology has an interdisciplinary nature, and aims to provide an understanding of the fair legal system, fundamental rights, Penal Guarantee and the Guarantee Judge. The result obtained was based on the analysis of the protection of individual fundamental rights and of articles 3 - A to 3 - F, of the Criminal Procedure Code, inserted by Law No. 13.964 / 2019. The research concluded that state *jus puniendi* almost always puts itself above the rights of the accused and that the institute of the Guarantee Judge is the safest way to achieve impartiality and avoid legal activism.

Keywords: Fundamental Rights and Guarantees. Criminal Guarantee. Impartiality. Guarantee Judge.

¹ Bacharelado do Curso de Direito das Faculdades Unificadas Doctum de Leopoldina/MG.

1. INTRODUÇÃO

O projeto de alteração legislativa criminal denominada popularmente como “Pacote Anticrime”, Lei nº 13.964, sancionada em 24 de dezembro de 2019, tem como objetivo principal, buscar a compatibilidade do Código de Processo Penal com a Constituição Federal de 1988.

A lei “Anticrime” promoveu uma série de alterações ao Código de Processo Penal. Algumas destas alterações são rodeadas de muitas críticas e ataques doutrinários, como no caso da figura do Juiz de Garantias.

A busca pela implementação deste instituto visa proporcionar uma distinção da figura julgadora durante a persecução criminal, ou seja, um magistrado irá atuar na fase inquisitiva e um outro magistrado irá atuar na fase processual.

O grande objetivo deste instituto em nosso sistema processual penal é resguardar o princípio da imparcialidade e buscar a efetivação de direitos e garantias fundamentais individuais no decorrer da persecução penal. Entretanto, estes objetivos se encontram um pouco distante da pessoa do acusado ou até mesmo ineficaz na prática.

Diante disso, a presente pesquisa visa proporcionar uma análise jurídica sobre da figura do Juiz de Garantias, apresentando de forma simples, clara e objetiva a alteração legislativa que visa inserir este instituto ao Código de Processo Penal (art. 3º-A ao 3º-F, do Código de Processo Penal), bem como, os problemas que giram em torno de sua implementação, como envolvimento excessivos de magistrados na fase pré-processual e a ineficácia ou a não aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, a partir da Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli.

Neste sentido, o presente artigo apresentará no próximo capítulo o conceito de processo penal, pautado no aspecto instrumental e do Garantismo Penal, a luz dos princípios/axiomas.

Em seguida, o capítulo 3, tem como objetivo explicar o que é o instituto do Juiz de Garantias, iniciando-se, a explicação a partir da alteração legislativa Lei nº 13.964/2019, dos conceitos e considerações a respeito do papel do Juiz de Garantias e do novo sistema processual penal adotado pela Lei “Anticrime”.

O capítulo 4, faz uma análise sobre supremacia do princípio da imparcialidade no processo penal, da contribuição da teoria da dissonância cognitiva para à realização de um julgamento parcial e da indisponibilidade do instituto do Juiz de

Garantias no novo Código de Processo Penal. Neste ponto será demonstrado às principais diretrizes do princípio da imparcialidade e dos impactos decorrentes da supressão dos direitos e garantias fundamentais do acusado na fase pré-processual e processual.

Por fim, o capítulo 5 será o responsável em apresentar à conclusão de toda a pesquisa feita de acordo com os fundamentos levantados nos capítulos anteriores a este.

2. O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO EFETIVADOR DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

De acordo com Nucci, o Direito Processual Penal pode ser conceituado da seguinte forma:

Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto. Nucci (2007, p.73).

Partindo dessa linha de raciocínio, entendemos que, o Direito Processual Penal é um conjunto de normas jurídicas que visam regularizar o direito punitivo do Estado, aplicando a normativa penal, através do órgão competente, de acordo com o caso concreto.

Com o decorrer do tempo e com o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito Processual Penal deixou de ser visto como um simples veículo de aplicação do *jus puniendi* estatal, para se tornar um instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais (LOPES, 2019, p.39).

Segundo Lopes (2010, p.60), “a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais”.

Neste sentido, entende-se que, o processo é um instrumento de garantias que visa proteger os direitos fundamentais individuais do acusado, de qualquer excesso punitivo estatal, de forma que, a estrutura instrumental do processo se manifesta, de uma forma especial e mais impactante, no processo penal, pelo fato de estar relacionada diretamente com o direito penal, com a pena e principalmente, com a

busca pela efetivação de direitos e garantias fundamentais mínimas (LOPES, 2019, p. 62).

2.1 O GARANTISMO PENAL.

Partindo dessa ideia de que o processo penal é um instrumento de direitos e garantias, o jurista italiano Luigi Ferrajoli idealizou um sistema teórico denominado como Garantismo Penal. Nesse sistema, Ferrajoli, apresentou um modelo de aplicação da legislação penal amparado por 10 (dez) axiomas, 10 (dez) princípios e garantias fundamentais², que visam maximizar o direito à liberdade e minimizar o direito punitivo do Estado.

Em sua obra *Direito e Razão*, Ferrajoli apresentou seu modelo garantias, através de 03 (três) aspectos distintos, porém, conexos. No primeiro aspecto, Ferrajoli, acredita que no Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais, como Direito Penal e Direito Processual Penal, agem como um mecanismo, limitador, do poder punitivo estatal e da liberdade (FERRAJOLI, 2002, p.683 e 684).

No segundo aspecto, o jurista italiano, visa proporcionar uma distinção entre a normativa e a realidade. Segundo Ferrajoli, a realidade (ser), se distancia muito da teoria (deve ser), e diante desse distanciamento o poder punitivo do Estado, pode colocar em risco o direito à liberdade (FERRAJOLI, 2002, p.684).

No terceiro e último aspecto, o italiano visa proporcionar uma separação entre o direito e a moral, e entre a validade e a justiça. Através dessa separação, Ferrajoli, busca demonstrar a influência dos elementos externos em nosso ordenamento jurídico. Desta forma, o garantismo visa não aceitar à simples justificativa jurídica para a restrição de direitos e garantias fundamentais (FERRAJOLI, 2002, p.684)

² Segundo Ferrajoli (2002, p. 74 e 75), os 10 (dez) axiomas e os 10 (dez) princípios e garantias constitucionais do Garantismo Penal são: A1- *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito); A2- *Nullun Crimen sine lege* (princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito); A3- *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal); A4- *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento); A5- *Nulla necessitas sine injuria actione* (princípio da materialidade ou da exteriorização da ação); A6- *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); A7- *Nulla culpa sine iudicio* (princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito); A8- *Nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação); A9- *Nulla acusatatio sine probatione* (princípio do ônus da prova ou da verificação); A10- *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade).

A partir destes aspectos, entende-se que a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, estabelece critérios racionais, históricos, sociais e jurídicos, que juntos, visam revogar, anular, qualquer tipo de poder punitivo que se coloca acima dos direitos e garantias fundamentais individuais. (GRECO, 2017, p.41)

Desta forma, seguindo a visão garantista do processo, a magistratura exerce um papel fundamental na interpretação e aplicação da legislação processual penal, pois através da atividade jurisdicional, o magistrado deixa de ser um mero aplicador da lei e passa a ser um guardião dos direitos e garantias fundamentais individuais, proporcionando ao acusado um julgamento justo e imparcial (GRECO, 2017, p.41).

2.2 O GARANTISMO PENAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

De acordo com doutrina, o Garantismo Penal busca fortalecer e maximizar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais mínimas, não somente como normas, mas como um instrumento de proteção do acusado e da dignidade da pessoa humana (LOPES, 2019, p. 64).

Neste contexto, para se aumentar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais do acusado, da sociedade e da ordem jurídica justa e, evitar o autoritarismo jurídico, o Juiz deverá atuar como um protetor da estrita legalidade, julgando o caso concreto de acordo com a Lei, com a Constituição, com base nos Axiomas e nos Princípios Constitucionais, e não de acordo com a sua concepção e do que ele acha “justo” ou moral. É preciso dizer que, no momento em que o magistrado julga com base nos seus preceitos, o Direito é colocado em cheque e a moral é colocada no lugar do Direito, abrindo-se assim, uma porta sem saída, para o ativismo jurídico (GRECO, 2017, p.42).

Assim, no intuito de evitar à arbitrariedade, Ferrajoli idealiza um sistema de conhecimentos jurídicos a partir de 10 (dez) Axiomas ou 10 (dez) Princípios Constitucionais, onde ele demonstra de forma simples, clara e objetiva, o que ele considera justo.

De acordo com a teoria garantista, o 1º (primeiro) axioma, *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou consequência da pena em relação ao delito), faz uma ligação direta à garantia relacionada à pena, nos elucidando que, somente haverá pena se houver um crime (CUNHA, 2020, p. 15).

No 2º (segundo) axioma, *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade), o italiano nos ensina que, somente haverá crime se houver a existência de lei (CUNHA, 2020, p. 15).

No 3º (terceiro) axioma, *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal), ele nos explica que, somente haverá a existência de lei se houver necessidade (CUNHA, 2020, p.16).

No 4º (quarto) axioma, *Nulla necessitas sine injúria* (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento), o jurista esclarece que, somente haverá necessidade de intervenção do Direito Penal se houver ofensa ou lesão à um bem jurídico (CUNHA, 2020, p.15).

No 5º (quinto) axioma, *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade ou da exteriorização da ação), o garantista define que, somente haverá lesão ou ofensa a um bem jurídico se houver a existência de uma ação humana (CUNHA, 2020, p.15/16).

No 6º (sexto), axioma, *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal) o juspositivista explana que, somente haverá uma ação humana se o crime for praticado em decorrência de uma conduta dolosa ou culposa (GRECO, 2017, p. 42).

No 7º (sétimo) axioma, *Nulla culpa sine judicio* (princípio jurisdicionalidade), o docente leciona que, somente haverá a aferição da conduta dolosa ou culposa se houver um julgamento (GRECO, 2017, p. 42).

No 8º (oitavo) axioma, *Nullum judicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação), catedrático expõe que, somente haverá um julgamento se houver uma acusação (GRECO, 2017, p. 42).

No 9º (novo) axioma, *Nulla acusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova da verificação), Ferrajoli argumenta que, somente haverá acusação se houver provas (GERCO, 2017, p. 42).

Já no 10º (décimo) e último axioma, *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da ampla defesa, ou da falseabilidade), o minimalista nos revela que, somente haverá provas se houver contraditório e ampla defesa (GRECO, 2017, p. 42/43).

Desta forma, partindo da aplicabilidade dos 10 (dez) axiomas ou 10 (dez) princípios constitucionais, o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, busca a tão sonhada Democracia perfeita, que não protege somente os direitos e garantias fundamentais

do réu, mas, também, de toda sociedade, dos excessos punitivos e principalmente do ativismo jurídico, que coloca em risco todo o Estado Democrático de Direito e a luta por um ordenamento jurídico justo.

3. O “PACOTE ANTICRIME” E A FIGURA DO JUIZ DE GARANTIAS.

A figura do Juiz de Garantias foi a primeira alteração significativa promovida no Código de Processo Penal pelo “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/2019). Este “pacote”, teve como principal idealizador, o ex-ministro da justiça e segurança pública, Sérgio Moro.

De acordo com o art. 3º-B, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 13.964/2019:

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

- XI - decidir sobre os requerimentos de: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
- a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
 - b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
 - c) busca e apreensão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
 - d) acesso a informações sigilosas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
 - e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
- XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
- XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
- XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
- XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
- XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
- XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
- XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. (BRASIL, 1941).

O que acontece, tradicionalmente, no Brasil, o Juiz que atua na fase pré-processual, concedendo pedidos de prisão provisória, interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário ou busca e apreensão, é o mesmo Juiz que acompanha toda a fase processual. Ou seja, um único Magistrado participa desde a primeira fase, controlando o Inquérito Policial, até a última, instruindo e sentenciando o processo.

Segundo a corrente garantista, tal rito processual é completamente nocivo aos direitos e garantias fundamentais individuais, tendo em vista que o Juiz já chega a fase processual emocionalmente vinculado ao caso concreto ou até mesmo com um preconceito da pessoa do investigado (LOPES, 2019, p. 78).

No intuito de banir tais preceitos e resguardar o princípio da imparcialidade, surge a figura do Juiz de Garantias, fazendo uma distinção de magistrados na fase pré-processual.

3.1 O PAPEL DO JUIZ DE GARANTIAS.

De acordo com a legislação processual penal, o Juiz de garantias irá atuar exclusivamente no Inquérito Policial, sendo o responsável direto pelo controle da legalidade das investigações e pela eficácia dos direitos e garantias fundamentais individuais (art. 3º-B, do Código de Processo Penal).

Segundo Casara, o Juiz de Garantias pode ser definido como:

O Juiz responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela das liberdades públicas, ou seja, das inviolabilidades pessoais/liberdades individuais frente à opressão estatal, na fase pré-processual. (CASARA 2010, p.170).

Segundo Araújo e Távora (2020, p. 40), a persecução penal “consiste no poder do Estado investigar e punir as infrações penais”. Esse poder estatal pode ser dividido em duas fases.

A primeira fase, pode ser denominada como a fase pré-processual, ou seja, uma fase investigativa que antecede a instauração do processo em si. Nesta fase, o Estado busca através do órgão competente, o reconhecimento da autoria e materialidade da infração penal. Já na segunda e última fase, denominada como a fase processual, o indivíduo identificado como o responsável pela infração penal, é submetido a um julgamento justo, onde lhe é assegurado todos os direitos e garantias fundamentais individuais (ARAÚJO; TÁVORA, 2020, p.40).

Antes da implementação da figura do Juiz de Garantias, as fases pré-processual e processual eram subordinadas apenas a um magistrado. Com a implementação da figura do Juiz de Garantias, segundo a Lei, o magistrado que atuou na fase pré-processual fica impedido de atuar na fase processual (art. 3º-D, do Código de Processo Penal).

De acordo com Araújo e Távora (2020, p.41), o papel do Juiz de Garantias “é reforçar a imparcialidade do julgador, mantendo-o distante dos fatos em um momento que antecede o processo judicial”.

A partir dessa afirmativa, entende-se que o contato, que o magistrado tinha com o referido caso concreto, na fase pré-processual, poderia não somente contaminar a imparcialidade do magistrado na fase processual, mas também, ameaçar direitos e garantias fundamentais individuais do acusado.

Entretanto, essa distinção, que coloca o Juiz de Garantias como o responsável direito pela fase pré-processual, não o coloca como um investigador ou agente público competente para o reconhecimento da autoria e materialidade da infração penal. Pelo contrário, o Juiz de Garantias, vai atuar da mesma forma que os magistrados atuavam antes de sua implementação, ou seja, ele atuará nos casos de praxe e nos casos que haja extrema necessidade de intervenção estatal, como pedidos de interceptação telefônica, prisão preventiva, prisão temporária, busca e apreensão e etc. (ARAÚJO; TÁVORA, 2020, p. 42).

Desta forma, entende-se que a figura Juiz de Garantias não é um investigador, mas sim um julgador que adota medidas assecuratórias que visam resguardar o controle da legalidade das investigações criminais e a eficácia dos direitos e garantias fundamentais individuais.

3.2 O NOVO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ADOTADO PELO “PACOTE ANTICRIME”.

De acordo com o art. 3º-A, do Código de Processo Penal, acrescentado pelo “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/19), o sistema processual penal terá uma estrutura acusatória.

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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). (BRASIL, 1941).

Segundo Araújo e Távora (2020, p. 43), “a principal característica do sistema acusatório é a distinção de funções exercida pela acusação, defesa e julgamento”. Através dessa característica, busca-se vedar que o órgão julgador se confunda com o órgão acusador.

A luz da doutrina majoritária, esse entendimento sistemológico já era compreendido e aplicável pela atividade jurisdicional, mesmo sem a criação de uma Lei ou artigo específico nesse sentido, uma vez que, o art. 129, inciso I, da Constituição Federal, traça implicitamente uma estrutura acusatória “impura”, diante da possibilidade do magistrado produzir provas, conceder *habeas corpus*, decidir de ofício a decretação de medidas cautelares e prisões preventivas e temporárias (ARAÚJO; TÁVORA, 2020, p. 21 e 43).

Contudo, a partir da entrada em vigor do art. 3º-A, do Código de Processo Penal, essa atuação judicial de ofício exercida pela atividade jurisdicional fica proibida. Deste modo, a partir da aplicabilidade desse sistema, o juiz deverá manter-se afastado da iniciativa probatória de ofício (*ne procedat judex ex officio*)³, no intuito de fortalecer a estrutura jurídica justa, o princípio da imparcialidade, os direitos e garantias fundamentais mínimas (LOPES, 2019, p. 48 e 49).

Desta forma, busca-se transformar o Juiz em apenas gestor das provas apresentadas pelas partes, ou seja, no sistema acusatório o Juiz deverá atuar apenas com um espectador ativo, capaz de controlar a marcha processual em sua estrita legalidade, enquanto transforma o acusado em uma parte integrante do processo, possuidora de um conjunto de direitos e obrigações mínimas, que atuam em igualdade à acusação (LOPES, 2019, p. 48).

Contudo, é importante ressaltar que a eficácia e aplicabilidade do art. 3º-A, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei Anticrime, nº 13.964/19, encontra-se suspensa pela decisão liminar do Ministro Luiz Fux, durante o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) de nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 e, diante disso, possuímos, atualmente, um sistema acusatório pautado apenas na interpretação extensiva do art. 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988 (ARAÚJO; TÁVORA, 2020, p. 21).

4. A IMPARCIALIDADE JUDICIAL COMO PRINCÍPIO SUPREMO DO PROCESSO PENAL.

A imparcialidade da atividade jurisdicional é um princípio supremo do processo penal, o qual, segundo Araújo e Távora (2020, p.17), “corresponde ao devido distanciamento do julgador em relação aos fatos que deve apreciar”.

De acordo com Lopes (2019, p. 72), a imparcialidade pode ser caracterizada como uma total ausência de interesse na causa. Ou seja, o julgador não deve possuir nem um tipo de preconceito ou pré-julgamento sobre o caso concreto ou sobre a pessoa do acusado, pois qualquer tipo de aproximação em demasia por parte do juiz,

³ Segundo GOMES (2010), o termo é uma expressão, de origem latina, utilizada para traduzir o princípio da demanda ou inércia judicial. Esse princípio é disposto no artigo 2º, do Código e Processo Civil, dispõe que a função jurisdicional deve ser exercida pelos juízes apenas quando há a manifestação de uma pretensão por parte do titular de um interesse, ou seja, a jurisdição é exercida apenas quando há uma demanda, uma provocação e não de ofício.

pode não somente fulminar o princípio da imparcialidade, mas, também, sepultar os direitos e garantias fundamentais do acusado.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, veda a criação de juízo ou tribunal de exceção e a gestação ou promulgação de sentença que não seja realizada pela autoridade competente.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;
LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; (BRASIL, 1988).

A partir destas garantias fundamentais o legislador visa assegurar o princípio da imparcialidade e a independência do julgador, tornando-o uma pessoa completamente autônoma, insubordinada e independente no controle da relação jurídica processual.

Ainda neste contexto, o art. 95, da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre uma série de direitos e garantias constitucionais do juiz como, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, assim como algumas vedações, prevista no parágrafo único, que proíbem a prática de determinadas condutas que poderiam contaminar o princípio da imparcialidade.

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:
I – Vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;
II – Inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;
III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.
Parágrafo único. Aos juízes é vedado:
I – Exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
II – Receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;
III – dedicar-se à atividade político-partidária.
IV- Receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;
V- Exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (BRASIL, 1988).

Além desses direitos, garantias e vedações descritas na Constituição Federal de 1988, existem, ainda, às causas de impedimento e suspeição previstas nos artigos

252, 253 e 254, do Código de Processo Penal, que visam garantir o mais elevado nível de desinteresse do magistrado em relação ao caso concreto e as partes.

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

- I - Tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;
- II - Ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;
- III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;
- IV - Ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes

- I - Se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;
- II - Se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;
- III - Se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;
- IV - Se tiver aconselhado qualquer das partes;
- V - Se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

(BRASIL, 1941).

Neste sentido, entende-se que, a imparcialidade não é uma obrigação apenas do processo penal, mas sim, de todo e qualquer processo, uma vez que, o afastamento do Juiz em relação às provas dos autos e às partes, proporciona ao acusado a efetivação de direitos e garantias fundamentais mínimas, como, presunção de inocência, direito à liberdade, ao silêncio, não autoincriminação, ampla defesa, contraditório, isonomia, publicidade, duração razoável do processo, dignidade da pessoa humana e devido processo legal.

Assim, este devido distanciamento estabelecido pelo princípio da imparcialidade é imprescindível para o desenvolvimento da persecução penal e para a efetivação de um julgamento justo, pois, através da imparcialidade busca-se fundar uma “estrutura dialética de um processo penal constitucional democrático” (LOPES, 2016, p. 57).

Segundo Casara (2015, p. 144), a imparcialidade pode ser definida como um “sinônimo de alheabilidade, ou seja, o julgador deve estar equidistante dos interesses veiculados pelas partes e não pode retirar proveito do processo”. Pois, Juiz imparcial

é aquele que não possui nenhum tipo de interesse na resolução do conflito, seja ele próprio ou impróprio.

No entanto, é importante salientar que, imparcialidade não significa neutralidade. “Neutro nenhum magistrado é, pois todos carregam consigo seus valores éticos, morais, religiosos, familiares e ideológicos” (ARAÚJO; TÁVORA, 2020, p. 16).

Partindo deste pressuposto, entendemos que, a neutralidade do juiz no decorrer da persecução penal, mostra-se um objetivo impossível de ser alcançado, uma vez que, ele sempre estará conectado com o seu meio social, com os ensinamentos, preceitos e com a tradição que rege e guia sua história de vida (CASARA, 2015, p. 148). Diferente da imparcialidade, que pode ser sim, totalmente alcançada e plenamente eficaz, através do devido distanciamento, o qual segundo Lopes (2019, p.70) “corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do Juiz”.

Dessa forma, conclui-se que, princípio da imparcialidade é o princípio supremo do processo penal, tendo em vista que, à atuação do órgão jurisdicional como um terceiro desinteressado alheio, que se coloca além dos interesses das partes e de seus interesses próprios, para buscar um desenvolvimento processual, um julgamento justo e assegurar à parte mais vulnerável da relação jurídica penal (investigado/acusado) a efetivação de direitos e garantias fundamentais mínimas é a segurança jurídica mais eficaz do acusado e de toda sociedade contra o arbítrio estatal.

4.1 A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA PARA A REALIZAÇÃO DE UM JULGAMENTO PARCIAL.

A Teoria da Dissonância Cognitiva trata-se de um estudo acerca do comportamento humano, popularmente conhecido por meio da obra “*A Theory of Cognitive Dissonance*”, elaborada pelo psicólogo norte americano Leon Festinger, no ano de 1957.

De acordo com o psicólogo, o comportamento humano é baseado na tese de que todo ser humano busca um estado de coerência em relação às suas atitudes, crenças e opiniões e, diante disso, busca-se sempre um estado de

consonância/concordância entre a forma de pensar e o modo de agir (FESTINGER, 1975, p.11).

Segundo Lopes (2019, p.79), a teoria da dissonância cognitiva pode ser conceituada como uma “análise das formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável”, ou seja, é uma teoria baseada, exclusivamente, no resultado emocional causado a um indivíduo, diante do conflito de duas crenças, ideias ou opiniões distintas, e no mecanismo de defesa, utilizado para encontrar um equilíbrio cognitivo, não contraditório, entre o conhecimento, opinião e a conduta (LOPES, 2019, p. 79).

Partindo deste pressuposto, o jurista alemão Bernd Schunemann traz essa discussão da teoria da dissonância cognitiva para seara processual penal, aplicando-a diretamente sobre a figura do juiz, sua atuação e o seu modo de decidir, uma vez que ele sempre estará diante do conflito de duas teses, opiniões ou ideias distintas (acusação e defesa), e terá que decidir o caso concreto, acatando uma delas (LOPES, 2019, p.79).

Contudo, é importante ressaltar que, esse acatamento das teses defensiva ou acusatória, somente, se dará-se-ar na última fase da persecução penal, momento o qual, o juiz já se encontra mentalmente contaminado pelos fatos e pela imagem negativa, construída, pela Autoridade Policial, da pessoa do acusado, já que, o magistrado hora ou outra, entreviu na fase pré-processual e querendo ou não, contaminou sua originalidade cognitiva (LOPES, 2019, p.79).

Desta forma, pode-se afirmar que, inevitavelmente, o juiz pautará suas opiniões, decisões e ações com base em seu pré-julgamento, de forma que, acatar a tese acusatória e menosprezar a tese da defensiva será o caminho mais “fácil”, para evitar qualquer tipo de desconforto mental ou emocional, já que, “a tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz à (molesta) dissonância cognitiva” (LOPES, 2019, p. 80).

Deste modo, entende-se que o grande problema do julgamento parcial se desdobra em cima do fato de “o juiz ler e estudar os autos da investigação criminal para decidir se recebe ou não a denúncia, para decidir se decreta ou não a prisão preventiva, formando uma imagem mental dos fatos” (LOPES, 2019, p. 80) e da pessoa do acusado, para, somente, depois, julgar o caso concreto.

Assim:

Quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar (...), menor é o interesse dele pelas perguntas que a defesa faz para a testemunha e (muito) mais provável é a frequência com que ele condenará (LOPES, 2019, p. 79/80).

4.2 A IMPRESCINDIBILIDADE DO INSTITUTO DO JUIZ DE GARANTIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Como visto, a busca pela implementação da figura do Juiz de Garantias ao Código de Processo Penal surgiu em razão da necessidade de adequar a legislação processual penal aos preceitos constitucionais.

De acordo com a alteração legislativa implementada pela Lei 13.964/2019, a criação da figura do Juiz de garantias visa atualizar o sistema criminal, fazendo uma distinção da figura julgadora nas fases pré-processual e processual (art. 3º-B, do Código de Processo Penal).

Do ponto de vista de Araújo e Távora (2020, p. 41), o instituto do Juiz de Garantias tem dois grandes objetivos. O primeiro deles é resguardar o princípio da imparcialidade e buscar a especialização da atividade jurisdicional. A partir desses objetivos, acredita-se acabar com qualquer tipo de estigmatização ou vínculo emocional do Juiz em relação ao caso concreto, e proporcionar ao acusado um julgamento mais justo, realizado por um juiz totalmente imparcial, do ponto de vista psicológico e emocional.

O que não acontece na prática, tendo em vista que muito magistrados se envolvem na fase pré-processual comprometendo a imparcialidade, princípio basilar da magistratura, conforme pondera Pitombo:

A experiência tem mostrado que certos magistrados adotam ativismo excessivo na investigação criminal (...). Em simples palavras, perdem tais juízes de direito a equidistância necessária ao exercício da jurisdição, para se tornarem algozes dos investigados em casos de repercussão, especialmente. Mais tarde, no desenvolvimento do processo-crime, constata-se esse envolvimento do juiz criminal graças a seu vínculo psicológico com as provas produzidas na fase policial, até porque ele, vez ou outra, participou de atos instrutórios que lhe influenciam o convencimento. Torna-se o magistrado um escudeiro da pretensa legitimidade da investigação criminal, em vez de juiz imparcial capaz de enxergar as aberrações que se deram no procedimento investigatório. A aproximação em demasia da hipótese factual desenhada pela polícia judiciária também faz com que o juiz criminal passe a ter convicções prévias quanto a fatos e as pessoas investigadas, o que torna a etapa do contraditório no processo criminal apenas teatro formal, do qual o julgador já conhece o fim. Isso acaba nítido por meio da leitura de decisões e sentenças, cujo tempo verbal e vocabulário denotam que o magistrado tem para si premissas quanto

à causa *sub judice* que lhe prejudicam a isenção no momento da coleta e debate das provas na instrução criminal. No curso do processo judicial, esse convencimento precoce se revela com a manifestação antecipada de juízos de certeza sobre a materialidade e autoria de crimes, o que demonstra a supressão do devido processo legal para formação da culpa. (PITOMBO, 2009).

Deste modo, verifica-se de forma clara e objetiva que, a implementação do instituto do juiz de garantias ao Código de Processo Penal é imprescindível para nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que sua atuação visa, além da legalidade nas investigações criminais e da defesa dos direitos e garantias fundamentais individuais, reforçar a imparcialidade da atividade jurisdicional. É preciso assegurar ao acusado que, no Estado Democrático de Direito, o processo penal é um instrumento de garantias pela busca da justiça e não um teatro.

Contudo, cumpre ressaltar que, apesar de muitos benefícios que poderão ser trazidos com a implementação do instituto do Juiz de Garantias, como um julgamento mais justo, longe da parcialidade e dos abusos cometidos pelo órgão estatal, que poderiam levar à supressão dos direitos e garantias fundamentais do acusado, nulidade de atos processuais, descrédito judicial e à insegurança jurídica, este instituto encontra-se com sua eficácia suspensa em virtude da decisão liminar do Ministro Luiz Fux, proferida durante o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) de nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (ARAÚJO; TÁVORA, 2020, p. 21).

5. CONCLUSÃO.

Diante todo o exposto, conclui-se que, o objetivo deste trabalho foi realizar uma análise jurídica sobre da figura do Juiz de Garantias, dos problemas que giram em torno de sua implementação, do princípio da imparcialidade e acerca da efetivação dos direitos garantias fundamentais, a partir da Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli.

Com base nos dados coletados na presente pesquisa, observa-se, inicialmente, que o processo penal não é apenas um mero veículo aplicador da normativa penal e do *jus puniend* estatal, mas, sim um instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais individuais, pautado nos princípios constitucionais e na dignidade da pessoa humana.

Outra observação feita foi que, a teoria do Garantismo Penal, idealizada pelo jurista italiano, Luigi Ferrajoli, visa maximizar o direito à liberdade e minimizar o direito punitivo do Estado, estabelecendo critérios racionais, históricos, sociais e jurídicos,

que juntos, visam acabar com qualquer tipo de poder punitivo que se coloca acima dos direitos e garantias fundamentais individuais.

Paralelamente a isso, por meio dos dados apresentados, verificou-se que, a magistratura exerce um papel fundamental na interpretação e aplicação da legislação processual penal, pois através do exercício da atividade jurisdicional, o magistrado deixa de ser um mero aplicador da lei e passa a ser um guardião dos direitos e garantias fundamentais individuais, proporcionando ao acusado um julgamento justo e imparcial.

Neste sentido, constatou-se que, o modelo garantista de aplicação da legislação penal amparado pelos axiomas e pelos princípios e garantias fundamentais, tem como objetivo principal aumentar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais e diminuir o autoritarismo jurídico.

Dentro desta perspectiva, contextualiza-se a busca implementação da figura do Juiz de Garantias ao Código de Processo Penal, a qual, faz uma distinção da figura julgadora entre as fases pré-processual e processual, com o fito de reforçar o princípio da imparcialidade e resguardar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais do acusado.

Concomitante a estes objetivos, almeja-se, através da alteração legislativa Lei 13.964/2019, inserir-se um sistema processual de estrutura acusatória, onde, visa-se, separar formalmente os órgãos acusador, julgador e defensor, acabar com a iniciativa probatória de ofício do juiz, estabelecer o devido distanciamento do juiz em relação às provas e às partes e resguardar o princípio da imparcialidade.

Derradeiramente a estes fatos, ressalta-se que o instituto do Juiz de Garantias é imprescindível para o desenvolvimento de um ordenamento jurídico, podendo-se ser considerado o caminho mais sólido, eficaz e seguro para se evitar o ativismo jurídico e reforçar o princípio da imparcialidade.

REFERÊNCIAS.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988 (texto compilado). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 de março de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília: Diário Oficial da União, 1941(texto compilado). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 25 de março de 2020.

CASARA, Rubens R. R. Juiz das Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**. v. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos**. Salvador: 13. ed., rev., atual. e ampl. – JusPodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002. Disponível em: < <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>>. Acesso: 27/04/2020.

FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância cognitiva**. Rio de Janeiro: Zahar Ed. 1975.

GOMES, Luiz Flávio. Qual o significado do termo ne *procedat iudex ex officio*? **JusBrasil**. Disponível em: < <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2157731/qual-o-significado-do-termo-ne-procedat-iudex-ex-officio-leandro-vilela-brambilla>>. Acesso: 10/10/2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, 983p.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3ª ed. ver. e atual. Pela NBR 14.724, de 30/01/05, da ABNT – Belo Horizonte: Del Rey, 2010, 256p.

LOPES, Aury Júnior. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 3. Ed. São Paulo: RT, 2007.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Juiz é fiscal do MP, e não defensor deles. **Revista Consultor Jurídico**, 29 de dezembro de 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-dez-29/juiz-criminal-fiscal-atos-acusatorios-nao-defensor-deles>>. Acesso:04/04/2020.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal comentado.** 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, 1.216p.