



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**  
**Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD**  
**Programa de Mestrado em Direito**

**THIAGO GUIMARÃES PEREIRA**

**PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO: possibilidade e limites**

**BRASÍLIA**

**2020**

# THIAGO GUIMARÃES PEREIRA

Dissertação apresentada como requisito para conclusão do curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Professor Orientador: Dr. Antônio Henrique Graciano Suxberger

**BRASÍLIA**  
**2020**

**THIAGO GUIMARÃES PEREIRA**

**PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO: possibilidade e limites**

Dissertação apresentada como requisito para conclusão do curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Professor Orientador: Dr. Antônio Henrique Graciano Suxberger

**Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2020**

**Banca Examinadora**

---

Prof. Orientador: Dr. Antônio Henrique Graciano Suxberger

---

Prof. Examinador Interno: Dr. Jefferson Carús Guedes

---

Prof. Examinador Externo: Dr. Fernando José Gonçalves Acunha

**BRASÍLIA  
2020**

## **AGRADECIMENTOS**

No decorrer do mestrado, muitos foram os que contribuíram com essa jornada, pois esse caminho jamais se trilha de forma solitária. Até por isso gostaria de agradecer inicialmente ao UniCEUB, na pessoa de todos os professores, colegas de classes e aos funcionários, por ter proporcionado amplo acesso ao conhecimento e pela contribuição para minha formação profissional.

Aos meus pais, Reynaldo e Consuelo, por terem me proporcionado todo o necessário para que eu tivesse condições de chegar nesse momento.

Aos meus irmãos, Thales e Thatiane, por todo apoio nessa trajetória de dedicação aos estudos.

A minha esposa, Isabele, pela oportunidade de poder caminhar ao seu lado dia a dia.

A todos do escritório Guimarães Parente Advogados, em especial aos meus sócios Fernando Parente e Ana Bettini, pela paciência e compreensão em meus momentos de afastamento;

Ao meu orientador, Professor Doutor Antonio Suxberger, que me provocou a ampliar os horizontes e buscar novas perspectivas para a realização deste trabalho.

Por fim, a todos que de alguma forma contribuíram para que eu conseguisse trilhar este caminho na minha vida acadêmica.

Não se evita a guerra preparando a guerra. Não se obtém a paz senão aparelhando a paz.

Rui Barbosa

## RESUMO

A Constituição Federal de 1988 fez nítida opção pela adoção de uma modelagem acusatória, que melhor se adequa ao Estado Democrático de Direito, o que é constatado em diversas passagens. Em decorrência disso o Código de Processo Penal datado de 1941 teve que se adequar a essa nova realidade. Com essa premissa, o presente trabalho versa sobre a possibilidade e o limite de atuação do juiz na produção probatória no processo penal brasileiro, em observância do modelo acusatório adotado em nosso ordenamento processual penal e em consonância com a Constituição Federal de 1988, sob uma visão crítica. Inicia-se a dissertação abordando os principais aspectos das modelagens de processos penais, visando poder identificar corretamente aquele aplicado pelo Brasil. Com isso posteriormente é abordado quanto as reformas nos modelos processuais na América Latina, buscando compreender como esse fenômeno tem ocorrido, em especial referenciando o Código Modelo. No segundo capítulo apresenta o caso específico do Brasil, com o objetivo de se analisar a modelagem acusatória adotada, em especial com relação a atuação no juiz na produção probatória. Com essa compreensão e com base nas balizas impostas, no terceiro capítulo apresentamos os reflexos do advento da Lei n. 13.964/19, pelo fato de corresponder a um novo marco, até por isso, busca-se apresentar propostas de soluções para aprimorar a modelagem acusatória no Brasil, identificando os dispositivos que preveem a atuação de ofício pelo juiz e indicando se deva ocorrer alguma modificação em sua interpretação, inclusive apontando sua compatibilidade com as novas diretrizes implementadas.

Palavras-chave: Reforma do Código de Processo Penal. Produção Probatória do juiz. Modelo acusatório. Direitos fundamentais. Estado democrático de direito.

## **ABSTRACT**

The Federal Constitution of 1988 clearly opted for the adoption of accusatory modeling, which is better suited to the Democratic Rule of Law, which is confirmed in several passages. As a result, the Penal Procedure Code dated 1941 had to adapt to this new reality. With this premise, the present work deals with the possibility and the limit of the judge's performance in the evidential production in the Brazilian criminal process, in compliance with the accusatory model adopted in our criminal procedural order and in line with the Federal Constitution of 1988, under a vision critical. The thesis begins by addressing the main aspects of the modeling of criminal proceedings, aiming to be able to correctly identify the one applied by Brazil. With this, it is later approached regarding the reforms in procedural models in Latin America, seeking to understand how this phenomenon has occurred, especially referencing the Model Code. In the second chapter it presents the specific case of Brazil, with the objective of analyzing the accusatory modeling adopted, especially with regard to the performance of the judge in the evidence production. With this understanding and based on the imposed goals, the third chapter presents the reflections of the advent of Law no. 13.964/19, due to the fact that it corresponds to a new milestone, even so, it seeks to present proposals for solutions to improve the accusatory modeling in Brazil, identifying the devices that foresee the official performance by the judge and indicating if any changes should occur in its interpretation, including pointing out its compatibility with the new guidelines implemented.

**Keywords:** Reform of the Criminal Procedure Code. Evidence produced by the judge. Accusatory model. Fundamental rights. Democratic state.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 O PROCESSO PENAL NA AMÉRICA LATINA</b> .....	<b>19</b>
<b>1.1 Principais aspectos das modelagens de sistemas processuais penais</b>	<b>19</b>
1.1.1 <i>Modelagem Inquisitória</i> .....	20
1.1.2 <i>Modelagem Acusatória</i> .....	23
1.1.3 <i>Modelagem “misto”</i> .....	29
<b>1.2 A reforma nos modelos processuais penais na América Latina</b> .....	<b>34</b>
1.2.1 <i>Argentina</i> .....	40
1.2.2 <i>Chile</i> .....	43
1.2.3 <i>A origem do Código Modelo utilizado como inspiração para as reformas</i> .....	47
<b>1.3 Sistema adotado pelo Brasil com a Constituição da República de 1988</b> .....	<b>50</b>
<b>1.4 As reformas do Código de Processo Penal como tentativas de aprimoramento da modelagem acusatória</b> .....	<b>55</b>
<b>2 CONFORMAÇÃO DO MODELO ACUSATÓRIO COM O ORDENAMENTO BRASILEIRO</b> .....	<b>65</b>
<b>2.1 A modelagem processual penal adotado na Lei nº 13.964/2019</b> .....	<b>65</b>
<b>2.2 A quem incumbe a produção probatória? A possibilidade do magistrado atuar de ofício na produção probatória</b> .....	<b>70</b>
<b>2.3 A observância do princípio da imparcialidade do juiz. Redefinição do papel do julgador na produção probatória</b> .....	<b>83</b>
<b>2.4 O Juiz de Garantias como forma de resguardar o modelo acusatório diante do estado democrático de direito brasileiro</b> .....	<b>93</b>
<b>3 A ATUAÇÃO DO JUIZ APÓS O ADVENTO DA LEI Nº. 13.964/2019</b> .....	<b>108</b>
<b>3.1 Atuação do juiz no decorrer da fase pré-processual</b> .....	<b>109</b>
<b>3.2 Nova sistemática de arquivamento do inquérito</b> .....	<b>112</b>
<b>3.3 A produção probatória pelo juiz na fase processual</b> .....	<b>114</b>



<b>3.4</b>	<b>Contaminação do juiz que tenha tido acesso a prova ilícita. ....</b>	<b>117</b>
<b>3.5</b>	<b>Possibilidade de o juiz determinar a oitiva de testemunha não arrolada pelas partes e de complementar a inquirição .....</b>	<b>120</b>
<b>3.6</b>	<b>Supressão da possibilidade da decretação de medida cautelar de ofício. ....</b>	<b>122</b>
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>128</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>132</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo é resultado da inquietação quanto à discussão acadêmica que debate a (in)compatibilidade do Código de Processo Penal (CPP) com a Constituição da República de 1988, principalmente quando se trata das modelagens processuais penais nas questões relativas às regras de atuação de seus atores e com relação às garantias do processo penal.

O tema é relevante e atual em decorrência da promulgação da Lei nº 13.964, ocorrida no dia 24 de dezembro de 2019, que “aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”. Essa Lei visa o aperfeiçoamento da modelagem acusatória adotada e, dentro outras mudanças, introduz em nosso ordenamento jurídico a figura do juiz de garantias, mesmo reconhecendo que sua atribuição já era determinada tanto pelo Superior Tribunal de Justiça como pelo Supremo Tribunal Federal. O que se denota que pela primeira vez, após a Constituição da República de 1988, de forma direta se aponta a modelagem acusatória que se adota em nosso ordenamento jurídico processual penal.

O debate, no âmbito acadêmico e político, não se origina com a referida lei, mas podemos indicar um importante marco como sendo o Projeto de Lei n. 156/2009 do Senado Federal, que visa promover uma ampla reforma no Código de Processo Penal (CPP). Ocorre que já completados 30 anos de tramitação do mencionado Projeto de Lei no Poder Legislativo, sem que tenha concluído esse processo.

O processo penal moderno tem seus valores fundamentais baseados no garantismo e na efetividade. Ada Pellegrini Grinover aponta que:

Garantismo, visto tanto no prisma subjetivo dos direitos das partes, e sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo da tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. Efetividade, na visão instrumental do sistema processual, posto a serviço dos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A reforma do Código de Processo Penal brasileiro**. Pontos de contato com o direito estrangeiro. Revista de Processo, São Paulo, v. 34, n. 169, p. 93-115, 2009.

O modelo acusatório é a estrutura básica dos novos códigos de processo penal da atualidade, se baseando na separação das funções do juiz, da acusação e da defesa. Nele se observa, de forma plena, o princípio do contraditório e das garantias constitucionais em todo seu processo. Ada destaca também a transparência, a desburocratização e a celeridade como sendo “corolários da estrutura acusatória adotada pelo novo processo penal”.<sup>2</sup>

Importante inicialmente esclarecer como será utilizada a expressão “modelos” no sentido abstrato ou modelos ideais. “Atualmente não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios ‘puros’, mas sim uma interpenetração de princípios dos dois modelos, o que somente permite a sua classificação a partir da identificação de seu princípio unificador, como veremos posteriormente”.<sup>3</sup>

No entanto, apesar disso, adiantamos que a nossa interpretação parte da consideração de que historicamente a configuração inquisitória sempre foi e permanece sendo prevacente - ao menos no âmbito do chamado direito continental - estando a questão centrada na intensidade do inquisitorialismo e não na sua existência propriamente dita.

A partir dessa perspectiva, deve ser ressaltado que o problema da definição dos sistemas não é meramente acadêmico. Não é apenas questão de divergência doutrinária que motiva a interrogação quanto à caracterização dos sistemas. Pelo contrário: é na definição radical – no sentido de atingir a raiz do problema – do sentido do sistema acusatório e do sistema inquisitório que reside boa parte da esperança de superação da desmedida ambição de “verdade real” que historicamente tem soterrado as pretensões de estabelecimento de um processo justo e democrático.

---

<sup>2</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal brasileiro. Pontos de contato com o direito estrangeiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 169, p. 93-115, 2009.

<sup>3</sup> Khaled Junior, Salah Hassan. **A busca pela verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte. Letramente: Casa do Direito, 2016, p. 32.

Em um Estado Democrático de Direito espera-se a aplicação de um sistema que tenha em seu escopo a proteção, irrestrita, as garantias, que repudie a arbitrariedade, que inclui tanto no momento de elaboração da norma quanto sua aplicação. Até por isso que se tem assistido inúmeros debates acadêmicos com o objetivo precípua de se alcançar a conformidade constitucional e solidificação do sistema acusatório que se essa conformidade exige<sup>4</sup>.

Essa discussão remete ao fato do Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 3.689, de 03/10/1941) ter sido produzido sob a Era Vargas<sup>5</sup>, também conhecida como Ditadura Vargas, no período compreendido entre 1930 e 1945, quando Getúlio Vargas governou o país por 15 anos de forma ininterrupta, enquanto ainda vigorava a Constituição de 1937.

O referido Código tem sua estrutura baseada no sistema processual de natureza inquisitorial – ainda que sob a alegação de ter sido adotado um *sistema misto* – e sua inspiração remete ao Código de Processo Penal italiano de 1930, período em que estava instalado o regime fascista<sup>6</sup>.

Com a vigência da Constituição Federal de 1988 (CR/88), passou-se a exigir a adoção de uma modelagem processual de natureza acusatória, o qual dialoga de forma harmônica com o Estado Democrático de Direito<sup>7</sup>. Ocorre que, passados 30 anos da promulgação da Carta Magna – e mesmo com as reformas no código –, ainda se discute quanto à adequação do Código de Processo Penal com a CR/88

---

<sup>4</sup> KHALED JR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? *Civitas*, v. 10, n. 2, p. 293–308, 2010.

<sup>5</sup> Getúlio Vargas liderou golpe de estado, iniciando período com viés autoritário que ficou conhecido como “Estado Novo”, “Era Vargas” e também como “Ditadura Vargas”. Durante esse período, determinou o fechamento do Congresso Nacional com o intuito claro de perseguir os opositores à ditadura e outorgou o Código de Processo Penal 1941. (SKIDMORE, Thomas E. “Capítulo 1: Era de Vargas”. In: SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco (1930-1964)**. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 21-71.)

<sup>6</sup> SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório. In: POSTIGO, Leonel González (dir.); BALLESTEROS, Paula R. (coord.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Volume II. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, p. 16.

<sup>7</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 51.

quando se fala em princípios, ainda mais quando se tem em mente que o processo penal é um limitador do poder punitivo estatal e termômetro político do grau de evolução democrática<sup>8</sup>.

O que deve ser avaliado, primordialmente, é que a CR/88 não prevê as mais diversas situações, sobretudo porque ela não foi idealizada com esse intuito, ainda mais se levarmos em consideração o fato de que ela foi concebida após uma ruptura de ordem política, social, econômica e jurídica, sem intenção de modificar totalmente as instituições.

No entanto, como cediço, o Código de Processo Penal brasileiro foi criado no ano de 1941, sob a égide da Constituição da República de 1937 e, portanto, alicerçado na realidade que o país vivia na época da sua concepção. Ocorre que mais de 77 anos se passaram desde sua criação e, mesmo diante de uma nova realidade no país, com o crescimento da população<sup>9</sup> e a elaboração de uma nova Constituição, o sistema processual penal brasileiro não evoluiu na mesma proporção, a ponto de acompanhar tais evoluções.

Diante desse contexto, não se pode permitir que a geração presente seja orientada pelos desígnios impostos por uma geração passada<sup>10</sup>. Vivenciamos uma sociedade acelerada, característica de um tempo que se cria um “estado de exceção

---

<sup>8</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. V.I. Buenos Aires: EJE, 1961, p. 109.

<sup>9</sup> De acordo com o IBGE, no ano de 1940, a estimativa populacional brasileira era de 41.236.315, ao passo que no ano de 2017 já ultrapassa o número de 209.186.802 habitantes. Ou seja, nos últimos 77 anos, a população brasileira mais do quintuplicou. (BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em: 15 fev. 2020).

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 159.

temporal” tomado pela dromologia<sup>11</sup>, que mata o conceito clássico de processo penal, reflexo do momento de tensão da sociedade contemporânea<sup>12</sup>.

Para além, o debate acerca da reformulação do processo penal – no âmbito de qualquer país – exige um grande esforço de diversos setores que ultrapassam a esfera legislativa. Envolve, sobretudo, questões culturais que visam abandonar a matriz inquisitiva. Para tanto, como bem aponta Leonel Gonzáles Postigo<sup>13</sup>, exige-se a construção de uma política pública envolvendo governos, universidades, instituições diversas e de toda a sociedade.

Dentre os que já iniciaram essa mudança, que tendem a adotar um sistema com viés democrático e reformularam seus respectivos códigos processuais penais, podemos citar a Argentina (Província de Córdoba) (1991), Guatemala (1992), Costa Rica (1996), El Salvador (1996), Venezuela (1998), Paraguai (1998), Argentina (Província de Buenos Aires) (1998), Bolívia (1999), Honduras (1999), Equador (1999), Chile (2000), República Dominicana (2002), Colômbia (2004), Peru (2004), Província de Chubut (Argentina) (2006), México (2014), Província de Tucumán (Argentina) (2016) e Uruguai (2017)<sup>14</sup>.

No âmbito da América Latina, o início do debate se deu no ano de 1957, quando da fundação do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Nessa ocasião, foi sugerida a criação de um modelo de código de processo penal para os países ibero-americanos, tendo sido nomeado Vélez Mariconde e Clariá Olmedo, em 1967, com o objetivo de serem os precursores desse projeto.

---

<sup>11</sup> Dromologia é a ciência (ou a lógica) que estuda os efeitos da velocidade na sociedade. Pode ser também qualificada como o estudo dos impactos culturais e sociais produzidos pelas novas tecnologias. É um termo criado pelo filósofo francês Paul Virilio.

<sup>12</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. 2. JusPodivum: Salvador, 2015, p. 25

<sup>13</sup> Associação Nacional dos Procuradores da República. **Desafios contemporâneos do sistema acusatório**. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão e 7ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Organizadores: Lívia Nascimento Tinôco, Luiza Cristina Frischeisen, Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva, Silvío Amorim Junior e Vladimir Barros Aras. Brasília: ANPR, 2018, p. 15.

<sup>14</sup> LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, dez. 2017, p. 16.

Já em 1981, em conferência realizada na Guatemala, Júlio Maier apresentou os primeiros 100 artigos do código modelo. Após esse evento, Maier decidiu se afastar desse projeto, o que perdurou até 1986, quando se uniu à professora brasileira Ada Pellegrini Grinover. Ao contínuo, em 1988, na XI Conferência do Instituto realizada no Brasil, Maier apresentou na sua integralidade o Código de Processo Penal Modelo para a América Ibérica, tendo sido aprovado pelo Instituto<sup>15</sup>.

Verifica-se, com isso, que praticamente todos os países aderiram à reforma de seus códigos, utilizando como referência o Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Ibero-América, com significativa influência na reformulação dos códigos de processo penal em toda América Latina. Até mesmo nos países que não abandonaram por completo o modelo inquisitório, observa-se uma nítida intenção em se alinhar com o modelo acusatório.

Esse Código Modelo não se trata de um tratado internacional a ser adotado sem adaptações, mas um padrão de normas a serem incorporadas internamente por países da América Latina. Este modelo de processo foi formulado levando em consideração o que já se entendia como correto nas legislações dos países ibero-americanos, com os devidos aperfeiçoamentos, para que fosse adequado à realidade de todos – assunto que será abordado com maior profundidade posteriormente.

Como aponta Leonel<sup>16</sup>, essa mudança tem ocorrido de forma não homogênea, tendo cada país alcançado um nível diferente nessa reforma. Nessas mudanças, ele aponta três momentos históricos: “[...] o primeiro caracterizado pela transição democrática; o segundo, pela consolidação do sistema e aparecimento de novas demandas; e o terceiro, pelo estado atual de reforma da América Latina”.

---

<sup>15</sup> LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, dez. 2017, p. 18.

<sup>16</sup> Associação Nacional dos Procuradores da República. **Desafios contemporâneos do sistema acusatório**. Organizadores: Lívia Nascimento Tinôco, Luiza Cristina Frischeisen, Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva, Sílvio Amorim Junior e Vladimir Barros Aras. Brasília: ANPR, 2018, p. 18.

Com essas ideias, é possível chegar ao objetivo principal da presente dissertação, cuja pretensão é identificar, de forma crítica, a influência da gestão probatória na definição dos sistemas, objetivando, ao final, a conclusão pela possibilidade da produção probatória, mesmo que de forma ocasional, por parte do juiz, ou se ela deve ficar restrita à acusação e à defesa. A partir disso, há que se fazer uma análise se essa assertiva (des)respeitaria o comando constitucional e influenciaria, a imparcialidade e o livre convencimento. Para tanto, será analisado o atual Código de Processo Penal e a recente promulgada Lei nº 13.694/19, transpassando pela proposta trazida pelo Projeto de Lei do Senado nº 156/09.

Há a necessidade de ter como premissa a escolha, pelo constituinte originário, da adoção da modelagem acusatória, que tem como base o afastamento do juiz da atividade preparatória da ação penal, sendo uma opção política direcionada para um Estado democrático e de direito, da qual há necessidade de que seja revista a forma de atuação do Estado-juiz<sup>17</sup>.

Isso não quer dizer que o juiz não possa participar da produção probatória, mas sua interferência deve ocorrer em situações específicas, principalmente na produção de elementos suplementares necessários para seu total convencimento, sempre com a cautela de evitar a quebra da imparcialidade no momento em que passa a exercer, mesmo que de forma indireta, a função de acusação ou de defesa. Essa limitação decorre fundamentalmente pelo comando da Constituição da República de 1988 e do art. 3º-A do CPP, introduzido pela Lei nº 13.964/19, que impôs novos rumos a serem adotados, inclusive ao determinar a aplicação da modelagem acusatória que veda “a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Nesse ponto, a opção de adotar um modelo acusatório pressupõe a distinção dos sujeitos do processo, sendo o juiz o destinatário das provas, uma figura imparcial, não viciado pelo conhecimento das provas colhidas na fase investigatória

---

<sup>17</sup> FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas penales**. Tomo I, De la prueba en general. 3. ed. Bogotá: Editorial TEMIS Librería, 1982, p. 61.



e nem preocupado com a produção probatória. Ou seja, o juiz deve exercer a sua função precípua, que é a de julgar, como fica evidenciado na recente reforma ocorrida pela Lei nº 13.964/2019.

O que se deve ter como premissa é que o juiz pode muito, mas não pode tudo. Com essa visão é que pode-se questionar os limites impostos ao juiz na produção probatória, com o intuito de se aproximar da verdade: probabilidade e verossimilhança. Nesse sentido, não se pode admitir que seja imposto ao juiz a responsabilidade de suprir possíveis falhas cometidas pela acusação e/ou pela defesa, mas apenas a possibilidade da sua interferência para sanar pontos controvertidos ou mal esclarecidos. Assim, o poder conferido ao juiz fica configurado como sendo acessórios e integrativos, em comparação a iniciativa probatória conferida para as partes<sup>18</sup>.

Para a Ada Pellegrini Grinover a atuação do juiz não é ilimitada, colocando ela como barreiras para a iniciativa oficial “a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas”.<sup>19</sup>

Nesse viés, o juiz deve se concentrar na sua função estabelecida, que é a de garantidor do cumprimento efetivo das “regras do jogo”, assegurando que a acusação e a defesa se utilizem dos mesmos mecanismos com o intuito de se preservar a paridade de armas.

Não é demais advertir quanto a não existência de um modelo rígido, sobretudo porque há uma necessidade de adaptação à cultura de cada país que o adote. Há que se reconhecer, ainda, que existiram várias modalidades acusatórias e inquisitórias ao longo da história. O que se denota da Constituição da República de 88 é que não existe qualquer determinação para que seja adotado uma modelagem

---

<sup>18</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marciel Pons, 2016, p. 203.

<sup>19</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 27, p. 71-79, 1999, p. 4.

acusatória específica. O que não se pode negar, ademais, é que existe um acolhimento expresso ao princípio acusatório, o qual determina que a acusação seja atribuída a um órgão diferente do de julgamento.

Diferentemente com o advento da Lei nº 13.964/19 que, como já apontado, estabeleceu as diretrizes da modelagem acusatória que deve ser aplicada.

Para a realização do trabalho, os estudos foram divididos didaticamente em três capítulos, a fim de que sejam alcançados os objetivos propostos. O primeiro capítulo tem o propósito de analisar as reformas dos códigos processuais penais pela América Latina, principalmente a ideia do código modelo<sup>20</sup> que foi concebido com o intuito de ser aplicado no sistema acusatório. Nesse mesmo capítulo, será analisado se a Constituição da República de 1988 determina a adoção de algum específico modelo e as reformas submetidas ao código de processo penal.

O segundo capítulo, por sua vez, irá tratar sobre as conformações do modelo acusatório com o ordenamento brasileiro. Nesse momento, será feita uma abordagem sobre a influência da separação inicial das atividades de acusar e julgar, especialmente pela produção probatória do juiz no transcurso do processo, verificando se essa atuação afetaria diretamente a imparcialidade. Após será analisada o instituto do juiz de garantias, que foi introduzido em nosso ordenamento jurídico com o advento da Lei nº 13.964/19, mesmo sua função já serem reconhecidas pelos tribunais superiores.

Por fim, o terceiro capítulo tem por finalidade analisar, com mais profundidade e de forma crítica, as alterações ocasionadas com a promulgação da Lei nº 13.694/19, que objetivou a modernização do modelo acusatório adotado pela em nosso ordenamento jurídico, mas especificamente analisar as implicações do art. 3ª-A do CPP, mapeando os artigos que sofreram alterações interpretativas quando se fala em produção probatória de ofício pelo juiz.

---

<sup>20</sup> Grinover, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-américa: 10 anos depois. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 30, 2000, p. 41-50.

Tais abordagens tem a pretensão de verificar se a atual alteração legislativa do Código de Processo Penal trouxe aprimoramentos ao nosso ordenamento jurídico, com base na análise do cenário da América Latina e da Constituição da República de 1988 e o enfrentamento do problema, que corresponde à compatibilidade do modelo acusatório com a possibilidade de atuação do magistrado de ofício na gestão das provas.

Quanto à metodologia, esse trabalho é exploratório, melhor se ajustando à chamada jurídica-compreensiva, que será utilizada para identificar a similitude e as diferenças de normas e instituições em dois sistemas jurídicos, além de investigar as comparações dentro do mesmo sistema jurídico<sup>21</sup>. No campo procedimental, a investigação objetiva fazer uma revisão bibliográfica sobre o tema.

Deseja-se com a presente dissertação, portanto, expor a necessidade de se repensar quanto a função do juiz, especificamente quanto à possibilidade de produção probatória de ofício pelo magistrado, bem como o respeito aos comandos constitucionais e a modernização da modelagem acusatória.

---

<sup>21</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. ver. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 28-29.

## **1 O PROCESSO PENAL NA AMÉRICA LATINA**

Os países da América Latina, nas últimas décadas, vêm procedendo uma drástica reforma em seus códigos de processo penal, com o intuito de se adotar um modelo acusatório moderno. E mais, ainda se debate quanto ao limite de atuação do magistrado na produção e na gestão das provas<sup>22</sup>.

Com o intuito de analisar a modelagem do sistema acusatório que se pretende aplicar no novo código de processo penal e quanto a importância do papel exercido pelo juiz nos sistemas processuais penais, mais especificamente na produção probatória e gestão das provas, há que averiguar, nesse capítulo inaugural, como se encontram os países da América Latina, apontando o início desse processo de modificação, quando se fala em reforma dos processuais penais. Mas deve se observar que essa escolha se dá por uma nítida opção política.

Serão expostas, ainda, a formulação e os conceitos existentes no Código Modelo, que foi utilizado como base para as reformas implementadas no âmbito dos países da América Latina.

No entanto, inicialmente é necessário abordar, previamente, os principais modelos processuais para que possamos melhor compreender o objetivo do presente trabalho.

### **1.1 Principais aspectos das modelagens de sistemas processuais penais**

É cediço que existem inúmeros questionamentos a respeito da necessidade de se analisar as modelagens de sistemas processuais penais, em razão de que ainda não foi possível aplicar uma forma pura em nenhum ordenamento jurídico, sendo certo que o que sempre se teve são conformações de sistemas processuais.

---

<sup>22</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamento do processo penal: introdução crítica**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 140.

O que devemos ter em mente é que não existem elementos precisos, abstratos e universais que permitam apresentar conceitos de sistemas processuais, por essa razão é que falaremos em modelagens processuais aplicados em cada código de processo penal. Por isso mesmo é inútil colocar esforços na busca de um conceito único e completo.

Com essa premissa é que será tratado o nosso ordenamento jurídico penal como se filiando ao princípio acusatório como regra matricial, sendo a divisão de funções entre os personagens do processo constitui elemento nuclear de um conjunto de regras e princípio que regem o processo penal democrático.

De qualquer forma, há necessidade de transpassar por essas ideias basilares das modelagens, sem, contudo, esgotar o assunto. Nesse viés vão ser abordadas as principais características das três cruciais modelagens processuais penais reconhecidas pela doutrina.

### *1.1.1 Modelagem Inquisitória*

A aplicação da modelagem inquisitória foi mais marcante no início do século XII, em decorrência da pretensão da Igreja Católica de combater a heresia, como forma de manter seu domínio sobre a população. Para tanto qualquer conduta que questione o saber do clero é tipificada.

Esse período se inicia durante o papado de Inocêncio III (1198-1216) e tem seu marco histórico em 1215, quando se realiza o IV Concílio Ecumênico de Latrão e se estende por 800 anos.

Coutinho<sup>23</sup> resume de forma minudente o início do processo inquisitório, ao apontar a crise vivenciada pela Igreja Católica que vislumbra a necessidade de aplicação de medidas para combater os que se insurgiram:

Em síntese, poder-se-ia dizer que desde o século anterior (século XII), mais particularmente em seu final, a Igreja Católica se debatia com um fenômeno social interessante: pensavam alguns estar em risco o seu domínio sobre o mundo conhecido, do qual era detentora da grande parte. Sua doutrina – era visível – já não encontrava ressonância plena e, portanto, havia discórdia em alguns pontos capitais. Pensava-se que isso era fruto de “doutrinas heréticas” e, portanto, de postulados contrários àqueles pregados desde Roma. Sabia-se, por sua parte, isso só ser possível em razão de outros fundamentos epistêmicos e, assim, não era tarefa fácil, nem banal, o seu combate.

Já Aury Lopes Júnior<sup>24</sup> aponta a trajetória da Igreja, destacando seu comportamento como:

[...] um sistema fundado na intolerância, derivada da “verdade absoluta” de que “a humanidade foi criada na graça de Deus”. Explica Boff que a humanidade – com Adão e Eva – perdeu os dons sobrenaturais (graça) e mutilou os dons naturais (obscureceu a inteligência e enfraqueceu a vontade). À medida que a humanidade se afasta e não consegue mais ler a “vontade de Deus”, surgem as escrituras sagradas, que contêm um alfabeto sobrenatural que permite ter acesso às verdades divinas. Contudo, nasce um novo problema: o livro pode ser lido de diferentes maneiras. Surgem então os Bispos e o Papa, máximos intérpretes e representantes da vontade de Deus. Mas isso não é suficiente, pois eles são humanos e podem errar. Era necessário resolver essa questão, e Deus então se apiedou da fragilidade humana e concedeu a seus representantes um privilégio único: a infalibilidade.

A Igreja diferentemente dos ensinamentos que pregava perante seus fiéis, utilizava-se de uma postura totalmente autoritária e intolerante no intuito de autoafirmação. Fato é que as verdades apresentadas não eram construídas, mas

---

<sup>23</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. (orgs). **O novo processo penal à luz da Constituição** (Análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 22.

<sup>24</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123.

sim provenientes de imposição que se originavam dos concílios, sínodos, encíclicas, bulas e outros instrumentos de seu magistério.

A veemência no combate às doutrinas que conflitavam com os ensinamentos da Igreja partia da ideia de defesa de uma verdade absoluta, que sempre tende a ser autoritária e intolerante.

Com essa breve passagem histórica denota-se que a modelagem inquisitória, se caracteriza pela concentração dos poderes processuais penais em mão de um único órgão que é responsável por acusar, defender e julgar. Na antiguidade, as pessoas que exerceram essa função ficaram conhecidas pela denominação de inquisidor.<sup>25</sup>

Para Mauro Fonseca Andrade, os elementos que caracterizam a modelagem acusatória são os seguintes:

a) o acusador é prescindível ao processo, o que não implica sua completa exclusão do sistema inquisitivo; b) o processo pode ser instaurado com o ajuizamento de uma acusação, *notitia criminis* ou de ofício; c) o órgão encarregado de julgar está formado por funcionários públicos, abandonando-se o modelo que admitia representantes do povo; d) a persecução penal é regida pelo princípio de oficialidade; e) o procedimento é secreto, escrito e sem um contraditório efetivo; f) há desigualdade entre as partes; g) a obtenção das provas é uma tarefa inicial do juiz, ao invés de ser confiado exclusivamente às partes; h) o juiz que investiga também julga; i) o sistema de provas é o legal, com sua divisão em prova plena e semiplena; j) para a obtenção da prova plena, admite-se a tortura do imputado e de testemunhas; l) possibilidade de defesa quase nula; m) possibilidade de recurso contra a decisão de primeira instância; e n) nulidade como consequência da inobservância das leis e formas estabelecidas.<sup>26</sup>

Nas palavras de Fauzi Hassan Choukr, a característica principal do *sistema inquisitório* está na gestão das provas, como se verifica no seguinte trecho de sua obra:

---

<sup>25</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Porto Alegre: Juruá, 2013, p. 455.

<sup>26</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Porto Alegre: Juruá, 2013, p. 359.

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-se secretamente, sendo que 'a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação -, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases.<sup>27</sup>

De todas as características apontadas, a que mais importa para a presente dissertação é o monopólio das funções de acusar e de julgar. Esse fato gera uma inegável disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado.

Em decorrência desse monopólio, aponta Aury Lopes Júnior que “o juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz”<sup>28</sup>.

### *1.1.2 Modelagem Acusatória*

A modelagem acusatória é reconhecida como sendo a primeira que se tem conhecimento, remetendo ao período da República Romana até a Idade Média, período que vai até o século XIII, dominando todo o mundo antigo<sup>29</sup>.

Caracteriza-se pela existência de vários sujeitos processuais, nos quais cada um exerce funções distintas um do outro. Uma premissa insuperável é a que a função de investigar jamais pode ser atribuída ao sujeito responsável pelo julgamento.

---

<sup>27</sup> CHOUKER, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal – Comentários Consolidados e Críticas Jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 124.

<sup>28</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 112

<sup>29</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Informes Nacionales: Brasil. In MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (coord.). **Las Reformas Procesales Penales en América Latina**. Buenos Aires: AD HOC, 2000, p. 206.



A modelagem acusatória é reconhecida com o a mais democrática de se conduzir o processo, sendo que José Frederico Marques lista suas principais características como sendo:

a) separação entre os órgãos da acusação, defesa, e julgamento, instaurando-se assim um processo de partes; b) liberdade de defesa e igualdade de posição das partes; c) a regra do contraditório; d) livre apresentação das provas pelas partes; e) regra do impulso processual autônomo, ou ativação inicial da causa pelos interessados.<sup>30</sup>

O mesmo autor defende ser esse o modelo ideal:

Os atos de colaboração, entre os interessados no litígio penal e o juiz, estão subordinados a uma forma procedimental em que não se ponha em risco a imparcialidade do órgão jurisdicional e na qual o *jus puniendi* do Estado e o direito de liberdade do réu sejam amplamente focalizados e debatidos. Nisto consiste o procedimento acusatório, único *modus procedendi* compatível com o verdadeiro processo penal.<sup>31</sup>

Para Geraldo Prado é no processo acusatório que ocorre de forma expressiva a defesa dos direitos fundamentais do acusado, protegendo-o do poder estatal de puni-lo de forma desenfreada<sup>32</sup>. Nessa modelagem são prestigiados os sujeitos e seus respectivos atos.

Paolo Tonini aponta que esse *sistema* está pautado na ideia de que a verdade se alcança com o embate entre as partes, que se motivam pelos interesses conflitantes<sup>33</sup>.

Ferrajoli aponta, ademais, que a primeira característica do processo acusatório é a distinção das partes que acusam, que defendem e que julgam, conforme excerto de sua obra abaixo:

---

<sup>30</sup> MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p.23.

<sup>31</sup> MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 49.

<sup>32</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2006. p. 113.

<sup>33</sup> TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. 11. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 26.

a separação do juiz da acusação, exigida por nosso axioma e agora indicada como primeira garantia orgânica, supõe a configuração do processo como uma relação triangular entre três sujeitos, dos quais duas partes em causa e um terceiro super partes: o acusador, o defensor e o juiz. Essa estrutura triádica forma, como se viu, a primeira característica do processo acusatório. E é indispensável para que seja garantida a equidistância do juiz em relação aos dois interessados contrapostos – a tutela dos delitos, representada pela acusação e pela tutela das punições arbitrárias, representada pela defesa -, que então correspondem aos dois escopos, perfeitamente compatíveis em abstrato, mas sempre conflitantes em concreto, que, como já dito, justificam o direito penal<sup>34</sup>.

O mesmo autor referência o papel do juiz como sendo aquele que se distancia das partes, permitindo, com isso, um julgamento imparcial:

[...] pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. [...]<sup>35</sup>

Nessa linha de raciocínio é que se aponta pela necessidade do julgador não ter acesso ao inquérito policial, pois a única finalidade deste documento é a de fornecer subsídios para que o sujeito responsável pela acusação possa proceder no oferecimento da denúncia. A importância disso é para que se evite a contaminação do julgador que, inconscientemente, irá formar seu preconceito quanto aos fatos em questão.

Na ocasião o inquérito visa elucidar os fatos investigados. Até por isso é que se defende a vedação do juiz participar da produção probatória. Lembrando que nesse momento não há litígio propriamente dito.

Com o objetivo de se extirpar a possibilidade de contaminação do magistrado, que inevitavelmente formaria preconceitos, é que na recente reforma da legislação processual penal, Lei nº. 13.964/2019, determinou que os autos da investigação não

---

<sup>34</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad, Raquel Ramalhe. 22. ed. Petropolis: Vozes, 2000, p. 535.

<sup>35</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 521.

sejam mais juntados aos autos da ação penal. Essa modificação foi com a nítida intenção de resguardar a imparcialidade do juiz que vai julgar a causa<sup>36</sup>.

Partindo dessa premissa, é possível impor a mudança da posição das partes nas audiências, pois o membro do Ministério Público deve ter assento em local similar ao do réu. Na atual configuração, é inegável que aparenta, mesmo que de forma indesejada, que o promotor é superior ao réu e que exerce a função de auxiliar do juiz. Inclusive esse é o posicionamento de Geraldo Prado, o qual defende que, para reconhecer o sistema acusatório, é necessário manter a estética de imparcialidade, com cada parte desempenhando a sua função. Veja-se:

O juiz deve ocupar uma posição equilibrada, expressada na ideia reitora do princípio do juiz natural, que se traduz na combinação da exigência da prévia determinação das regras do jogo (devido processo legal) e da imparcialidade do juiz, ou seja, as partes estarão seguras de o juiz não aderir a priori nenhuma das explicações das partes durante o processo<sup>37</sup>.

Diante disso, entende-se ser insustentável a versão de que o juiz que participou da investigação irá apagar de sua mente todas as informações que teve acesso na fase investigativa e adentrar na fase processual como se já não tivesse sua convicção quanto aos fatos investigados. É como se se reconhecesse a possibilidade sobrenatural de o juiz apagar todas suas recordações para, dessa forma, poder analisar os fatos de maneira totalmente imparcial.

Para Jacinto Coutinho, há a necessidade de deixar com as partes a gestão das provas (acusação e defesa), enquanto ao juiz compete decidir apenas a partir dessas provas produzidas, sendo inadmissível a atuação de ofício, por violar a base do sistema acusatório:

---

<sup>36</sup> Art. 3º-C. [...] § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

<sup>37</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 10.

No sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de judge made law). Na essência, o contraditório é pleno; e o juiz estatal está em posição passiva, sempre longe da colheita da prova. O processo, destarte, surge como uma disputa entre as partes que, em local público (inclusive praças), argumentavam perante o júri, o qual, enquanto sociedade, dizia a verdade, vere dictum. A par da gestão da prova não star nas mãos dos juízes, mas ser confiada às partes - aqui existentes na sua concepção mais radical -, outras características dão ao sistema acusatório uma visão distinta daquele inquisitorial<sup>38</sup>.

Defende ainda que somente com a separação das funções de acusar e de julgar é que seria possível alcançar uma verdadeira modelagem acusatória, pois há a necessidade da coexistência de duas partes em posição de igualdade e um juiz imparcial<sup>39</sup>.

Apesar disso não se estaria, aqui, retirando a possibilidade de o juiz interferir na produção probatória, mas, em verdade, o que se pretende é uma interferência discriminada.

Da mesma forma não se pode defender a figura do juiz *inerte*, que é o adotado pelo modelo chamado de adversarial, característica do sistema de partes do direito norte-americano. Nesse modelo o juiz se afasta por completo de qualquer função probatória, restando a função de controle da legalidade na instrução judicial<sup>40</sup>.

Bernd Schunemann aponta dois grandes problemas gerados com a adoção do sistema adversarial, quais sejam:

- a) o primeiro, relativo à questão da verdade a ser construída no processo, explicitando a necessidade de consideração de 'todas as

---

<sup>38</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 03.

<sup>39</sup> WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio Versus Inquisitivo. Reflexiones Acerca Del Proceso Penal. In WINTER, Lorena Bachmaier (Org.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 37.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 15.

fontes de conhecimento existentes', e não somente aquelas trazidas pelas partes; e,  
b) por isso, e seria o segundo problema do citado modelo, à necessidade de comunicação do juiz com as partes e com as provas, bem como a rejeição ao juiz inerte.<sup>41</sup>

O que se extrai das assertivas trazidas até o momento, é que a separação entre o modelo inquisitório e o acusatório é meramente ideal, tendo em vista que todos os modelos aplicados são, na prática, uma junção de ambos.

Weber nos orienta a utilizar os tipos ideais como conceitos exagerados, genéricos e abstratos, com o intuito de facilitar o conhecimento humano, com a intenção de permitir que o investigador possa medir uma determinada realidade, sem a intenção de apresentar conceitos fechados.<sup>42</sup>

Em decorrência desse fato, denota-se a incoerência, por parte da doutrina, quando se fala na existência de um sistema misto.

As características marcantes do sistema acusatório são evidenciadas pelo Paolo Tonini, apontando que a ação penal se inicia com a provocação do órgão acusador, que as partes e o juiz tem poder instrutório, o processo tramita de forma oral, como regra, sempre respeitando o contraditório entre as partes, o acusado é considerado inocente e a prisão antes da sentença é uma exceção, como se denota do trecho abaixo:

*il giudice inizia il processo soltanto su iniziativa di parte; le parti, e non il giudice, ricercano la prova; il processo è orale nel senso che di regola il giudice decide sulla base di dichiarazioni rese oralmente e nel contraddittorio tra le parti; l'imputato è presunto innocente; sono previsti limiti alla ammissione delle prove; la carcerazione prima della sentenza è una eccezione.<sup>43</sup>*

Alberto Binder defende que o modelo inquisitorial e o acusatório tiveram várias modelagens das quais podemos citar as aplicadas na época da caça aos

---

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 13.

<sup>42</sup> WEBER, Max. **A "objetividade" do conhecimento nas Ciências Sociais**. Tradução de Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, 1986, p. 110.

<sup>43</sup> TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. 11. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 26.

hereges e às bruxas e das mais recentes implementadas no modelo napoleônico<sup>44</sup>. Já neste último, se introduzidas algumas regras e princípios do sistema acusatório. Ocorre que mesmo com essa introdução a ideia matriz se manteve a mesma.

Essa visão é que defendemos, por entender que não se pode taxar o sistema acusatório como sendo aquele que segue essa ou aquela posição. O que existe são modelagens de sistemas que são aplicadas nas diferentes localidades do mundo, sendo impossível se apresentar um conceito único e completo. O que se deve ter em mente são os princípios fundantes para que possamos definir qual seria a modelagem de sistema adotado.

Além desses dois sistemas, temos ainda o Sistema Misto que se passa abordar em seguida.

### 1.1.3 Modelagem “misto”

Alguns doutrinadores defendem que a atual modelagem do sistema processual aplicado atualmente no Código de Processo Penal brasileiro seria o “misto”. Dentre eles podemos citar Guilherme de Souza Nucci, que também denomina esse sistema como inquisitivo-acusatório, inquisitivo garantista ou acusatório mitigado. A modelagem seria “misto” por aplicar a modelagem inquisitiva na fase pré-processual e a acusatória na fase processual<sup>45</sup>.

Para Tourinho Filho esse modelo processual teria se caracterizaria por possuir três etapas, quais sejam: “a) investigação preliminar (de la policie judiciaire), dando lugar aos procès verbaux; b) instrução preparatória (instruction préparatoire); e c) fase do julgamento (de jugement)”<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> BINDER, Alberto. **Código del Proceso Penal** – Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay. Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, 2018, p 11-31.

<sup>45</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

<sup>46</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal** - Volume I. 35. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 90.

Para Gustavo Badaró sempre ocorreu uma alternância entre os modelos acusatório e inquisitório, como se verifica do trecho de sua obra:

[...] a história do processo penal é geralmente reconstruída como a história da alternância dos modelos acusatório e inquisitório, com destaque para o momento em que se buscou fundir os sistemas, criando um 'sistema misto', por meio do *Code d' instruction criminelle* de 1808<sup>47</sup>.

Esse também é o entendimento de Aury Lopes Júnior<sup>48</sup> que atribui o surgimento da classificação de sistema processual penal mista ao *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, pelo fato de ter sido o primeiro a prever a separação da fase da investigação com a do juízo. Esse código é atribuído ao Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, que era um jurista de confiança de Napoleão Bonaparte.

Esse *Code* também conhecido como Código de Napoleão, foi utilizado como fonte inspiradora para boa parte dos códigos de processo penal dos países da América Latina<sup>49</sup>.

Essa modelagem ocasionava enorme prejuízo para a defesa, tendo em vista a colheita das provas, inclusive na instrução, ocorrer de forma secreta, com a participação somente do juiz instrutor.

Nessa mesma esteira, Aury Lopes Júnior destaca como que se procedia, destacando o seguinte:

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquirição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos

---

<sup>47</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 101.

<sup>48</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129.

<sup>49</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 133.

no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase<sup>50</sup>.

Apesar da visão dos que defendem a ocorrência do sistema misto, Marcellus Polastri Lima aponta que que

nunca existiu um 'sistema puro', e mesmo que a doutrina só identifique um 'sistema misto' que teria vigorado a partir do séc. XVII, na realidade, sempre houve certa mistura e alternância entre os sistemas processuais, e até nos dias hoje vem se acentuando a mistura e influência de um sistema em outro sistema pré-estabelecido predominante na legislação de certo país.<sup>51</sup>

O referido autor defende a compatibilização do sistema aplicado no Código de Processo Penal com a Constituição da República ao afirmar que:

Os princípios norteadores do sistema, advindo da Constituição, possuem inspiração acusatória (ampla defesa, contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz, presunção de inocência, etc). Porém, é parente que o corpo legislativo processual penal, estruturado pelo Código de Processo Penal e leis especiais, utilizado no dia-a-dia forense, instruindo feitos e produzindo soluções às causas, possui institutos advindo tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitivo. Não há qualquer pureza na mescla dessas regras, emergindo daí o sistema misto. [...] O advento de um sistema acusatório puro, afastando-se completamente resquícios de trato inquisitivo, depende da edição de lei, pois somente os princípios constitucionais não são suficientes para comandar a instrução do feito, desde a ocorrência de crime até o trânsito em julgado da decisão condenatória.<sup>52</sup>

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho discorda quanto à existência do sistema misto, pelo fato da não existência de sistemas puros, como idealizados. Aponta o autor que só formalmente se pode considerar a existência do sistema misto:

o dito *sistema misto*, reformador ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo

---

<sup>50</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 130.

<sup>51</sup> LIMA, Marcellus Polastri. A chamada "verdade real" sua evolução e o convencimento judicial. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). **Verdade e prova no processo penal**: Estudos em homenagem ao professo Michele Taruffo. 1. ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 229.

<sup>52</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.



(características secundárias) proveniente do *sistema acusatório*, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do *sistema inquisitório*. Por isto, só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador, até porque até aqui, quiçá, o ponto de partida da alienação que se verifica no operador do direito, mormente o processual, descompromissando-o diante de um atuar que o sistema está a exigir ou, pior, não o imunizando contra os vícios gerados por ele.<sup>53</sup>

Nessa mesma linha de entendimento quanto a inexistência do *sistema misto* é a lição de Frederico Marques:

chamado sistema misto ou francês, com instrução definitiva e posterior juízo contraditório e de forma amplamente acusatória, também não pode informar nossas leis do processo, porque a existir esse procedimento escalonado, com *judicium accusationis* e *judicium causae*, necessário se torna que o primeiro também tenha forma acusatória. Daí ter sido abolida a instrução preparatória, por inútil, salvo para os procedimentos em que o julgamento final é proferido pelo Júri.<sup>54</sup>

Para identificar qual modelagem está em predominância, no caso concreto, há necessidade de se analisar a sua essência, o núcleo fundante que se utiliza o código, o que Aury Lopes identifica como sendo o “princípio formador de cada *sistema*”.<sup>55</sup>

Com o intuito de facilitar o entendimento da diferença entre os sistemas, deve-se ter em mente que o modelo inquisitorial é regido pelo princípio inquisitivo, sendo o julgador um interventor e produtor de provas. Já o modelo acusatório é regido pelo princípio dispositivo, no qual o julgador é totalmente alheio à produção de provas e sua decisão é com base nas provas produzidas pelas partes no processo.

A característica dessa modelagem “mista” é a existência de duas fases: na primeira predomina o modelo inquisitivo, pré-processual; na segunda há

---

<sup>53</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16.

<sup>54</sup> MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 63-64.

<sup>55</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 124.

predominância acusatória, processual. Até por isso podemos tratar o sistema misto como sendo um *alien*, ao ser filiado a duas vertentes totalmente incompatíveis.

Ferrajoli questiona o *sistema misto*, inclusive adjetivando como um “*monstruo, nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo, que fue el llamado proceso mixto*”<sup>56</sup>.

Carvalho aponta que o *sistema misto*, concebido pelo Código Napoleônico, visa apresentar uma nova roupagem com a intenção de se manter a concentração dos poderes instrutórios na figura do juiz, apontando ainda que “Napoleão recriou um Justiniano imaginário, personagem simbólico outrora venerado pelos medievais, edificadores do Direito Canônico pontifício.”<sup>57</sup>.

O que a modelagem “mista” denota é que estamos diante de uma alma inquisitória e um corpo acusatório. Em outras palavras, apesar de aparentemente estarmos olhando para um acusatório, em suma estamos diante de um inquisitório<sup>58</sup>.

A defesa pela insistência da dita modelagem “mista” decorre muito pelo fato de possuírem elementos lógicos diametricamente opostos entre si. Dentre elas a que mais evidencia a impossibilidade de misturar, seria a separação ou concentração das funções de acusar e julgar a um único órgão. Todavia, este não seria o fator responsável ao desencadeamento dessa contraposição ou distinção.

Entendemos ser impossível o reconhecimento da existência do sistema misto. Ambos modelos são tão incompatíveis quanto a água é do óleo, que podemos até tentar misturar, mas na prática a unificação é inexecutável. Assim, ou o sistema é acusatório ou é inquisitório, sendo que o diferenciador é o princípio que prepondera.

---

<sup>56</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón** – teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco; Rocío Cantarero Bandrés. 2. ed. Madri: Trotta, 1997, p. 566.

<sup>57</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 134.

<sup>58</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16.

Com essas premissas, objetiva-se apontar a atual situação do processo penal nos países da América Latina, para poder entender a origem da discussão e os fundamentos utilizados.

## 1.2 A reforma nos modelos processuais penais na América Latina

A América Latina está vivenciando modificações profundas, em razão da consolidação de novas democracias que decorre do abandono de ditaduras militares. A Colômbia, a Venezuela, o México e outros países da América Central não sofreram golpes militares. Mesmo os países que não experienciaram uma intervenção militar, a exemplo do México, estão passando pelo mesmo processo de reestruturação.<sup>59</sup>

Nesse viés, a escolha pelo acolhimento entre um dos sistemas processuais é, em primeiro lugar, uma questão de opção política quanto a aplicação de um sistema autoritário ou democrático<sup>60</sup>.

A principal influência, no passado, para os diversos códigos de processos penais na América Latina, foi proveniente da França, com a introdução por Napoleão do *Code d'instruction criminelle* em 1808, o qual implementou o chamado modelo misto caracterizado pela adoção de investigações secretas e escritas, no qual havia um pré-julgamento, ocasião em que o acusado tinha seus direitos limitados<sup>61</sup>.

Logo essa ideia foi disseminada em toda a Europa, inclusive na Espanha, o que proporcionou sua adoção em vários países da América Latina, dentre eles:

---

<sup>59</sup> D'ARAUJO, Maria Celina. Densidade democrática e instabilidade na redemocratização latino-americana. In: FICO, Carlos; FERREIRA, Marieta de Moraes; ARAUJO, Maria Paula; QUADRAT, Samantha Viz. (org.). **Ditadora e Democracia na América Latina: balanço histórico e perspectivas**. Rio de Janeiro: FGV Editorial, 2007.

<sup>60</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 67.

<sup>61</sup> LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, dez. 2017.

Argentina em 1888, Chile em 1906, Guatemala em 1977 e 1898, Paraguai em 1890, Peru em 1862 e Brasil em 1941<sup>62</sup>.

Esse *Code* foi marcante por adotar um modelo inquisitorial, na fase pré-processual (também conhecida como *resumo* ou *instrução*), e um modelo acusatório, na fase processual (geralmente chamada de *plenária* ou *juízo*).<sup>63</sup>

Uma característica marcante é que na fase pré-processual o direito era restrito, não havendo direito de acesso à produção probatória, ainda mais pelo fato de ter sido mantido em segredo do réu e de seu advogado. Muito do trabalho investigativo foi deixado para os juízes mais do que os dos promotores, reproduzindo uma lógica do sistema inquisitório<sup>64</sup>.

Já a fase de julgamento se caracteriza pela adoção de forma mais predominante do sistema acusatório, ocasião em que ocorre a designação de um promotor com o objetivo de promover a acusação contra o réu. Nesse momento, já é permitido ao réu e seu advogado o acesso total ao processo e a produção probatória. Mesmo considerando essa fase acusatória, ela mantinha traços inquisitoriais em decorrência da possibilidade de o juiz proferir decisão se utilizando dos documentos constantes do dossiê produzidos durante a fase pré-processual<sup>65</sup>.

Para Frederico Marques aponta que:

chamado sistema misto ou francês, com instrução definitiva e posterior juízo contraditório e de forma amplamente acusatória, também não pode informar nossas leis do processo, porque a existir esse procedimento escalonado, com *judicium accusationis* e *judicium*

---

<sup>62</sup> AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Criminalidade e Justiça Penal na América Latina**. Sociologias, Porto Alegre, v. 7, n. 13, p. 212-241, jan-jun 2005.

<sup>63</sup> LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, dez. 2017, p. 14.

<sup>64</sup> ACUÑA, Carlos H.; ALONSO, Gabriela. **La Reforma Judicial en América Latina: un estudio político-institucional de las reformas judiciales en Argentina, Brasil, Chile y México**. Working Paper, Departamento de Humanidades. Buenos Aires: Universidad de San Andrés, 2003, p. 2.

<sup>65</sup> LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, dez. 2017, p. 15.

*causae*, necessário se torna que o primeiro também tenha forma acusatória. Daí ter sido abolida a instrução preparatória, por inútil, salvo para os procedimentos em que o julgamento final é proferido pelo Júri.<sup>66</sup>

Guilherme de Souza Nucci aponta as principais características do *Code d'instruction criminelle* como sendo a divisão do processo penal em duas distintas fases: 1ª) a instrução ou sumário, com a presença marcante de elementos do procedimento inquisitivo, por meio de procedimentos secretos, escritos e de iniciativa judicial, e; 2ª) o plenário ou fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório, evidenciada pela oralidade, publicidade, contraditório, concentração e a intervenção dos juízes populares numa livre apreciação de provas.<sup>67</sup>

Destaca-se, ademais, que o mesmo juiz era responsável pelas duas fases (pré-processual e julgamento).

Em decorrência destas questões é que os códigos de processo penal utilizados na América Latina são historicamente caracterizados por possuírem uma matriz inquisitiva, inclusive porque, nos últimos 42 anos, vem sendo debatido quanto à necessidade de se adotar novos modelos de códigos baseados no modelo acusatório.

Pode ser utilizado como marco para essa mudança de pensamento a criação do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, fundado em Montevideu em 1957, e a V Jornada Ibero-Americana de Cartagena, ocorrida em 1977, que será melhor explanado adiante.

Atualmente, 14 países<sup>68</sup> e um número expressivo de províncias da Argentina<sup>69</sup> já procederam a substituição de seus códigos de processo penal, abandonando por

---

<sup>66</sup> MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 63-64.

<sup>67</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 147.

<sup>68</sup> Argentina (Província de Córdoba) (1991), Guatemala (1992), Costa Rica (1996), El Salvador (1996), Venezuela (1998), Paraguai (1998), Argentina (Província de Buenos Aires) (1998), Bolívia (1999), Honduras (1999), Equador (1999), Chile (2000), República Dominicana (2002), Colômbia (2004), Peru (2004), Província de Chubut (Argentina) (2006), México (2014), Província de Tucumán (Argentina)

completo seus velhos códigos baseados em matrizes inquisitórias. O Brasil é o único país da América Latina que ainda não procedeu a substituição do seu código de processo penal, baseado na sua origem em uma matriz inquisitória, para um novo código de processo penal embasado em uma matriz acusatória.

Apesar do Brasil não ter procedido na substituição de seu código, inquestionável que tem realizado reformas pontuais com o intuito de aproximar ainda mais de uma modelagem acusatória moderna. Destaca-se a recente reforma ocasionada pela Lei n. 13.964/19, que instituiu o juiz das garantias, a proibição dos autos da investigação serem anexados ao processo enviados ao juiz da instrução e julgamento.

Tudo se iniciou com interesses correlacionados de abandonar os velhos sistemas de justiça arcaicos e de se instalar códigos de processos penais carregados de valores democráticos em todos os países da América Latina. Observa-se que essa ruptura decorre de um longo período ditatorial que muitos países passaram, ocasião na qual ficou demonstrada a extrema fragilidade das instituições. Essa mudança tem por objetivo fortalecer os órgãos de persecução e proteger as garantias individuais e os direitos fundamentais.<sup>70</sup>

Como apontado por Aury Lopes, os países que se filiam ao sistema acusatório têm como característica comum o fato de suas democracias serem mais fortalecidas, conforme se constata em trecho da sua obra:

Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se

---

(2016) e Uruguai (2017). (LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, dez. 2017, p. 16)

<sup>69</sup> A República Argentina é composta de 23 (vinte e três) províncias e uma cidade autônoma, a sua capital Buenos Aires, que possuem independência legislativa na esfera de processo penal.

<sup>70</sup> GONZÁLES PORTIGO, Leonel. **Bases da reforma processual penal no Brasil**: lições a parti da experiência na América Latina. Em *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: CEJA. 2017, p. 17.

fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais<sup>71</sup>.

Hodiernamente, para se medir o nível de uma democracia, é necessário levar em consideração o seu empenho em resguardar os direitos humanos. Nesse sentido, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo destaca como bens tutelados a “integridade física dos indivíduos, primazia do Direito, liberdade de expressão, participação política e igualdade de oportunidades.”<sup>72</sup>

A maturação de uma democracia depende de diversos fatores, mas o que é mais facilmente notável para seu retardo é a influência dos resquícios do regime anterior e, também, a falta de capacidade de solucionar problemas na consolidação de um sistema penal garantido pelos direitos fundamentais.

Nesse contexto, vale ressaltar que o atual Código de Processo Penal é datado de 1941, com forte influência de políticas autoritárias, e, embora tenha passado por modificações legislativas e pelas alterações das Constituições de 1946, 1967, Emenda Constitucional nº1/1969 (Ditadura Militar) e a de 1988, sua característica inquisitiva ainda vigora nos dias atuais.

Para a modificação do sistema processual, ainda mais no âmbito da América Latina, há a necessidade de uma drástica interferência cultural, por pressupor uma opção ético-política afirmativa dos valores que determinado país pretende adotar.

Os países ibero-americanos que obtiveram êxito no abandono do modelo inquisitório e adotaram o modelo acusatório apresentam algumas características comuns, destacando-se o abandono de longos regimes ditatoriais, com a peculiar adoção de processos eminentemente secretos, a necessidade de reestruturar as

---

<sup>71</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>72</sup> AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Criminalidade e Justiça Penal na América Latina. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 7, n. 13, p. 212-241, jan.-jun. 2005.

instituições do sistema democrático, o debate quanto a essencial imparcialidade do juiz e a conveniência de as audiências serem públicas<sup>73</sup>.

Um marco histórico pode ser apontado como sendo a fundação do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual em 1957, evento que visava homenagear a memória de Eduardo J. Couture<sup>74</sup>.

A partir desse momento se inicia os estudo quanto à adoção de uma modelagem acusatória para a América Latina. Necessário pontuar, prefacialmente, que os códigos de processo penal tinham uma característica marcante quanto ao acolhimento do sistema inquisitivo.

Ocorre que a discussão quanto à reformulação do processo penal, no âmbito de qualquer dos países, exige um grande esforço de diversos setores, envolvendo governos, universidades, instituições das mais variadas e toda a sociedade, uma vez que mais do que uma atribuição do legislativo, há questões culturais envolvidas para conseguir abandonar a matriz inquisitiva. Mas é inquestionável que para ocorrer uma mudança no sistema processual penal o debate político sobrepuja o técnico-processual, tendo em vista que essa escolha decorre do próprio modelo que o Estado institui e das relações do Estado com seus cidadãos<sup>75</sup>.

Nesse sentido, Alberto Binder<sup>76</sup> propõe a implementação de propostas para que a construção do sistema adversarial (acusatório) tenha êxito. Uma delas seria a ruptura total com as práticas atuais com a finalidade de se passar a utilizar as regras do modelo adversarial. Para tanto, alerta que, para que isso ocorra, são necessárias mudanças que transcendam a mudança legislativa e, que é possível o

---

<sup>73</sup> GONZÁLES PORTIGO, Leonel. **Bases da reforma processual penal no Brasil**: lições a parti da experiência na América Latina. Em *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017.

<sup>74</sup> Ver Apresentação institucional. Disponível em: <http://www.iibdp.org/pt/o-instituto/2015-07-15-18-12-33/apresentacao-institucional.html>. Acesso em 21 de jan. 2020.

<sup>75</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 106.

<sup>76</sup> BINDER, Alberto. **Código del Proceso Penal** – Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay. Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, 2018, p. 11-31.



enfrentamento entre a mentalidade inquisitória e as novas formas de atuação moldadas na acusatória.

Ao final, espera-se que se chegue a um meio termo denominado por Binder de “um ponto de equilíbrio entre o velho e o novo”. Ocorre que há a necessidade do esforço mútuo a partir do início de vigência do novo código, para que se chegue mais rápido a esse “ponto de equilíbrio”, que pode durar alguns anos até que sejamos capazes de aceitar essa nova forma de visualizar o sistema de justiça penal.

Discorreremos a seguir como que se deu essa mudança nas duas referências na América Latina, quais sejam, na Argentina e no Chile, sendo que na primeira “os magistrados podem ordenar de ofício todas as diligências necessárias ao descobrimento da verdade”<sup>77</sup> e no segundo ao magistrado é vedada a sua atuação de ofício<sup>78</sup>.

Essa análise tem o intuito de explicar como ocorreu esse fenômeno da modificação dos Códigos de Processos Penais nesses países.

### 1.2.1 Argentina

A Argentina é uma federação que relançou a democracia em 1983, após um longo período de instabilidade política, que se iniciou com o golpe militar de 1930. Nesse país vigora o sistema jurídico da *civil law* e adota um código de processo penal para cada uma das 23 províncias. Apesar de possuírem autonomia legislativa,

---

<sup>77</sup> BRENTEL, Camilla. A disciplina da prova no processo penal argentino. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de.; MORAES, Maurício Zanoide de. (coords.). **Provas no processo penal** – estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84

<sup>78</sup> LOPES, Mariângela Tomé. O sistema probatório no código de processo penal chileno. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de.; MORAES, Maurício Zanoide de. (coords.). **Provas no processo penal** – estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146.

devem respeitar os princípios fundamentais da Constituição Nacional, a constituição provincial e o respectivo código de procedimentos penais.<sup>79</sup>

Os códigos de processo penal possuem características fortes do sistema misto clássico composta por três fases processuais, sendo elas: uma fase investigativa pré-processual conduzida pela polícia judiciária, a *instrucción* (também chamada de *investigación previa* ou *sumário*) e o *juicio oral*<sup>80</sup>.

O golpe militar se deu no dia 10 de Setembro de 1930 e teve a legitimidade do novo governo reconhecida pela Corte Suprema de Justiça da Nação. Durante o período de instabilidade foi sendo ampliado os poderes legislativos, que ocasionou a remoção dos juízes e funcionários judiciais e dos membros do Tribunal. Somados todos esses fatores resultou numa baixa confiabilidade nos membros Corte Suprema e no sistema processual penal adotado, tendo em vista a inconsistência das estruturas judiciais e legais adotadas.<sup>81</sup>

Em 1937 Amadeo Sabattini do Partido Radical, o então governador de Córdoba, constituiu uma comissão com o objetivo de elaborar um novo código de processo penal para essa província. Para ocupar essa comissão foram nomeados os professores liberais da Universidade Nacional de Córdoba: Alfredo Vélez Mariconde e Sebastián Soler.

O trabalho feito pela comissão se baseou no Código de Processo Penal italiano de 1913 e 1930. Apesar disso os juristas se preocuparam em analisar cada dispositivo, de forma crítica, com o intuito de atender as necessidades e realidades da província de Córdoba.

---

<sup>79</sup> BRENTEL, Camilla. A disciplina da prova no processo penal argentino. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de.; MORAES, Maurício Zanoide de. (coords.). **Provas no processo penal** – estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81

<sup>80</sup> BRENTEL, Camilla. A disciplina da prova no processo penal argentino. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de.; MORAES, Maurício Zanoide de. (coords.). **Provas no processo penal** – estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86

<sup>81</sup> ACUÑA, Carlos H.; ALONSO, Gabriela. **La Reforma Judicial en América Latina: Un estudio político-institucional de las reformas judiciales en Argentina, Brasil, Chile y México**. Working Paper, Departamento de Humanidades. Buenos Aires: Universidad de San Andrés, 2003, p. 04.

Ao final esse novo Código de Córdoba demonstrou a intenção de seguir o modelo acusatório, ao estabelecer os julgamentos públicos e orais, ampliando os direitos da defesa na fase pré-processual, concedendo ao promotor atribuições investigativas na fase de pré-julgamento de infrações não graves. Apesar disso esse Código ainda manteve várias características do modelo inquisitório ao excluir os juízes leigos, adotar a regra da acusação compulsória e atribuir ao juiz a função de investigar as infrações graves na fase pré-julgamento.<sup>82</sup>

A intenção dos professores era de abandonar os antigos códigos, com viés inquisitórios, por estarem em desconformidade com a Constituição Argentina, que prega o fortalecimento da democracia, e com a tendência dos demais países da América Latina em adotar códigos que pregassem a adoção do modelo acusatório. Por essas questões que ficou conhecido com o “códigos modernos”<sup>83</sup>, até por isso foi utilizado como modelo para diversas outras províncias argentinas, tais como: Santiago del Estero (1941), San Luis (1947), Jujuy (1950), La Rioja (1950), Mendoza (1950), Catamarca (1959), Salta (1961), San Juan (1961), Entre Ríos (1969), Corrientes (1971) e Chaco (1971) todas adotaram os “códigos modernos”<sup>84</sup>.

Na Quinta Conferência do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, o Código de Processo Penal de Córdoba foi reconhecido como modelo a ser seguido para os demais países da região. Em decorrência disso foi que a Costa Rica, em 1973, utilizou esse código como referência<sup>85</sup>.

Apesar do aval do Instituto, o Código somente não foi adotado pelo restante da Argentina e demais países da América Latina, em razão da instabilidade vivenciada no decorrer das décadas de 1950 até 1970.

---

<sup>82</sup> LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, dez. 2017.

<sup>83</sup> MAIER, Julio B. J. **I Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Del Puerto, 1996, p. 422.

<sup>84</sup> LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, dez. 2017.

<sup>85</sup> MAIER, Julio B. J. **I Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Del Puerto, 1996, p. 422.

A reintegração democrática, ocorrida em 1983, veio carregada de fortes expectativas em relação a atuação do Judiciário, uma vez que se esperava a validação dos direitos humanos e da sanção aos responsáveis por violações durante a ditadura militar anterior, a transição e o governo de Raúl Alfonsín. A partir de então a Argentina se deparou com um Poder Judiciário renovado, neutro quanto às influências militares.<sup>86</sup>

A primeira etapa na reforma do sistema de justiça argentino foi focada na atualização dos códigos de processo penal, que se deu em 1991<sup>87</sup>, seguindo a tendência pela adoção do modelo processual acusatório de tradição garantista.<sup>88</sup>

Nesse código há a previsão do juiz, na instrução, produzir de ofício todas as provas que entenda necessárias para se alcançar a verdade real<sup>89</sup>.

### 1.2.2 Chile

A Constituição democrática chilena, promulgada em 1925, contém garantias cruciais, dentre elas podem ser citadas a vitaliciedade para os juízes e a irredutibilidade do salário.

Esse país vivenciou um período com muita agitação que o levou a um alto grau de polarização, passando por três revoluções em menos de uma geração<sup>90</sup>. Em

---

<sup>86</sup> ACUÑA, Carlos H.; ALONSO, Gabriela. **La Reforma Judicial en América Latina: un estudio político-institucional de las reformas judiciales en Argentina, Brasil, Chile y México**. Working Paper, Departamento de Humanidades. Buenos Aires: Universidad de San Andrés, 2003, p. 05.

<sup>87</sup> ARGENTINA. **Ley 23.984** de 21 de agosto do 1991. Nación el Código Procesal Penal. Disponível em: [https://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/\(\\$IDWeb\)/9A3E18F9FF5ACB83032569B3005915C6](https://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/($IDWeb)/9A3E18F9FF5ACB83032569B3005915C6). Acessado em: 20 fev. 2020.

<sup>88</sup> BRENTEL, Camilla. A disciplina da prova no processo penal argentino. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de.; MORAES, Maurício Zanoide de. (coords.). **Provas no processo penal** – estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83

<sup>89</sup> BRENTEL, Camilla. A disciplina da prova no processo penal argentino. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de.; MORAES, Maurício Zanoide de. (coords.). **Provas no processo penal** – estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84

<sup>90</sup> Essas três revoluções seriam a “revolução em liberdade”, que vigorou em meados da década de sessenta, a “revolução socialista com sabor de empanadas e vinho tinto”, no início da década de setenta, e “contra-revolução capitalista”, em meados da década de setenta. (ARAVENA, Francisco

cada um desses períodos ocorreram mudanças intensas na estrutura social, econômica, política e cultural do País<sup>91</sup>.

Sua transição para a democracia teve início em 1990, com o primeiro presidente democraticamente eleito desde 1973, ocasião em que foi eleito Patricio Aylwin. Como assinalado na seção anterior, naquele ano escuro Salvador Allende foi derrubado por um golpe militar que inaugurou um período de dezessete anos de regime autoritário.

O Chile conseguiu recuperar o caminho em busca da democracia em 1988, com a derrota do regime militar no plebiscito, ocasião em que se iniciou um processo de transição. Atualmente a democracia no Chile é considerada densa comparando com à maioria dos países da América Latina. Isso foi possível alcançar com a volta das instituições democráticas historicamente enraizadas<sup>92</sup>.

Sem contar que o Chile é apontado como referência com relação ao desenvolvimento econômico e aperfeiçoamento dos indicadores sociais, dentre eles se destaca a redução da pobreza. Por esse motivo é considerado por políticos e agências financeiras um modelo de democracia e desenvolvimento econômico<sup>93</sup>.

Durante o período ditatorial, o Poder Judiciário sofreu fortes críticas, em razão de não ter reagido ao governo militar, em especial o Supremo Tribunal, que deixou de atuar com vigor com relação às detenções e desaparecimentos ilegais de pessoas e, por aceitar sem escrutínio a versão militar-oficial de questões controversas.

---

Rojas. Chile: mudança política e inserção internacional, 1964-1997. **Revista Brasileira de Política Internacional**, vol.40, n. 2, jul.-dez. 1997).

<sup>91</sup> Valenzuela, Arturo. **The Breakdown of Democratic Regimes: Chile**. The John Hopkins University Press, Baltimore, 1978.

<sup>92</sup> DRAKE, Paul; JAKSIC, Iván. El "Modelo" Chileno: Democracia y Desarrollo em los Noventa. *In.*: DRAKE, Paul; JAKSIC, Iván (org.). **El modelo chileno: Democracia y desarrollo en los noventa**. Santiago: Editorial LOM, 2002.

<sup>93</sup> DRAKE, Paul; JAKSIC, Iván. El "Modelo" Chileno: Democracia y Desarrollo em los Noventa. *In.*: DRAKE, Paul; JAKSIC, Iván (org.). **El modelo chileno: Democracia y desarrollo en los noventa**. Santiago: Editorial LOM, 2002.

O último governo autoritário foi o de Augusto Pinochet, iniciado em 11 de setembro de 1973, e, fechou um período de quatro décadas durante o qual se produziu um distanciamento entre os militares e civis.

O retorno do Chile para o rumo da democracia teve um marco que se deu no plebiscito de 30 de agosto 1988. Nessa ocasião boa parte da população, aproximadamente 55%, votou contra a permanência do governo militar e do general Pinochet. Essa votação expressou a vontade de seguir novos rumos reabrindo a oportunidade democrática<sup>94</sup>.

Em dezembro de 1989 foi eleito Patricio Aylwin como presidente, que se deu com a coalisão de partidos pela democracia. Sua proposta de governo era de alcançar a reconciliação nacional, especialmente a democratização da estrutura judicial. Apesar de ter apresentado vários projetos de lei ao Congresso, objetivando a reforma do judiciário, a oposição conservadora conseguiu obstruir diversas propostas.

Em 1993 foi eleito Eduardo Frei Ruiz-Tagle, como presidente, obtendo 58% dos votos, iniciando seu mandato em 1994, tendo perdurado por seis anos. Sua proposta era de modernizar o país, o que ocasionou um salto qualitativo em seu desenvolvimento. Dentre essas reformas se destaca a constitucional que provocou mudanças em temas relevantes de direitos humanos e normas autoritárias, por entender que não haveria modernização econômica e social sem um marco democrático efetivo.

A reforma no judiciário se inicia com a criação da Academia Judicial, em 1996, pois até esse momento o acesso ao Supremo Tribunal ou aos Tribunais de Recurso se davam por livre escolha do presidente, o que levava, muitas vezes, a escolhas guiadas por fatores pessoais.

---

<sup>94</sup> PAUL W. Drake; Iván Jaksic. **The Struggle for Democracy in Chile**. University of Nebraska Press, 1995, p. 13.

Com o advento da Academia esse processo passou a ser baseado no mérito, no qual o candidato deve ser aprovado em um programa de treinamento especial oferecido pela própria Academia.

Outros objetivos estabelecidos pela Academia consistem em oferecer educação legal mantido para servir magistrados, bem como melhorar a imagem do poder judiciário, maneira de atrair mais candidatos valiosos para inclusão na lista final. Mas também havia uma "agenda oculta", isto é, o propósito de começar a eliminar a tradição formalista do judiciário e para incentivar um Poder Judiciário caracterizado por uma interpretação e aplicação muito mais realistas da lei, mais ligada à seu ambiente e em sintonia com o seu papel social.

O Chile tem há vários anos um dos sistemas de processo penal acusatório mais modernos da América Latina, inclusive há previsão da investigação criminal caber ao Ministério Público, lá chamado "*fiscales*".

Artículo 3° - Exclusividad de la investigación penal. El ministerio público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley.<sup>95</sup>

Para ocorrer a reforma do judiciário, em especial o do Código de Processo Penal, foi necessária uma completa mudança na legislação e a instalação de novas instituições.<sup>96</sup>

É certo que o processo de mudança realizado no Chile teve uma forte influência da academia, que introduziu uma nova forma de pensar e proporcionou o ingresso de candidatos ao judiciário mais qualificados e com uma nova visão.

Nessa onda de evolução, foi apresentada a proposta de um novo Código de Processo Penal e legislação complementar ao Legislativo chileno em 1997. A

---

<sup>95</sup> CHILE. **Ley 19.696**, de 29 de setembro de 2000. Código Procesal Penal. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>. Acessado em: 20 fev. 2020.

<sup>96</sup> BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. **Evaluación de la Reforma Procesal Penal**: Estado de una Reforma em Marcha. Universidad Diego Portales Facultad de Derecho. Santiago-Chile. 2003, p. 33

estrutura normativa desta reforma foi baseada no chamado Código de Processo Penal Modelo para a América Latina.<sup>97</sup>

### *1.2.3A origem do Código Modelo utilizado como inspiração para as reformas*

O marco inicial para a ampla reforma sofrida nos Códigos de Processo Penal na América Latina foi a criação do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, fundado em Montevideú durante as “Primeiras Jornadas Latino-Americanas de Direito Processual”, evento ocorrido em 1957, que visava homenagear a memória de Eduardo J. Couture.<sup>98</sup>

Na ocasião da cerimônia de encerramento do aludido evento, o professor brasileiro Russomano propôs a criação de um Instituto Americano de Direito Processual, que desde 1970 leva o nome de Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.

Com a fundação do Instituto, deu-se início ao projeto de criação de um código modelo para os países ibero-americanos, tendo sido nomeados Vélez Mariconde e Clariá Olmedo, em 1967, para serem os precursores desse projeto e poder dar início à sua formulação.

Em 1978, na VI Conferência do Instituto Ibero-Americano na Venezuela, foi apresentado praticamente um código completo por Clariá, tendo em vista o falecimento de Vélez. Nesse mesmo evento, foi designada uma comissão de juristas com a finalidade de dar continuidade ao trabalho, tendo sido nomeado Júlio Maier como membro.

Em 1981, na conferência realizada na Guatemala, Júlio Maier apresentou os primeiros 100 artigos. Após esse evento, Maier decidiu por se afastar desse projeto,

---

<sup>97</sup> ACUÑA, Carlos H.; ALONSO, Gabriela. **La Reforma Judicial en América Latina: un estudio político-institucional de las reformas judiciales en Argentina, Brasil, Chile y México.** Working Paper, Departamento de Humanidades. Buenos Aires: Universidad de San Andrés, 2003.

<sup>98</sup> Ver Apresentação institucional. <http://www.iibdp.org/pt/o-instituto/2015-07-15-18-12-33/apresentacao-institucional.html>. Acessado em 21 de jan. 2020.



o que perdurou até 1986, quando se uniu à professora brasileira Ada Pellegrini Grinover. Em 1988, na XI Conferência do Instituto Ibero-Americano realizada no Brasil, Maier apresentou na sua integralidade o Código de Processo Penal Modelo para a América Latina, tendo sido aprovado pelo Instituto.

A ideia de uniformizar a legislação de comunidades culturais homogêneas, mesmo que de forma conceitual, pois não ignora as características próprias de cada país.

A ideia do Código Modelo não é a de que ele seja replicado na sua integralidade por todos os países, como se fosse um tratado internacional, mas que sua essência seja respeitada. Tanto isso é verdade que existem algumas versões alternativas de regulamentações específicas, com a finalidade que diferentes países possam se adequar à sua realidade.

A grande importância do Código Modelo, constatada ao longo dos anos, decorre da sua influência na reformulação dos códigos de processo penal da América Latina. Mesmo nos países que não abandonaram por completo o sistema inquisitório, fica nítida, em suas reformas, a intenção em se alinhar com o sistema acusatório. Esse demonstrativo histórico aponta que chegará o dia em que todos os países da América Latina alinharão os seus códigos de processo penal.<sup>99</sup>

Como aponta Leonel, essa mudança tem ocorrido de forma não homogênea, tendo cada país alcançado um nível diferente nessa reforma. Nessas transformações, ele aponta três momentos históricos: “o primeiro caracterizado pela transição democrática; o segundo, pela consolidação do sistema e aparecimento de novas demandas; e o terceiro, pelo estado atual de reforma da América Latina.”<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> Grinover, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-américa: 10 anos depois. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 30, 2000. p. 41-50.

<sup>100</sup> TINÔCO, Livia Nascimento; FRISCHEISEN, Luiza Cristina; DA SILVA, Rodrigo Antônio Tenório Correa; AMORIM JUNIOR, Silvio; ARAS, Vladimir Barros (orgs.). **Desafios contemporâneos do sistema acusatório**. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão e 7ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília: ANPR, 2018. p. 18.

A transição democrática se iniciou com a instalação de sistema democrático após longos regimes autoritários, marcados principalmente por ditaduras militares<sup>101</sup>. Com isso, houve a necessidade de se reestruturar as instituições públicas com o intuito de se consolidar os novos sistemas de governo democráticos e, com isso, se privilegiar a proteção dos direitos humanos que passaram por época marcada com seu sistemático desrespeito.

A consolidação do sistema e o aparecimento de novas demandas surgiram nas primeiras décadas do século XXI, com a discussão a respeito dos sistemas de justiça penal aplicados na América Latina. Diante disso, ficou evidenciada a necessidade de uma grande reforma, ainda mais após as primeiras alterações.

Apesar da diferença dos níveis de reforma, alguns pontos são usualmente notados, dentre eles podemos apontar: i) a criação ou o fortalecimento do Ministério Público, separando, com isso, as funções de acusar e julgar; ii) a atribuição ao Ministério Público na função de investigar na fase pré-processual, retirando essa atribuição do juiz, e; iii) concedendo aos réus mais direitos nas fases investigatórias.

Nesse aspecto, o novo Código de Processo Penal do Chile, que entrou em vigência em 2000, conferiu poderes ao Ministério Público para comandar exclusivamente as investigações<sup>102</sup>.

Ainda, Leonel aponta como primeiro problema no centro dos sistemas de justiça atual o fato do Ministério Público (MP) não ter uma posição estratégica para determinar em quais delitos concentrará sua atuação, apesar de o autor reconhecer que o MP conseguirá assumir o seu papel no processo penal e organizar sua estrutura para aumentar sua eficiência.

---

<sup>101</sup> Pode ser apontados os seguintes países que abandonaram a ditadura militar: Argentina, Chile, Bolívia, Paraguai, Peru, Equador, Nicarágua, Guatemala e Panamá, entre outros.

<sup>102</sup> *Artículo 3°.- Exclusividad de la investigación penal. El ministerio público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley.*

Todas as modificações propostas acima foram no intuito de proporcionar uma significativa melhora no devido processo no âmbito do sistema de justiça criminal.

### **1.3 Sistema adotado pelo Brasil com a Constituição da República de 1988**

É de se notar, nitidamente, que a nossa Constituição de 1988 optou por seguir um modelo democrático-acusatório ao optar pela separação das funções de acusação, defesa e julgamento. Esse mesmo sentido se constata com a determinação de se assegurar o contraditório, a ampla defesa e o princípio da presunção de não culpabilidade.

Ressalte-se que não existe um consenso, pela doutrina, quanto ao sistema processual penal adotado em nosso ordenamento jurídico, principalmente pelo fato da grande divergência quando se fala em caracterização de um sistema concreto dentro de uma das espécies<sup>103</sup>.

A Constituição da República de 1988 teve em seu escopo a intenção de romper com o ordenamento jurídico anterior, impondo um Estado Democrático de Direito, no qual se assegura a soberania popular e que delimita o poder punitivo estatal, inclusive determinando que seus agentes exerçam suas funções, garantindo a proteção e a preservação dos direitos e garantias fundamentais.

Mais especificamente, a Constituição deve ser encarada como o Estado deve ser encarado. Nessa linha é o entendimento de Lenio Luiz Streck, ao apontar que a Constituição deve delimitar a atuação da política estatal<sup>104</sup>.

Por oportuno, é cabível registrar que a Constituição ocupa a posição hierárquica mais elevada do ordenamento jurídico, devendo as demais legislações seguirem seus dizeres, incluindo-se, evidentemente, o Código de Processo Penal

---

<sup>103</sup> KHALED JUNIOR, Salah Hassan. **A busca pela verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte. Letramente: Casa do Direito, 2016, p. 134.

<sup>104</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 288.

(Decreto-lei nº 3.689 de 1941). Com essa premissa deve ser extirpado qualquer dispositivo que contrarie os comandos constitucionais.

Quando se analisa os ditames constitucionais, denota-se a nítida intenção de impor diversas diretrizes processuais fundamentais. Nesse cenário a doutrina lista diversas garantias, destacando-se entre elas: o acesso à Justiça Penal; o juiz natural em matéria penal; a isonomia entre os sujeitos; o “contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Art. 5, LV, CF); a plenitude de defesa a presunção de não culpabilidade do acusado (Art. 5, LVII, CF); a publicidade dos atos processuais (Art. 5, LX, CF); a vedação da prisão que não seja em flagrante ou decretada por autoridade competente (Art. 5, LXI, CF); a determinação de o preso ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (Art. 5, LXIII, CF); o direito do preso de identificar os responsáveis pela sua prisão ou por seu interrogatório policial (Art. 5, LXIV, CF); o direito à liberdade provisória (Art. 5, LXVI, CF); o dever de o Estado indenizar pelo erro judiciário e pelo excesso do cumprimento da pena (Art. 5, LXXV, CF).

Inclusive, em virtude dessas diversas inovações é que se passou a ser analisada a (in)compatibilidade entre o modelo constante do Código de Processo Penal e a Constituição de 1988. Nesse viés, um dos mais referenciados autores, Aury Lopes Júnior, questiona a manutenção do atual Código de Processo Penal, por defender, aliás, a necessidade de sua substituição, como se denota na sua afirmação abaixo:

É evidente que nada disso poderia sobreviver no pós-constituição, que não resiste a uma filtragem constitucional e democrática, mas sobrevive. Pouca gente atenta para o absurdo que ali está escrito. A estrutura inquisitória é amorfa por excelência, pois é no espaço da informalidade que o autoritarismo se esparrama. É um perigo total, pois esvazia o conteúdo das regras do jogo<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal**. São Paulo: Conj. 27. jun. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processodanosa-boa-saude-processo-penal>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Em decorrência desses questionamentos é que se impõe a necessidade de se confrontar a Constituição com a legislação processual penal adotada, com a finalidade de se averiguar se existem pontos conflitantes.

Inquestionável que o código de processo penal tem sido aperfeiçoado com o intuito de se alcançar um modelo prioritariamente acusatório de processo penal<sup>106</sup>. Essa intenção se denota inclusive com a promulgação da recente Lei. 13.964/2019 que introduziu a figura do juiz de garantias e a impossibilidade de se dar acesso aos autos da investigação para o juiz da instrução.

Como anteriormente apontado, quando se fala em sistema de justiça penal, deve-se ter em mente que não existe um modelo uníssono, mas uma ideia central que deve ser preservada para que se possa afirmar que segue o sistema específico.

A partir disso, surge a necessidade de apontar aquele que mais se alinha às garantias fundamentais da Constituição da República de 1988, principalmente a determinação da relação jurídica que delimita os três sujeitos – autor, réu e juiz.

Aury Lopes Júnior entende que o juiz exerce papel importante nos sistemas processuais penais. Nesse sentido, há a necessidade do juiz ser imparcial, alcançável somente no modelo acusatório, em que é deixado para as partes o papel de iniciativa e gestão das provas. Sem essa imparcialidade, o processo continuaria a ser, indubitavelmente, de traços inquisitoriais, como é atualmente<sup>107</sup>.

No ponto, nos permitimos divergir, em parte, pois entendemos que o magistrado pode exercer a gestão probatória, mas com certa limitação, atuando o juiz de forma complementar<sup>108</sup>, pois não se pode querer a figura de um juiz inerte, adotado no sistema adversarial.

---

<sup>106</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 10.

<sup>107</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamento do processo penal: introdução crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 140.

<sup>108</sup> A Lei nº 11.690/08 procedeu na alteração do código de processo penal, dentre outras, para impedir a iniciativa probatória por parte do juiz, mas permitindo sua participação para esclarecer os

Por sua vez, em respeito ao modelo acusatório, é indubitável a necessidade de o juiz se manter equidistante das partes, conferindo à acusação e à defesa a paridade de armas e garantia de julgamento do processo de forma imparcial, até para se evitar a figura do juiz investigador e acusador, característico da era medieval<sup>109</sup>.

Ademais, a escolha da Constituição da República de 1988 pela estrutura democrática. Nesse sentido, o sistema de justiça penal deve seguir a mesma orientação, obedecendo os princípios constitucionais, de maneira a permitir a adequada fruição dos direitos da ação e de defesa, na busca da justa solução do conflito de interesses penal.<sup>110</sup>

Com esse viés é que, sempre objetivando afastar o período autoritário, a CR, em seu artigo 129, atribui ao Ministério Público determinadas funções, dentre elas, a de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. Essa medida visou a aproximação do Brasil aos países de tradição democrática, ao separar as tarefas do *jus persecuendi* e do *jus puniendi* em órgãos opostos, em outras palavras, separar as funções da acusação, da defesa e do juiz.

Com isso surge o juiz que se mantém distante das partes e da produção probatória. Nesse sentido, friso que entendo pelo não engessamento por parte do magistrado, mas sim que deve interferir na produção probatória somente em casos específicos e não como regra. O intuito maior é de se respeitar os princípios constitucionais da paridade de armas, do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório, da oralidade e da publicidade.

Antigamente era permitido inclusive ao juiz determinar o início das investigações. Essa prática foi encerrada com o advento da CR de 1988, que

---

questionamentos trazidos pelas partes, nos exatos moldes do inserido art. 156, II, do código de processo penal.

<sup>109</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11

<sup>110</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 51.

confere unicamente ao Ministério Público a legitimidade para conduzir a ação penal, ressaltando as hipóteses de iniciativa privada ou subsidiária.

Em decorrência dessa separação é que a doutrina afirma que a opção política foi pela adoção de um processo penal baseado no acusatório. O posicionamento de Geraldo Prado coaduna com essa corrente, quando afirma que “em geral aceita-se que o estatuto jurídico maior tenha optado por uma estrutura acusatória de processo penal.”<sup>111</sup>

Até por essa opção é que o código de processo penal tem sido submetido a reformas pontuais ao longo dos anos. Nesse ponto aponta-se a lei 10.792/03 que modificou a forma do interrogatório do réu.

Um dos principais artigos do Código de Processo Penal questionado pela doutrina é o art. 156 que prevê a possibilidade de o juiz atuar de ofício, na produção probatória. Filia-se a esse entendimento o Geraldo Prado que aponta:

Deve-se, pois, à concepção ideológica de um processo penal democrático a assertiva comum de que a sua estrutura há de respeitar, sempre, o modelo dialético, reservando ao juiz a função de julgar, mas com a colaboração das partes, despidendo-se, contudo, da iniciativa da persecução penal. A estrutura sincrônica dialética do processo penal democrático considera, pois, metaforicamente, o conceito de relação angular ou triangular e nunca de relação linear, sacramentando as linhas mestras do sistema acusatório. Ada Grinover percutientemente aduziu que no Estado de direito não há outro processo senão o acusatório, escorado na distribuição das principais funções processuais entre três sujeitos, de modo a dispensar o juiz da iniciativa da persecução penal e garantir a sua imparcialidade.<sup>112</sup>

Outra parte da doutrina diverge desse entendimento, defendendo que não seria incompatível com a Constituição da República de 1988 a atividade instrutória

---

<sup>111</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 93.

<sup>112</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33.

supletiva ou substitutiva por parte do juiz<sup>113114</sup>. Nesse aspecto se aponta que essa vedação estaria presente quando da produção probatória em favor da acusação, mas se admite relativamente em favor da defesa, em decorrência da igualdade material e não meramente formal, com a distinção entre iguais e desiguais<sup>115</sup>. Outro argumento que se utiliza é em razão do princípio da presunção de inocência, que permitiria a produção de prova baseada em tese apresentada pela defesa<sup>116</sup>.

Por essas reflexões é que se entende que a Constituição da República de 1988, felizmente, optou por um modelo democrático, com modelagens do sistema acusatório, principalmente pela determinação de separar por completo as funções de julgar, acusar e defender. Sem contar com as garantias do contraditório e o estabelecimento de tratamento do réu como sujeito de direitos.

Evidentemente que não adianta a Constituição ressaltar a sua escolha pelo modelo acusatório, se esse comando não for obedecido, principalmente pelos juízes. Para que isso não ocorra há necessidade de serem tomadas medidas drásticas para que se possa efetivar seu comando.

#### **1.4 As reformas do Código de Processo Penal como tentativas de aprimoramento da modelagem acusatória**

Considerando os limites do presente estudo, cujo recorte privilegia a atuação do juiz na gestão da prova, devemos abordar quanto às reformas que de alguma forma a afetaram.

O Código de Processo Penal brasileiro, datado de 03 de outubro de 1941, foi constituído se pensando na realidade da época. Não precisa ser apontado a

---

<sup>113</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 112.

<sup>114</sup> PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. **Considerações iniciais sobre a Lei 11.690/08**. In: Boletim do IBCCRIM, ano 16, n. 188, julho de 2008, p. 20-22.

<sup>115</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 333.

<sup>116</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 131.



evolução, em todos os sentidos, alcançadas após o transcurso de mais de 77 anos, mas somente para exemplificar, naquele período não existia computadores domésticos, as cidades não eram compostas pela imensa massa populacional dos dias atuais<sup>117</sup>.

Como anteriormente referenciado, muitos países já aderiram às ideias esposadas no Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, sendo que há necessidade do Brasil se adequar seu modelo processual penal às novas tendências, até porque muitos dos institutos do Código de Processo Penal de 1940 devem ser reformulados com o intuito de se adequarem aos princípios e as regras constitucionais que se encontram em desconformidade.<sup>118</sup>

Ada Pellegrini adverte também para as tensões na jurisprudência ao enfrentar os novos temas:

Disso também decorrem as dificuldades com uma jurisprudência, nem sempre sensível à tensão entre o velho e o novo. Por outro lado, o processo forjado em 1940, moroso, complicado, extremamente formal, não se coaduna com sua almejada efetividade, levando frequentemente à impunidade. É preciso mudar esse quadro.<sup>119</sup>

Com o intuito de promover essa adequação, em março de 2008, o senador Renato Casagrande protocolou no Senado Federal o Requerimento nº 227, a fim de que fosse nomeada uma comissão de juristas para a confecção de um projeto de novo Código de Processo Penal, sob a justificativa de que é necessária a construção de um processo penal mais célere, eficaz e justo, que atenda às demandas punitivas do Estado. O requerimento foi acolhido pela referida casa legislativa, sendo, então, designada uma comissão para a elaboração de um anteprojeto de código. Em abril

---

<sup>117</sup> De acordo com o IBGE no ano de 1940 a estimativa populacional brasileira era de 41.236.315 e no ano de 2017 já somos mais de 209.186.802, ou seja, nos últimos 77 anos a população brasileira mais do que quintuplicou. (BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em: 15 fev. 2020.)

<sup>118</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A reforma do código de processo penal**. Disponível em <http://www.pesquisedireito.com/artigosprocessopenal.htm>. Acessado em 15 dez. 2019.

<sup>119</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A reforma do código de processo penal**. Disponível em <http://www.pesquisedireito.com/artigosprocessopenal.htm>. Acessado em 15 dez. 2019.

de 2009, a comissão apresentou a versão final do documento ao presidente do Senado, José Sarney, sendo o anteprojeto convertido no Projeto de Lei do Senado nº 156/2009<sup>120</sup>.

O PLS 156/09 visa a implementação de um novo Código de Processo Penal a fim de conferir conformidade constitucional, em 2008 se reuniu uma comissão de juristas<sup>121</sup>, presidido pelo então ministro do Superior Tribunal de Justiça, Hamilton Carvalhido. Com esse cenário é que foi apresentado o Projeto de Lei nº 156/2009, que após um amplo debate e de receber diversas emendas, foi aprovado no Senado Federal em 07 de dezembro de 2010 e encaminhado para à Câmara dos Deputados ocasião que passou a tramitar com PL nº 8045/10.

Basta uma rápida leitura dos primeiros parágrafos do projeto de reforma para se perceber que seus autores tiveram a pretensão de assegurar, efetivamente, a adoção de uma modelagem acusatória. Logo no Título I, estão assegurados os princípios fundamentais constitucionais – devido processo legal, contraditório, ampla defesa, dentre outras garantias – além de explicitar que o processo penal terá a estrutura acusatória<sup>122</sup>.

Ainda na exposição de motivos do projeto, surge a afirmação de que há “preservação de distanciamento do julgador” da acusação, porém, mais adiante grande o texto assevera que “não se optou pelo juiz inerte [...] mas, sim, pelo fortalecimento das funções de investigação e, assim, das respectivas autoridades”<sup>123</sup>. Esse paradoxo evidencia a fragilidade na estrutura do processo, ao

---

<sup>120</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. O Sistema Acusatório proposto no Projeto de Novo Codex Penal Adjetivo. **Revista Ibero-Americana de Ciência Penais**, v. 9, n. 17, p. 51-84, 2009.

<sup>121</sup> A Comissão de Juristas era composta pelas seguintes pessoas: Antônio Correa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral

<sup>122</sup> Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

<sup>123</sup> Neste trecho extraído da exposição de motivos do projeto 156/2009, o legislador refere-se ao fortalecimento das autoridades como sendo aos juízes e promotores. O texto pode ser acessado no endereço <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>.

passo que essa opção pode se tornar perigosa quando permite a produção probatória por parte do juiz, sem, contudo, apontar limites. O mesmo problema não se identifica no artigo 164 do projeto<sup>124</sup>, ao prever a possibilidade da atuação do juiz de forma suplementar, ao permitir o esclarecimento de dúvidas sobre a prova coletada, podendo então produzi-la de forma eventual.

Por fim, também chama a atenção o artigo 572 do projeto<sup>125</sup>, que permite o juiz decretar medidas acautelatórias, de ofício, tendo aí mais uma vez um juiz ativo, incompatível com a modelagem acusatória.

Apesar de não ter conseguido efetivar a substituição por completo do código de processo penal, o Brasil tem submetido seu código a constantes reformas visando seu aprimoramento, introduzindo valores democráticos, constantes da Constituição da República de 1988, em especial o princípio acusatório<sup>126</sup>. As reformas que se destacam são as Leis n<sup>o</sup>s. 10.792/03, 11.689/08, 11.690/08, 11.719/08, 12.403/12 e, mais recentemente, 13.964/19, que alteraram, respectivamente, o interrogatório, o tribunal do júri, os dispositivos relativos à produção probatória, a suspensão do processo, as medidas cautelares e, por fim, a modernização da modelagem acusatória e introdução do juiz das garantias, dentre outras alterações.

A Lei n<sup>o</sup> 10.792/03 altera principalmente a Lei de Execução Penal (LEP) introduzindo o regime disciplinar diferenciado (RDD) que objetivava prevenir e punir os comportamentos indesejados dentro dos estabelecimentos penais.

---

<sup>124</sup> Art. 162. As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4<sup>o</sup>.

<sup>125</sup> Art. 572. Quebrada a fiança por qualquer motivo, o juiz avaliará a necessidade de decretação da prisão preventiva ou de outras medidas cautelares, quando presentes os pressupostos legais. Parágrafo único. O mesmo procedimento será adotado quando se verificar o descumprimento das obrigações impostas na forma do art. 561.

<sup>126</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. TAPOROSKY FILHO; Paulo Silas; CANI, Luiz Eduardo; BALTAZAR, Shalom Moreira. **Do projeto de reforma do CPP ao projeto de lei “anticrime”**: mirando a Constituição. São Paulo: Conjur. abr. 2019 Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>. Acesso em: 15 jan. 2020.

A Lei nº 11.689/08 faz diversas alterações no procedimento do Tribunal do Júri, dentre elas destaca-se: a exclusão do protesto por novo júri, a composição do tribunal, a ausência de referência ao libelo acusatório, as alterações com relação a prazos e recursos, entre outros.

A Lei nº 11.690/08 promove alterações referentes às provas, em especial determinando a inadmissão das provas ilícitas, os exames periciais, a maneira de formulação das perguntas destinadas ao ofendido, a inquirição das testemunhas e as causas de absolvição do réu.

A Lei nº 11.719/08 promove alterações relativas à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos (ordinário, sumário ou sumaríssimo).

A Lei nº 12.403/12 faz alterações relativas à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

Por fim, essa que pode ser considerada como um das mais importantes, a Lei nº 13.964/19, que em seu art. 3º-A, especificou a adoção da modelagem acusatória como sendo a que veda a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação<sup>127</sup>. Ainda introduziu em nosso ordenamento, dentre outras, a figura do juiz de garantias, que exercerá o controle da investigação criminal, e a veda que o magistrado que for julgar ter acesso aos autos da investigação, com o intuito de se resguardar a imparcialidade.

Todas essas reformas objetivaram, mesmo que sem a revogação por completa do código de processo penal brasileiro, a aproximação de uma modelagem acusatória moderna alinhada com a Constituição da República de 1988.

A crítica que se faz, a todo esse processo de reforma, é que temos demandado muito tempo para adequar o atual código a modelagem acusatória com

---

<sup>127</sup> 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.

viés democrático. Seria mais ágil se fosse optado pela substituição por completo do código com total harmonia ao novo sistema, como procedeu outros países da América Latina. Até porque há necessidade de ser submetida a novas alterações, ainda mais para propiciar a conformação com a recente reforma decorrente da Lei nº 13.964/19, que será analisada mais profundamente no terceiro capítulo.

Obviamente que a reforma por completo do código exigiria um grande apoio do Poder Legislativo, em decorrência da morosidade própria da tramitação dos códigos. Da forma tópica que tem se optado acaba por provocar vários remendos que exigem um grande esforço de interpretação.

Mesmo com as reformas implementadas, Jacinto de Miranda Coutinho defende que nenhuma delas foram capazes de enfrentar, de forma incisiva e completa, o núcleo fundante do Código de Processo Penal acabando por manter a incompatibilidade com a Constituição da República de 1988. O autor adverte:

O que se há de reafirmar, enfim, é que reformas parciais não mudam o sistema porque não vão no núcleo do problema, ou seja, no princípio inquisitivo, que permanece intacto, o que se pode constatar com as recentes reformas, mormente aquela referente à prova e, nela, no que diz com a chamada teoria geral da prova<sup>128</sup>.

Essa crítica feita pelo Jacinto se confirmam ao ser analisada a Lei nº 11.690/08 que conferiu nova redação ao artigo 155<sup>129</sup> do Código de Processo Penal (CPP). Em que pese o avanço consistente na vedação ao juiz de fundamentar sua decisão exclusivamente com base nos elementos colhidos na investigação preliminar, observa-se a ressalva em relação às provas não repetíveis, cautelares e antecipadas, permitindo a utilização de provas coletadas em sede inquisitorial – portanto, sem o crivo do contraditório – para ensejar veredicto condenatório.

---

<sup>128</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Boletim. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Rio de Janeiro, a. 20, n. 188, p. 19-20, jul. 2008.

<sup>129</sup> 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. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

No mesmo sentido, destaca-se o artigo 156<sup>130</sup> do CPP, cuja parte da doutrina questiona seu conteúdo, por entender que se estaria privilegiando a modelagem inquisitória. Ocorre que, ao determinar que “alegação incumbirá a quem a fizer”, o legislador deixou de se posicionar, uma vez que é sabido que as alegações acusatórias devem estar dispostas na denúncia, pois a carga do acusador é justamente provar o alegado por meio dos elementos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, bem como a autoria e materialidade do delito<sup>131</sup>.

Nessa perspectiva, imperioso destacar que o dever de provar recai nas mãos da acusação, que tem o ônus de provar o alegado, não podendo ser obrigação da defesa a prova de uma alegada excludente. Até porque não se pode argumentar que exista distribuição de carga probatória no processo penal, pois a produção das provas encontra-se nas mãos da acusação, tendo em vista que o réu está protegido pela presunção da inocência<sup>132</sup>.

Mesmo com essa premissa, não se pode defender que o juiz não tenha o dever de determinar a produção de provas, sendo que somente pode ocorrer de forma suplementar a defesa e acusação.

Outra imperfeição é quanto à possibilidade de o juiz atuar de ofício, sem que tenha sido imposta qualquer limitação, pois permite que o magistrado exerça a função de protagonismo judicial ao consentir, de forma irrestrita, a produção de provas mesmo antes de iniciada a persecução penal, permitindo que a gestão da prova permaneça nas mãos do julgador. A doutrina mais conservadora justifica a possibilidade da participação ativa do juiz, na produção probatória, pois assim se alcançaria mais rapidamente a verdade (real).

---

<sup>130</sup> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

<sup>131</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 564.

<sup>132</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 563-564.

Tal discurso já foi superado, segundo o qual existe apenas a verdade processual, que sempre será construída conforme o andamento do processo, frente à dialeticidade dos argumentos em confronto. Isto porque, o processo é uma construção histórica em que o juiz deve(ria) ignorar os fatos e tomar conhecimento apenas daquilo que é posto em contraditório.

Na verdade, ao possibilitar que o juiz se tornasse ativo no processo, a lei permitiu que o julgador tome para si a gestão da prova, colocando em xeque sua imparcialidade. Contudo, ao se tornar parcial, o juiz assume um papel nitidamente inquisidor, uma vez que ele deverá sair do seu locus em busca de fundamentos para formar sua convicção, pré-constituída pela pretensão de “construir uma verdade sua a respeito da imputação, buscando a confirmação de sua hipótese por meio da gestão da prova no processo”.

Embora preocupado em amenizar os danos decorrentes do protagonismo judicial no processo penal, o legislador inseriu no referido dispositivo a necessidade de se respeitar os “critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”. O problema é que o resultado dessa exigência mostra-se ainda mais devastador na medida em que tais critérios se mostram demasiadamente amplos, subjetivos e, portanto, perigosos, restando mais uma vez ao julgador a responsabilidade de decidir sobre a produção de provas.

Esse emblemático artigo gera enormes debates quando se fala em adequação com o modelo acusatório ao permitir que o juiz permaneça com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova como bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos<sup>133</sup>.

Passando para a análise do artigo 157<sup>134</sup>, parece estar em conformidade com art. 5º, LV CF/88, haja vista que, de forma acertada, vetou a admissão de provas

---

<sup>133</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 171.

<sup>134</sup> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

ilícitas e as dela derivadas no processo, determinando seu imediato desentranhamento. No entanto, o mesmo dispositivo pode ser considerado um retrocesso, visto que permitiu que aquelas provas derivadas das provas ilícitas que puderem ser obtidas de outra forma serão admitidas. Além disso, cumpre referir que não adianta desentranhar a prova ilícita do processo após o juiz ter tomado conhecimento dela. Grave erro é cometido ao desconsiderar a contaminação psicológica do julgador que teve contato com a prova ilícita e que deveria ser impedido de julgar, pela possibilidade de estar afetada sua imparcialidade. Não há o menor fundamento para manter um juiz contaminado no processo, proferindo a sentença a partir da possível convicção formulada com base na prova ilícita, ainda que outrora já desentranhada dos autos do processo<sup>135</sup>.

Visando inclusive aperfeiçoar as alterações anteriores, ao impor limites na atuação do juiz, foi promulgada a Lei nº 13.964/19, que será enfrentado no terceiro capítulo desse trabalho. Mas que adiantamos que nosso estudo visa enfrentar de todas as formas art. 3º-A, do Código de Processo Penal, por impor mudanças na modelagem acusatória adotada.

O que se denota das reformas submetidas o Código de Processo Penal brasileiro é a ocorrência de um esforço para fazer com que fique compatível com a Constituição, sem com tudo ser capaz de dizimar os resquícios inquisitórios, presente no espírito do Código de 1941. Isso se observa nas reformas pontuais a que foi submetido o Código, não podendo ser ignorada a boa intenção por parte do

---

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO)

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

<sup>135</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 604.



legislador. Sobre tais remendos, são deveras apropriadas as considerações de Coutinho:

Há sempre coisas não ditas acompanhando o que se diz e podem ser elas as mais significativas caso se queira compreender, de fato, o que está por trás dos discursos fáceis que dominam o cenário das reformas do Código de Processo Penal brasileiro. Tratam-se, como se sabe, de tentativas de reformas parciais, algumas absurdas, outras incongruentes, todas lotadas de boas intenções e poucas perspectivas de que venham a vingar, mormente naquilo ao qual se propõem como soluções salvadoras.<sup>136</sup>

Em tal sistema democrático e constitucional, o princípio unificador seria única e suficientemente a democraticidade, como assinala Lopes Júnior:

Um sistema não pode ser inquisitório porque substancialmente inconstitucional (como o são diversos dispositivos do CPP); tampouco pode ser misto, pois admitiríamos que ao menos metade dele é inconstitucional [...] Pode ser acusatório, por elementar, pois conforme a Constituição. Mas o problema é: isso basta? E, novamente: o que se entende por acusatório? Por isso, mais do que acusatório, deve ser democrático, deve ser instrumento de garantia da democracia<sup>137</sup>.

Destarte, consoante o preconizado por Aury Lopes Júnior, mais que discutir acerca das notas de um *sistema acusatório, inquisitório* ou *misto*, imperiosa é a verificação da democraticidade, isto é, se a modelagem adotada cria as condições necessárias para a efetivação das regras do jogo, para o *fair play*, mormente o contraditório e seus consectários da ampla defesa e imparcialidade do julgador. Aliás, tais garantias são umbilicalmente ligadas, uma vez que somente o hígido contraditório pode assegurar uma também saudável ampla defesa.

---

<sup>136</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Boletim. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Rio de Janeiro, a. 20, n. 188, p. 19-20, jul. 2008.

<sup>137</sup> LOPES JUNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafe do tradicional problema inquisitório x acusatório. Boletim. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Rio de Janeiro, a. 21, n. 251, p. 5-6.

## 2 CONFORMAÇÃO DO MODELO ACUSATÓRIO COM O ORDENAMENTO BRASILEIRO

Nesse capítulo se pretende enfrentar a extensão da gestão probatória por parte do magistrado, com o intuito de validar os artigos implementados com o advento da Lei nº. 13.694/19.

A Lei 13.964, promulgada em 24/12/2019, estatui significativas mudanças no Código de Processo Penal, ao determinar, de forma expressa, a adoção do tipo da modelagem acusatória quando afirma que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (art. 3º-A, do CPP).

No próximo tópico será enfrentado quanto à modelagem processual penal adotado pela Lei nº 13.964/2019, visando determinar as principais consequências em nosso ordenamento jurídico.

### 2.1 A modelagem processual penal adotada na Lei nº 13.964/2019

Preliminarmente convém explanar que a modelagem processual penal escolhida para ser aplicada no ordenamento processual penal brasileiro é fruto de uma opção política, que deva estar em harmonia com as pretensões sociais, principalmente com relação a cultura da sociedade.

Essa escolha também decorre pela análise dos princípios, regras e valores constantes da nossa norma constitucional, que demonstra a escolha pela modelagem acusatória, apesar de não constar determinação expressa nesse sentido<sup>138</sup>. Até por isso a modelagem adotada deve garantir os direitos fundamentais, defender os

---

<sup>138</sup> FICHER, Douglas. O sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156. **Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, v. 3, p. 1-23, 2011. Disponível em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista\\_2011/2011\\_Dir\\_Penal\\_fischer.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf). Acesso em: 10 jan. 2020.

princípios do contraditório, publicidade, imparcialidade, devido processo legal e ampla defesa.

Como já abordado, as reformas que o Código de Processo Penal vem sofrendo decorre da necessidade de se adequar aos ditames do texto constitucional e prestigiam uma modelagem processual penal democrática e moderna, na qual o juiz se afasta do resultado da persecução penal e deixa essa responsabilidade nas mãos do Ministério Público.

Nesse viés a Lei nº 13.964/2019 no art. 3º-A<sup>139</sup>, o seu primeiro artigo que trata do código de processo penal, prevê a escolha pela modelagem processual penal acusatória, que contempla as proibições do juiz de dar início na investigação e de substituir a atuação na produção probatória.

Essas duas vedações, referenciadas nesse artigo, visam precisar a modelagem acusatória que se deve ser aplicada em nosso ordenamento jurídico penal. Ressaltando que a vedação da iniciativa probatória por parte do juiz não é um elemento fundante do sistema acusatório, diferentemente de boa parte da doutrina que entende ser obrigatória.

Ressalta-se que não se pode confundir o juiz inerte com o juiz imparcial, sendo necessário compreender que o juiz é o destinatário das provas e que será ele quem proferir a decisão final.

A separação de funções entre os sujeitos do processo (juiz, acusação e defesa) não pode ser observada somente em suas características teóricas como sendo hábil para se confirmar a sua conformação com as garantias constitucionais do processo. Até para que seja possível alcançar esse objetivo, há necessidade de se referenciar o tipo de modelagem do sistema acusatório que visa ser implementado em nosso ordenamento jurídico, em especial, determinando quais seriam os limites da atuação de cada sujeito.

---

<sup>139</sup> 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.

Para Lorena Bachmaier Winter destaca quanto a necessidade de clarear, para todos os sujeitos processuais, o papel exercido por cada um e a forma que se está combinando os poderes de cada parte com o intuito de se prestigiar o princípio acusatório e, com isso, abandonar todos os resquícios inquisitórios que inda vigoram em nosso código<sup>140</sup>.

Nesse condão, com todos os sujeitos do processo entendendo o papel de cada um é que será possível alcançar uma democracia substancial<sup>141</sup>, ao ser prestigiado o respeito aos direitos fundamentais.

Até por isso há necessidade de serem enfrentados os artigos do código de processo penal que estariam em desconformidade com esse novo comando, ao permitir a atuação de ofício do magistrado na produção probatória, o que será feito com maior precisão no terceiro capítulo.

A partir dessa exposição há necessidade de analisar o art. 3º-A, do CPP, que visa aperfeiçoar a modelagem acusatória, já aplicado no Brasil, ao determinar delimitação da atuação do magistrado, que na fase pré-processual ou fase de investigação será vedada a iniciativa probatória e já na fase processual ser permitida a sua participação na gestão probatória, mas não podendo sua atuação vir em substituição a exercida pelo órgão de acusação.

Esse enfrentamento, que visa a conformação do código de processo penal aos ditames constitucionais, surge em nosso processo legislativo com a instituição

---

<sup>140</sup> WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio Versus Inquisitivo. Reflexiones Acerca Del Proceso Penal. In WINTER, Lorena Bachmaier (org.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 47.

<sup>141</sup> Ferrajoli estabelece uma relação direta entre democracia substancial e garantismo e expõe que os direitos fundamentais guarnecem o conteúdo da democracia substancial, a qual constituiu os limites positivos e negativos impostos ao exercício do poder da maioria que conforma a democracia formal. Afirma que não basta estar em vigor a norma, mas sim há necessidade de que seu conteúdo respeite os princípios e direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. FERRAJOLI, Luigi. Fundamental Rights. **International Journal for the Semiotics of Law** 14: 1–33, 2001.

da comissão de juristas<sup>142</sup>, no âmbito do Senado Federal, que veio a elaborar o anteprojeto que visa a substituição por completo do código de 1941.

Na exposição de motivos é reconhecido a incompatibilidade do código de processo penal brasileiro com as normas constitucionais, ao apontar que “A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei nº 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável”<sup>143</sup>.

E mais, merece destaque o trecho da exposição de motivos, transcrito abaixo, que as razões para à aplicação da vedação da atuação de ofício do juiz:

Com efeito, a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos, e, mais que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional. A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado. A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional.

Já com relação a atuação do juiz em substituição ao órgão acusador, a exposição de motivos aponta o seguinte:

---

<sup>142</sup> A comissão de juristas teve sua criação em 2008, a partir do Requerimento nº. 227, de autoria do então Senador José Sarney (PMDB/AP) e teve como composição Hamilton Carvalhido (coordenador), Eugênio Pacelli de Oliveira (relator), Antônio Correa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Félix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

<sup>143</sup> BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182956/000182956.pdf?sequence=10&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2020.

não há razão alguma para permitir qualquer atuação substitutiva do órgão da acusação pelo juiz do processo. Não se optou pelo juiz inerte, de resto inexistente nos países de maior afinidade processual com o Brasil, casos específicos de Portugal, Itália, Espanha e Alemanha, e que também adotam modelos acusatórios, mas, sim, pelo fortalecimento das funções de investigação e, assim, das respectivas autoridades, e pela atribuição de responsabilidade processual ao Ministério Público.

Com base nessas ideias é que os juristas da comissão responsável pela elaboração de anteprojeto do novo CPP incluíram no projeto a figura do juiz de garantias, que seria “aquele que participa apenas da fase de investigação, não sendo o responsável pela sentença num processo penal”<sup>144</sup>.

O que se visa com a análise, mesmo que superficial do Anteprojeto, é constatar que a Lei n. 13.964/19 se utilizou de muitos institutos desenvolvidos pela comissão de juristas. Isso já se constata da comparação do art. 4º do Projeto de Lei com o art. 3º-A da Lei 13.964/19, que assim se referem:

Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

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.

Facilmente observa-se que em ambos artigos se tem o condão de delimitar a modelagem acusatória a ser aplicado pelo código de processo penal, determinando à extensão e os limites de atuação do juiz na produção probatória.

Esse pode ser apontado como sendo um dos mais importantes artigos, pois com base nele é que deverá ser interpretado os demais artigos contidos no código de processo penal brasileiro.

---

<sup>144</sup> PASSOS, Edilenice. **Código de Processo Penal**: notícia histórica sobre as comissões anteriores. Brasília: Senado Federal: Secretaria de Informação e Documentação, 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI95399,51045-Poder+Executivo+ja+fez+diversas+tentativas+para+alterar+o+CPP>. Acesso em: 17 jan. 2020.

Dessa análise verifica-se que o legislador pretendeu reduzir a atuação do juiz na produção probatória em substituição do órgão acusador, principalmente na fase da investigação. Mas essa determinação não pode ser interpretada como determinação do juiz passar a ser inerte, mas sim que deve atuar de forma suplementar, com o intuito de melhor esclarecer pontos trazidos pelas partes.

Dessa forma, se extrai que o legislador pretendeu balizar as normas preexistentes e, com isso, deve ser declarada a inconstitucionalidade das normas que não coadunam com a modelagem acusatória.

## **2.2 A quem incumbe a produção probatória? A possibilidade do magistrado atuar de ofício na produção probatória**

Antes de adentrar no tema proposto, é necessário fazer uma introdução a respeito do tema da prova no processo penal.

Para tentar melhor apresentar a definição do vocábulo “prova”, Badaró apresenta como sendo: “chama-se de provas os meios que servem para dar conhecimento de um fato, e por isso a fornecer a demonstração e a forma a convicção da verdade do próprio fato”<sup>145</sup>.

Já nas palavras de Adalberto José Aranha, a prova “representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados. Contudo em quaisquer dos seus significados, representa sempre o meio usado pelo homem para, através da percepção, demonstrar uma verdade”<sup>146</sup>

Nessa linha de pensamento, o mesmo autor faz uma comparação entre as atribuições do juiz e o trabalho de um historiador, em decorrência de que ambos personagens têm a incumbência de analisar fatos passados com base em elementos

---

<sup>145</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, t. 1, p. 29.

<sup>146</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 05.

encontrados ou produzidos, reconhecendo que em nenhum dos casos será possível alcançar a verdade absoluta<sup>147</sup>.

A verdade processual é demonstrada pelas provas apresentadas e que tem uma tendência natural pelo subjetivismo, pois depende do seu intérprete, no caso do processo penal, o juiz.

Assim podemos fazer uma referência à prova como objetivando obter uma réplica fiel do fato ocorrido no passado. Essa prova é um objeto tridimensional, no qual permite, mesmo que não seja esse o interesse, que seus diversos espectadores tirem sua conclusão, obtendo com isso, “sua” verdade processual.

Nas palavras de Kunert há um clichê difundido de que o direito probatório anglo-americano (*common law*) é uma estrutura muito bem organizada, composta de sabedorias sedimentadas de muitas gerações de juízes, “concebidas e ajustadas para proteger o júri de provas duvidosas, enganosas ou inflamadas e as partes litigantes contra a arbitrariedade do juiz”. Já no direito romano-germânico (*civil law*) da ideia da prova livre, em que não se pode considerar verdadeiramente como um sistema, ou, na melhor hipótese, é um sistema em que a descrição do juiz determina as provas que devem ser utilizadas.

*One of the most widespread clichés of comparative evidence law is the glib formula that, while the Anglo-American evidence law is a well-organized body of ready-to-hand rules containing the crystallized wisdom of many generations of judges, devised and well-fitted to protect the jury from dubious, misleading or inflaming evidence and the litigant parties from the arbitrariness of the individual judge, the modern civil law system of free proof is “no system at all,” or, at best, a system where “the judge’s discretion largely determines what evidence is to be used,” or, even worse, where only “the examining judge [...] decides what witnesses shall be summoned.” Looked at from closer quarters, of course, some qualifications that leap to the eye prove this cliché to be a grave fallacy, conceived by those “who*

---

<sup>147</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, t. 1, p. 29.



*do not wish to be confronted with the confused picture of what is actually going on.*<sup>148</sup>

Do já esposado, constata-se que se no plano da teoria é possível separar-se o direito de sua prova, no plano prático isso já não é das questões mais fáceis de se proceder<sup>149</sup>.

É inquestionável a importância da prova, na esfera do processo, pois ao final será ela utilizada para a conclusão do juiz<sup>150</sup>, se utilizando do seu livre convencimento.

Até por esse motivo que a Constituição da República de 1988 assegura o direito à prova, além do contraditório e da ampla defesa, que compreende a necessidade de ser aplicado um procedimento probatório adequado.

A doutrina tem consolidado o entendimento de que o livre convencimento não pode ser entendido como propriamente “livre”, pois há necessidade de o magistrado seguir regras para apreciação das provas, até mesmo para fundamentar sua decisão. Para Guasch Fernández, “o perigo de incorrer em arbitrariedade está presente na livre apreciação, caso não se dê uma definição baseada em critérios de racionalidade”, apelando-se para “critérios racionais, de modo que, ainda que não se esteja vinculado por normas jurídicas, se esteja por normas lógicas”<sup>151</sup>.

Ghirardi afirma que

se a fundamentação da sentença tem hierarquia constitucional e existe um controle de constitucionalidade, disso segue-se a necessidade de um controle lógico do raciocínio do juiz [...]. Daí que o processo repousa também na teoria do raciocínio correto, já que o

---

<sup>148</sup> KUNERT, Karl H. “Some observations on the origin and structure of evidence rules under the common law system and the civil law system of free proof in the german code of criminal procedure”. In: **Buffalo Law Review**, vol. 16, p. 122, 1966-1967.

<sup>149</sup> KNIJNIK, Daniel. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 07.

<sup>150</sup> KNIJNIK, Daniel. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 07.

<sup>151</sup> FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. **El hecho y el derecho en la casación civil**. Barcelona: Bosch, 1998, p. 325.

juiz tem o dever constitucional de raciocinar corretamente e de não violar as regras que regem o pensar.<sup>152</sup>

Agora em nosso ordenamento jurídico, quando se fala em produção probatória, inevitavelmente se deve enfrentar o art. 156 do Código de Processo Penal<sup>153</sup>, que foi reformado pela Lei 11.690/2008, sendo que em ambas as redações contém a previsão da produção probatória de ofício por parte do juiz, antes mesmo da ação penal.

Ocorre que essa não é a única norma que abarca essa previsão. Podem ser citados outros artigos com a previsão da atuação de ofício por parte do juiz, dentre elas se destacam: art. 168 (determina a realização de exame pericial em caso de lesão corporal, caso o primeiro exame esteja incompleto), art. 176 (formulação de quesitos), art. 180 (em caso de divergência entre peritos o juiz poderá mandar proceder a novo exame por outro perito), art. 181 (pode o juiz determinar a complementação da perícia), art. 196 (determina a realização de novo interrogatório), art. 209 (determina a inquirição de testemunhas além das indicadas pelas partes), art. 234 (determina a juntada de documentos que o juiz tenha notícia relativo a ponto relevante para a acusação e defesa), art. 242 (determinar de ofício a busca e apreensão de pessoa e coisa) e art. 366 (determinar a produção antecipada de provas), que serão objeto de análise no terceiro capítulo.

Outra previsão da atuação de ofício do magistrado está prevista no art. 13, II, do Código de Processo Penal (CPP), que prevê a possibilidade de o juiz requerer diligência à autoridade policial. Nesse caso com o advento do art. 3º-A, do CPP não

---

<sup>152</sup> GHIRARDI, Olsen A. Logica de la casacion; errores in cogitando. *In: Scritti in onore di Elio Fazzalari*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 493.

<sup>153</sup> Redação original: Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Antiga redação. Redação em vigor: Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Nova redação pela lei n. 11.690/2008.

se aplica mais essa possibilidade, tendo em vista que a vedação expressa do juiz participar da produção probatória na fase investigatória.

Ademais, não bastaria a separação inicial entre as funções exercidas no processo se logo após o magistrado assumir o papel de protagonista na busca das provas, papel esse claramente inquisitorial<sup>154</sup>.

E mais, aponta Jacinto Coutinho que possibilitaria o juiz seguir uma premissa e ir em busca das provas necessárias para fundamentar, como se denota da citação trazida por Aury Lopes Junior: “abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”<sup>155</sup>.

Para Luigi Ferrajoli o juiz tem o condão de alcançar um processo justo, decidindo com base nas provas sólidas, firme e segura, não podendo se basear apenas em indícios. Para tanto deve participar ativamente na produção probatória com o condão de alcançar a verdade do processo. Até porque sua decisão vai espelhar a obra da justiça.<sup>156</sup>

O que não se pode questionar é que o juiz vai estar munido de preconceitos ao participar ativamente da produção probatória ou mesmo caso tenha acesso ao material colhido no decorrer da investigação.

Ou seja, o juiz, ao ter iniciativa probatória plena, pode direcionar as provas para um caminho predeterminado, mesmo que inconscientemente, pois “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente

---

<sup>154</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 7. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 200.

<sup>155</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro, **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001. p. 37. *In*: LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 129.

<sup>156</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y Futuro del Estado de Derecho**. *In* CARBONELL, Miguel (Editor). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 3.

comprometedora da imparcialidade do julgador”. Nesse sentido se estaria comprometendo a imparcialidade do julgador. Nesse sentido, cabe uma advertência pela não existe investigador imparcial, seja ele juiz ou promotor<sup>157</sup>.

Aury Lopes Junior destaca que a outorga de poder para que o magistrado possa participar ativamente na produção probatória, sem imposição de limites, ao longo do tempo se mostrou prejudicial como ficou constatado em países da Europa<sup>158</sup>.

Continua o autor referenciando quanto a necessidade de ser transmitido, inclusive aos cidadãos, com relação a aparência e a estética da imparcialidade, pois o acusado tem que ter a convicção de ter tido um julgamento justo.

Encontra-se, pois, entre os doutrinadores, os que entendem pelo caráter necessariamente supletivo da iniciativa probatória do magistrado, sob pena de se estar incorrendo em violação ao princípio da imparcialidade do juiz.

Eugênio Pacelli de Oliveira entende possível a atividade supletiva do magistrado conferida pelo art. 156, mas ressalta que as diligências empreendidas deverão ser direcionadas à qualidade ou idoneidade da prova já produzida nos autos, seja pela acusação ou defesa, não sendo permitido determinar diligências para produzir nova prova, sob pena de desigualar as forças dos polos da ação<sup>159</sup>.

Assim, no caso de haver dúvidas sobre pontos relevantes discutidos no processo, cabe ao juiz empreender diligências com o objetivo de esclarecer os pontos obscuros, pois não pode obrigar qualquer das partes a diligenciarem nesse sentido.

Levando em consideração que o Estado avocou a competência da realização da justiça, passou a conferir ao juiz, como órgão estatal da jurisdição, poderes para

---

<sup>157</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 139.

<sup>158</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 139.

<sup>159</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

que possa desempenhar sua função, em sua plenitude, com a finalidade de se alcançar o total cumprimento do interesse público.

Analisando o direito comparado verifica-se, basicamente, a existência de dois modelos, nos quais o primeiro permite que o juiz possa participar da iniciativa probatória (variando sua abrangência em maior ou menor incidência) e segundo veda qualquer participação do juiz.

Podemos citar o modelo processual norte-americano, conhecido como *adversarial system* ou *adversary system*, em que o juiz não tem poderes de iniciativa probatória, sendo um juiz passivo. Isso ocorre em decorrência de se acreditar que afetaria a imparcialidade do julgamento, afetando a paridade entre as partes, como destaca Michele Taruffo:

*non abbia poteri istruttori autonomi da esercitare al fine di integrare le attività di parte onde pervenire ad un accertamento completo della verità. Si ritiene anzi che poteri di questo genere colpirebbero quell'aspetto essenziale della fairness del trial che consiste nella più assoluta parità formale delle parti.*<sup>160</sup>

Do lado oposto tem o sistema alemão que atribui ao juiz extensos poderes instrutórios<sup>161</sup>. Nessa categoria existem várias graduações, sendo que em alguns ordenamentos são permitidos maior poder.

Entre os ordenamentos que atribuem poderes de iniciativa instrutória ao juiz, porém, há diversas graduações. Em alguns sistemas estes poderes são muito amplos, como se dá no direito francês.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), sediado em Estrasburgo (França), vem se já debruçando com relação aos poderes do juiz na gestão probatória e sua inconformidade com a função de julgador. A preocupação da comunidade jurídica europeia é com relação à aplicação de um código de processo

---

<sup>160</sup> TARUFFO, Michele. **Il processo civile 'adversary' nell'esperienza americana**. Pádua: Cedam, 1979, p. 20-21.

<sup>161</sup> TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, n. 2, 2006, p. 457.

penal democrático, principalmente com as atrocidades provocadas pelo nazifascismo, que inclusive eram fundamentas pelo direito posto.

Nesse sentido é que deve ser observado a atuação do juiz na busca pelas provas, no anseio de se alcançar a dita verdade real, que se relaciona com o sistema inquisitório. E nesse viés acaba por tornar o acusado como sendo um objeto, em outras palavras, o transforma em inimigo a ser erradicado a qualquer custo.

Nesse sentido, o maior problema é conseguir delimitar a atuação do juiz, com o objetivo de se alcançar um ponto de equilíbrio, pois de um lado temos o juiz que deve assegurar todos os direitos ao acusado e do outro o juiz que tem o dever de tomar a decisão final, munido principalmente da imparcialidade. Para tanto devemos transpassar alguns conceitos já ultrapassados com vertentes inquisitórias, dentre elas a ideia da busca pela verdade real.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é no sentido da produção probatória por parte do juiz não caracterizar violação ao sistema acusatório<sup>162</sup>. Para comprovar essa afirmação, segue julgado que afirma não ter ocorrido violação ao sistema acusatório<sup>163</sup>:

---

<sup>162</sup> Alguns julgados do STJ no qual aponta pela não violação do sistema acusatório no caso da produção de prova pelo juiz: AgRg no REsp 1573829/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, 5. turma, julgado em 09/04/2019, DJe 13/05/2019; AgRg no REsp 1622310/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 24/05/2018; AgRg no REsp 1497068/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 04/12/2015; RHC 59.475/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015; REsp 1440165/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 29/05/2015

<sup>163</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Agravo Regimental em Recurso Especial. **AgRg no REsp 1497068/RS**. 1. Segundo entendimento desta Corte Superior, por força do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, pode o juiz, com observância do contraditório e da ampla defesa, determinar a produção de prova que considere indispensável para a solução do caso concreto, sem que isso caracterize ofensa ao sistema acusatório. [...]. Agravante: Luis Carlos Flores Alves. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 17 de novembro de 2015. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1465710&num\\_registro=201403030437&data=20151204&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1465710&num_registro=201403030437&data=20151204&formato=PDF). Acesso em: 22 fev. 2020.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 156 DO CPP. JUIZ SINGULAR. REQUISIÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO ACUSATÓRIO. INEXISTÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

1. Segundo entendimento desta Corte Superior, por força do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, pode o juiz, com observância do contraditório e da ampla defesa, determinar a produção de prova que considere indispensável para a solução do caso concreto, sem que isso caracterize ofensa ao sistema acusatório.

2. Na situação dos autos, a requisição do histórico de verificação do etilômetro foi devidamente fundamentada pelo Juízo singular, sendo que tal determinação teve como causa dúvida suscitada pela própria defesa acerca da calibração do aparelho. E, após a juntada do relatório requisitado, houve abertura de vista à acusação e, posteriormente, à defesa, que se manifestaram sobre o documento.

3. Inexistência de ilicitude da prova.

4. Agravo regimental improvido.

No trecho do voto do relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, no referenciado processo, resta consubstanciado quanto a produção probatório por parte do magistrado não violar o sistema acusatório:

Destarte, segundo entendimento desta Corte Superior, por força do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, pode o juiz, com observância do contraditório e da ampla defesa, determinar a produção de prova que considere indispensável para a solução do caso concreto, sem que isso caracterize ofensa ao sistema acusatório.

Esse tema se torna preocupante ao constatar que o Brasil vem vivenciando, nas últimas décadas, e principalmente o judiciário tem sido pressionado a agir de forma veemente no “combate à corrupção”. Com isso tem se exigido altas condenações e o encarceramento antes mesmo do trânsito em julgado (ocorrendo na maioria das vezes se utilizando das prisões preventivas). Esquecem que a afirmação da violência não é a solução como política pública o fosse.

Essa vertente é identificada inclusive na Lei nº 13.964/19, tendo sido batizada como “pacote anticrime”, que alterou o artigo 75 do Código Penal, para ampliar a

pena máxima privativa de liberdade de 30 (trinta) anos passando a ser de 40 (quarenta) anos<sup>164</sup>, como se isso fosse resolver o problema da dita impunidade.

Cada uma deve entender muito bem seu papel, não podendo utilizar suas atribuições com interesses escusos. Até por conta dessa necessidade é que a posição de que cada um ocupa nas audiências deveria mudar, pois não faz sentido o órgão acusador se sentar ao lado do juiz que tem a incumbência de proferir a decisão final no processo.

No mesmo *Habeas Corpus* (HC) nº 509030/RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no voto proferido pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz, citando Figueiredo Dias, muito bem aponta o que se espera do membro do órgão acusador:

Do Ministério Público, titular da ação penal, espera-se uma postura independente em relação a outros agentes públicos; corajosa, para, se preciso, arrostar perigos de retaliações e até de reações violentas às suas iniciativas; e objetiva na condução dos feitos sob sua responsabilidade. Deve, portanto, agir o membro do Ministério Público sine ira, na defesa do interesse público e não na defesa dos interesses corporativos ou mesmo individuais do agente ministerial. Ao mesmo tempo em que formalmente acusa o réu, não pode descurar de preservar-lhe os direitos e garantias, enquanto sujeito da relação processual. Como bem frisa FIGUEIREDO DIAS, “interessando à comunidade jurídica não só a punição de todos os culpados, mas também – e, sobretudo dentro de um verdadeiro Estado de Direito – a punição só dos que sejam culpados, segue-se daí que ao Ministério Público, como órgão de administração de justiça, há de competir trazer à luz não só tudo aquilo que possa demonstrar a culpa do arguido, mas também todos os indícios de sua inocência ou da sua menor culpa”. Arremata o mestre lusitano destacando que, mesmo sob o ponto-de-vista prático, não faz sentido extirpar do Parquet esse dever de objetividade, pois graças a ele resulta um “muito menor número de processos penais infundados ou mal fundados” com os quais os tribunais terão de ocupar-se.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

<sup>165</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Habeas Corpus. **HC 509030/RJ**. 1. Considerando-se que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, [...]. Impetrante: Michel Miguel Elias Temer Lulia. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator(a): Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 14 maio 2019. Disponível em



No mesmo voto o Ministro aponta também a postura que se espera do magistrado:

E do magistrado, personagem central na definição da responsabilidade penal e eventual inflição de pena ao acusado, espera-se um comportamento absolutamente imparcial, mantendo-se em posição de *terzietá* no exame dos casos que lhe são submetidos para julgar, despido de interesse pessoal, e muito menos da pretensão de agir como coadjuvante de políticas criminais (quer punitivistas, quer abolicionistas). Afinal, nas palavras referidas por Helio TORNAGHI, “É utilíssimo para um povo ter boas leis; mas é melhor ainda ter bons juízes”.

E mais, leciona Paulo Rangel que o juiz não pode se posicionar como parte processual, a função de acusatória tem que ser exercida pelo Ministério Público em respeito ao sistema acusatório:

O sistema acusatório por nós adotado coloca o juiz na verdadeira função de órgão estatal equidistante do conflito de interesse de alta relevância social. O juiz julga e aplica a lei, porém quem assume o papel de manifestar a pretensão acusatória é o Ministério Público. Aliás, parece-nos óbvio que, dentro de um Estado Democrático de Direito, o órgão que acusa não pode ser o mesmo que julga e vice-versa. A imparcialidade do órgão julgador é imprescindível a um julgamento sereno e isento de qualquer paixão, sendo outra característica da jurisdição. O réu deve ter todos os direitos inerentes à sua defesa, montando-se, assim, o *actum trium personarum*.<sup>166</sup>

Como já debatido, a Constituição da República de 1988 determinou a adoção do sistema acusatório que tem como base a separação das funções de acusar, julgar e defender. Apesar dessa separação, ao juiz é permitido que participe da produção probatória com o intuito de auxiliá-lo na prestação jurisdicional, com o objetivo de se alcançar a melhor história dos fatos. Essa participação deve ocorrer de forma supletiva/complementar, para que não fique caracterizada a substituições das funções, preservando, necessariamente, a imparcialidade do julgador.

A conformação existente é no sentido de entender que o sistema processual penal adotado não pode ser entendido como reativo, estabelecido para solucionar os

---

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20509030>. Acesso em: 15 fev. 2020.

<sup>166</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 344.

conflitos existente entre as partes, declarando a vitória do mais hábil ou poderoso. Por essa razão é que se defende a possibilidade da participação do juiz na produção das provas, de forma complementar, sem que isso gere a nulidade da atividade instrutória.

O que deve ser preservada é a imparcialidade, de uma forma ampla, do julgador, com o condão de preservar sua cognição, para com isso evitar que beneficie uma das partes, mesmo que de forma involuntária. Por essa razão é que se impõem delimitar a atuação do juiz no processo, para que possa analisar os fatos sem estar contaminado de preconceitos adquiridos com sua busca pelas provas de ofício.

Advertindo que não se está defendendo quanto a necessidade de se retirar do juiz a opção de requerer de ofício a produção de provas, mas sim que essa atribuição deva ser exercida de forma suplementar a acusação e a defesa. Até porque não podemos mais incorrer no erro de definir como papel do juiz o de investigar para ser possível alcançar a verdade real, almejando reconstruir os fatos como realmente aconteceram, para dar base certa à justiça<sup>167</sup>.

Como assevera Gustavo Badaró, a atividade probatória não tem correlação a perda da imparcialidade do julgador:

os poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a imparcialidade do julgador. Ao determinar a produção de uma prova, o juiz não sabe, de antemão, o que dela resultará e, em consequência, a qual parte vai beneficiar. Por outro lado, se o juiz está na dúvida sobre um fato e sabe que a realização de uma prova poderia eliminar sua incerteza e não determina sua produção, aí sim estará sendo parcial, porque sabe que, ao final, sua abstenção irá beneficiar a parte contrária àquela a quem incumbirá o ônus daquela prova. Juiz ativo não é sinônimo de juiz parcial. É equivocado confundir neutralidade ou passividade com imparcialidade. Um juiz ativo não é parcial, mas apenas um juiz atento aos fins sociais do

---

<sup>167</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal - Volume I**. 35. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 59.

processo. E que busca exercer sua função de forma a dar ao jurisdicionado a melhor prestação jurisdicional possível<sup>168</sup>.

Ademais, tendo em vista o juiz ser o destinatário da prova, deve ele ter a possibilidade de determinar a produção probatória com o intuito de “esclarecer alguns aspectos da prova produzida pelas partes ou a respeito de algum dado probatório vindo aos autos”<sup>169</sup>

Esse também é o entendimento da Ada Grinover:

A observância das normas jurídicas postas pelo direito material interessa à sociedade. Por via de consequência, o Estado tem que zelar por seu cumprimento, uma vez que a paz social somente se alcança pela correta atuação das regras imprescindíveis à convivência das pessoas. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social. Trata-se da função social do processo, que depende de sua efetividade. Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social. O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova<sup>170</sup>.

Com o objetivo de melhor compreender a limitação imposta ao juiz, se faz necessário tratar sobre o princípio da imparcialidade do juiz, bem como outros princípios correlatos, tais como o princípio da motivação das decisões, do juiz natural e da isonomia.

---

<sup>168</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 83.

<sup>169</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 17.

<sup>170</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 27, p. 71-79, 1999.

No próximo tópico pretende-se enfrentar o questionamento se o magistrado terá sua imparcialidade comprometida a partir de certas decisões proferidas no decorrer do inquérito. E se essa mesma imparcialidade estaria afeta no caso de o juiz se manifestar na fase de investigação demonstrando ter formado sua convicção sobre a existência ou não com relação a um suposto crime.

### **2.3 A observância do princípio da imparcialidade do juiz. Redefinição do papel do julgador na produção probatória**

A Constituição da República garante a qualquer cidadão ser julgado por um juiz imparcial, com preservada cognição, no intuito de se evitar o benefício de uma parte em detrimento da outra, seja de forma involuntária ou não.

A importância do princípio da imparcialidade do magistrado para o exercício da atividade jurisdicional decorre do fato de o juiz ser uma peça fundamental, por ter o papel de dizer o direito. Esse princípio, dentre outros, serve como base de orientação e impõe limites na sua atuação, que para o presente estudo se aplica na produção probatória, principalmente quando ocorre de ofício.

É de suma importância tratar sobre as normas que definem a atuação do juiz, uma vez que os princípios jurídicos são norteadores do caminho a ser seguido pela sociedade, em observância à modelagem processual penal escolhida.

Para tanto devemos compreender qual seria a extensão do princípio da imparcialidade, quando se está falando da gestão probatória, pois para o ordenamento jurídico brasileiro o juiz imparcial não é aquele que trata com desinteresse a colheita probatória, como ocorre, por exemplo, na modelagem adversarial norte-americano, mas sim que utiliza a instrução probatória com o objetivo de conhecer os fatos essenciais para a tomada da decisão final. Em outras palavras, deve-se distinguir o juiz ativo, aquele que participa da gestão probatória, com o juiz parcial, aquele que já munido de um prejulgamento busca alcançar um objetivo dissociado muitas vezes da verdade.

Esse princípio constitucional visa garantir que as partes sejam tratadas de forma igual sem que queira favorecer qualquer delas, obrigando que as decisões finais tenham como base as provas colhidas durante a instrução processual e com base de fundamentação em harmonia com a legislação.

Nos ensinamentos de Paulo Bonavides: “Os princípios uma vez constitucionalizados se fazem a chave de todo o sistema normativo”<sup>171</sup>

Não se pode ignorar o princípio da imparcialidade, quando se está querendo discutir a possibilidade da gestão probatória ser exercida pelo magistrado, principalmente quando se está defendendo a adoção da modelagem acusatória pelo ordenamento processual penal brasileiro.

Esse princípio tem tanta importância que consta no Artigo X da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 a determinação que “todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”<sup>172</sup>.

O princípio da imparcialidade é um dos pilares fundantes da modelagem acusatória, “de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um agastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória”<sup>173</sup>.

E mais, não se pode querer imputar como suficiente a separação da função de acusação e julgador em pessoas distintas para se adequar a modelagem constitucional contemporânea, em decorrência da complexidade do processo penal.

---

<sup>171</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 231.

<sup>172</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2020.

<sup>173</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73.

Ademais é a posição efetivamente exercida que vai demonstrar o nível de eficácia do contraditório e da imparcialidade<sup>174</sup>.

No entendimento de André Machado Maya é inconcebível exigir do magistrado quaisquer traços pessoais, opiniões e ideologias que formam o seu caráter restrito, aludindo esta importantíssima diferenciação:

Assim, a neutralidade, compreendida como ausência de valores, de ideologias, apresenta-se como uma utopia, algo inalcançável diante da essência do homem, ser humano constituído por razão e emoção, cujo psiquismo se estrutura, segundo a teoria psicanalítica de Freud, pela combinação de três diferentes fatores: os hereditários-constitucionais, as antigas experiências emocionais e as experiências traumáticas da vida real contemporânea, esta última responsável pelas influências que os meios social e cultural exercem sobre a estruturação psíquica de qualquer pessoa. [...] Por tudo isso, afigura-se mais apropriada a consciência da impossibilidade de uma atuação jurisdicional neutra, como forma de permitir ao magistrado o exercício mais responsável do seu livre convencimento, fazendo uso da motivação racional sem refugiar-se sobre a máscara de fórmulas meramente objetivas ou sob a mera transcrição de textos legais.<sup>175</sup>

Tamanha relevância do tema que após o julgamento pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), do caso *Piersack vs. Bélgica*<sup>176</sup>, ocorrido em 1982, passou-se a enfrentar a imparcialidade do juiz não somente como uma natureza subjetiva, mas também com uma perspectiva objetiva. Naquela ocasião o Tribunal referenciou a imparcialidade como sendo a ausência de pré-julgamentos ou parcialidades e apontou a distinção entre o aspecto subjetivo, que seria a concepção de juiz com relação a um determinado caso concreto, e o aspecto objetivo, que se relaciona se para o caso em análise existem garantias suficientes para se eliminar qualquer dúvida razoável<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73.

<sup>175</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal**. Da prevenção da competência ao Juiz das Garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61.

<sup>176</sup> European Court of Human Rights. **Case of Piersack vs. Belgium**: Application nº 8692. 1 out. 1982. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557#%20>. Acesso em: 19 jan. 2020.

<sup>177</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial**: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias.

Esse julgado também pode ser resumido numa ideia que seria: “*justice must not only be done: it must also be seen to be done*”, que pode ser traduzido como sendo “a justiça não deve simplesmente ser feita: deve também ser vista para ser feita”.

Outro julgamento importante da mesma corte foi o caso *Cubber vs. Bélgica*<sup>179</sup>, ocorrido em 1984, ocasião em que o TEDH se posicionou no sentido de vetar a possibilidade do mesmo juiz que participou da investigação criminal, atuar também da instrução, pelo fato de o juiz ter proferido decisões munidas de uma antecipação quanto ao mérito da causa.

Aury Lopes aponta o entendimento esposado pelo TEDH:

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) [...] consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador. [...] Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos pré-juízos conduzem à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva. [...] o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz instrutor uma série de pré-juízos e impressões a favor ou em contra do imputado, influenciando no momento de sentenciar.<sup>180</sup>

---

2018. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 19 jan. 2020.

<sup>178</sup> Assim decidiu o tribunal: “*Efectivamente, es en torno a la «imparcialidad del Tribunal» donde se encuentra la sustancia de la sentencia, así como en su significado en el artículo 6.1 del Convenio: El Tribunal precisa, en primer lugar, el doble aspecto subjetivo y objetivo con el que debe analizarse la imparcialidad de los Tribunales. Subjetivo en cuanto a la convicción personal de un juez concreto en un caso concreto. Objetivo en cuanto a que un juez ofrezca garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre la imparcialidad de su actuación. No basta que el juez actúe imparcialmente, sino que es preciso que no exista apariencia de parcialidad; «en esta materia incluso las apariencias tienen importancia», ya que «lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática»*”.

<sup>179</sup> European Court of Human Rights. **Case of de Cubber vs. Belgium**: Application nº 9186. 26 out. 1984. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557#%22fulltext%22:%22Cubber%22,%22itemid%22:%22001-57465%22>}. Acesso em 20 jan. 2020.

<sup>180</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamento do processo penal: introdução crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.94.

Nos dois casos apresentados existe uma diferença, que demonstra uma evolução do pensamento, pois no primeiro caso a corte firmou entendimento de que a simples atuação do juiz na fase de investigação comprometeria sua imparcialidade objetiva, pelo fato de já ter se contaminado com pré-julgamentos, podendo com isso gerar suspeitas quanto à sua imparcialidade para a análise final da causa. Já no segundo caso passou-se a entender que a perda da imparcialidade objetiva necessitaria da análise mais aprofundada com relação à natureza da decisão tomada pelo magistrado com o objetivo de constatar a parcialidade imbuída na decisão.

Em outras palavras, a imparcialidade subjetiva diz respeito ao íntimo da convicção do magistrado, se referindo à ausência de vício de convicção que afete a análise de uma determinada matéria. Estaria afetada a imparcialidade subjetiva caso o magistrado tenha manifestado sua opinião sobre o fato ou com relação à pessoa.

Já a imparcialidade objetiva está relacionada à postura do julgador, que deve transparecer para a sociedade e para as instituições que não teve sua compreensão afetada pela parcialidade<sup>181</sup>.

Nesse sentido, a parcialidade objetiva decorre de um prejulgamento por parte do magistrado, adquirido principalmente na fase investigatória, adquirida em decorrência da análise de medidas cautelares (prisão cautelar, busca e apreensão, quebra do sigilo telefônico, dentre outras).

Estaria comprometida a imparcialidade no caso de o juiz fundamentar sua decisão para deferir alguma medida cautelar, prevista no art. 319 do Código de Processo Penal, expressar que tenha convicção da autoria do crime pelo investigado, por exemplo.

---

<sup>181</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 65.



Nesse diapasão, observa Gustavo Badaró que a decisão do magistrado que decreta a prisão preventiva está imbuída de um juízo de certeza, o que afetaria claramente a imparcialidade objetiva:

Para se decretar uma prisão preventiva, além dos requisitos que caracterizam o *periculum libertatis*, é necessário, com relação ao *fumus commissi delicti*, que haja “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (CPP, art. 312). Os “modelos de constatação” são distintos, quanto à existência do crime, de um lado, e a autoria delitiva, de outro. É necessário que haja prova da existência do crime, isto é, certeza de que o fato existiu. Em suma, trata-se de juízo de certeza, não bastando a mera probabilidade.<sup>182</sup>

No caso hipotético referenciado, não restaria qualquer dúvida para o fato de estar comprometida a imparcialidade objetiva do juiz para as tomadas de decisões na fase instrutória.

Outras hipóteses que podem ser citadas, em caráter exemplificativo, seria a análise do pedido de decretação de prisão temporária ou preventiva, concessão de liberdade provisória, ou determinação de sequestro de bens, interceptações telefônicas, quebras de sigilos, busca e apreensão, pois todos exigem do juiz uma formulação de no mínimo um pré-conceito sobre a existência do crime e de sua autoria<sup>183</sup>.

Inclusive esse é o entendimento do Gustavo Badaró:

O que se defende é que há determinados atos, em especial medidas cautelares pessoais que, por envolverem um mesmo tema a ser analisado na sentença final, e *por exigirem para seu deferimento um standard de prova consistente numa probabilidade elevada, por si só*, e independentemente da análise concreta da motivação do ato,

---

<sup>182</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial:** como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. 2018. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 19 jan. 2020.

<sup>183</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial:** como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. 2018. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 19 jan. 2020.

*comprometem a imparcialidade objetiva do julgador, por exigirem uma pré-concepção em grau elevado, que vincula psicologicamente o juiz, que tenderá a decidir no mesmo sentido na sentença final.*<sup>184</sup>

Essa questão também já fora enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Habeas Corpus nº 94.641<sup>185</sup>. O então ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso, afirmou que no caso concreto teria ocorrido a violação da imparcialidade objetiva pelo fato da decisão estar carregada de preconceitos, com relação aos fatos em questão, adquiridos durante a investigação prévia, como se verifica no seguinte trecho do seu voto:

Caracteriza-se, portanto, hipótese exemplar de ruptura da situação de imparcialidade objetiva, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência de exercício isento da função jurisdicional. Tal qualidade, carente no caso, diz-se objetiva, porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Como é óbvio, sua perda significa falta da isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional”.

Em outras palavras, o fato de o juiz ter participado de forma ativa na fase de investigação, estará semeando determinados pré-julgamentos com relação ao caso em análise, o que comprometeu o princípio da imparcialidade objetiva.

---

<sup>184</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial**: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. 2018. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 19 jan. 2020.

<sup>185</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). Habeas Corpus. **HC 94.641**. Processo Penal. Magistrado que atuou como autoridade policial no procedimento preliminar de investigação de paternidade. Vedação ao exercício jurisdicional. [...]. Paciente: Osmar Vieira Barbosa. Impetrante: Djalma Eutímio de Carvalho. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 11 nov. 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2615982>. Acesso em: 21 jan. 2020.

Por essa questão que foi introduzido, em nosso ordenamento jurídico, a figura do juiz das garantias que separa por completo a figura do juiz que irá proferir decisões na fase de investigação e o juiz que irá participar da instrução e decidirá a causa, prevenindo, com isso, a possibilidade da ocorrência de pré-julgamentos,

Indiscutível a existência de uma inconformidade no caso de acumulação das funções de investigar e de julgar, por risco de o juiz estar contaminado pela parcialidade ao participar da ativamente na investigação (seja analisando o material colhido durante a investigação ou autorizando medidas cautelares).

Em nosso ordenamento jurídico penal a imparcialidade, tanto a subjetiva quanto a objetiva, não está claramente definida, mas se pode apontar que nos arts. 252<sup>186</sup> e 253<sup>187</sup>, ambos do Código de Processo Penal, aparece a vedação do seu descumprimento, ao vetar a participação do magistrado que recair dúvida quanto a imparcialidade.

Adverte-se que o rol de hipóteses previstas no art. 252 deve ser analisado como sendo exemplificativo, pois não se pode defender que para se reconhecer as causas de impedimento haveria a necessidade de se enquadrar em um de seus incisos. O que deve ser observado é se no caso concreto a imparcialidade do juiz estaria prejudicada.

Gustavo Badaró faz as seguintes considerações:

A função do rol de hipóteses de impedimento é facilitar o trabalho de quem argúi o risco de parcialidade. O legislador predetermina hipóteses que, uma vez demonstradas, implicam o afastamento do

---

<sup>186</sup> 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.

<sup>187</sup> 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.

jugador, independentemente de qualquer consideração sobre a sua condição subjetiva ou a sua intenção de ajudar ou prejudicar qualquer das partes.

[...], é inegável que uma hipótese de impedimento do juiz que não está expressamente prevista no art. 252 do Código de Processo Penal, mas que deve impedir a atuação do magistrado num dado processo, é o caso em que o juiz tenha praticado atos prévios ao processo, na fase da investigação, realizando um juízo antecipado sobre o mérito do processo, indicando uma clara propensão condenatória.<sup>188</sup>

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) na oportunidade do julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 4591/MG<sup>189</sup> o Ministro Adhemar Maciel proferiu voto apontando que o art. 252 do CPP não poderia ser visto como sendo um rol taxativo:

[...] a Constituição Federal tem como um dos primados dos direitos fundamentais do homem e do cidadão o julgamento imparcial e a ampla defesa. O art. 252 do CPP não pode, à evidência, ser lido *ad litteram*. [...]

No referido julgamento estava sendo analisado se o juiz que participou do procedimento administrativo estaria impedido de participar do julgamento judicial:

Sob o aspecto puramente ontológico, tanto o juiz que funcionou em procedimento administrativo e julgou judicialmente, como o sobrejuiz que atuou em segundo grau, se acha de igual modo impedidos de julgar pela segunda vez. O que se quer é evitar idéias preconcebidas. E inegável que quem participou de procedimento administrativo, colhendo provas e decidindo, está moral, legal e psicologicamente comprometido para uma decisão judicial. Nesse caso, não se poderia falar em julgamento imparcial. Por outro lado, a palavra “instância”, como se sabe, pode oferecer conotação maior do que “grau de jurisdição”. Significa “conhecimento”. O que se quer

---

<sup>188</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial**: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. 2018. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegrar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-gantias.html>. Acesso em: 19 jan. 2020.

<sup>189</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Recurso em Habeas Corpus. **RHC 4591/MG**. I – A Constituição Federal tem como um dos primados dos direitos fundamentais do homem e do cidadão o julgamento imparcial e a ampla defesa. [...]. Recorrente: Rita de Cássia Oliveira Neto. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Ministro Adhemar Maciel. Brasília, 12 jun. 1995. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199500236796&dt\\_publicacao=25/09/1995](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500236796&dt_publicacao=25/09/1995). Acesso em: 21 jan. 2020.

evitar, repito, é que o julgador já tenha “conhecimento” antes a mesma matéria de fundo.

A fundamentação para a vedação da parcialidade por parte do juiz estaria também ancorada no direito público subjetivo de ser julgado por um juiz absolutamente imparcial que tem por base o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF).

Até por isso que a Lei nº. 13.964/19 visa prestigiar a manutenção da imparcialidade do juiz, na perspectiva objetiva, ao proibir o juiz que tenha tido acesso a investigação ou que tenha de qualquer forma tido contato com qualquer elemento que o contamine com preconceitos que leve a um julgamento antecipado quanto a existência de uma conduta criminosa.

Essa vedação decorre inclusive da necessidade da manutenção da aparência, pois o acusado deve ter a certeza de que está sendo julgado por um juiz imparcial.

Nesse sentido é que o desrespeito ao princípio da imparcialidade ocasiona a incompatibilidade do juiz para continuar no processo.

Assim, quando se quer identificar um juiz imparcial deve estar evidenciado a inexistência de qualquer interesse em relação às partes do processo e, de qualquer influência que tenha gerado um prejulgamento. Até porque à necessidade de o juiz ser independente para que possa aplicar o direito. A função do juiz não é de combater o crime, quem o combate, em termos abstrato, é o Estado por meio das polícias, do órgão acusador. A função do juiz é conduzir o processo respeitando as leis e a Constituição. Com relação à produção probatória, como amplamente debatido, ao juiz não cabe o protagonismo.

Para se evitar o debate se a imparcialidade objetiva do juiz fora afetada no decorrer da fase de instrução é que muitos ordenamentos jurídicos que prevê a

atribuição de serem exercidas por magistrados distintos a função de atuar na fase de investigação e a função de julgado que atua durante o processo judicial.<sup>190</sup>

O nosso ordenamento jurídico seguiu esses passos com a promulgação da Lei nº 13.964/19, com a introdução do “Juiz das Garantias” tendo o condão de ser “[...] 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” como previsto no art. 3º-B da referida Lei.

Será essa figura que iremos analisar no próximo tópico, ocasião em que objetivamos referenciar o juiz de garantias, como sendo aquele que irá participar unicamente na fase de investigação.

## **2.4 O Juiz de Garantias como forma de resguardar o modelo acusatório diante do estado democrático de direito brasileiro**

Nesse tópico será abordado quanto à criação do juiz de garantias, que pode ser considerado com a maior inovação no processo penal nos últimos anos, introduzida em nosso ordenamento jurídico penal com advento da Lei nº 13.964/19, que traz expressa vedação do magistrado exercer no mesmo processo as funções de juiz de garantia e juiz de julgamento, ou seja, o magistrado que tenha participado da fase pré-processual não poderá mais julgar a ação penal. Caso descumpra esse comando, as decisões do magistrado serão anuladas, nos exatos termos do art. 3º-D do Código de Processo Penal (CPP)<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial**: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. 2018. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 19 jan. 2020.

<sup>191</sup> Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

De acordo com regra estampada no art. 3º-B do CPP, o juiz de garantias “é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais”.

O instituto do juiz de garantias já foi implementado em alguns países da América Latina, como Chile, Paraguai, Uruguai e Colômbia. Já na Europa esse instituto já é aplicado na Itália, que lá recebe o nome de *giudice per indagini preliminari* e no Paraguai como *juez de garantias*<sup>192</sup>.

Adverte-se que a tentativa de se implementar a função exercida pelo juiz das garantias, quanto a vedação de sua participação da produção probatória na fase investigativa, não se trata de uma inovadora no Brasil, pois tanto o Superior Tribunal de Justiça<sup>193</sup> como o Supremo Tribunal Federal<sup>194</sup> já tem entendimento de ser vedada essa atuação em respeito a modelagem acusatória. Não obstante podemos apontar como uma inovação legislativa, tendo em vista que é a primeira vez que

---

<sup>192</sup> MAYA, André Machado. Outra vez sobre o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. Boletim. **IBCCRIM**, ano 18, n. 215, out. 2010.

<sup>193</sup> [...] Nesse passo, não se vislumbra ofensa ao sistema acusatório, pois o julgador não presidiu as investigações ou atuou diretamente na colheita das provas, o que não se admite, sob pena de ressuscitar a vetusta figura do juiz inquisidor, modelo rechaçado com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). Habeas Corpus. **HC 160901/GO**. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, [...]. Impetrante: Cleber Lopes e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Paciente: J.G.G.P. Relator(a): Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 18 de novembro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1751463&num\\_registro=201000162911&data=20180925&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1751463&num_registro=201000162911&data=20180925&formato=PDF). Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>194</sup> [...] O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um “magistrado de garantias”, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a *opinio delicti* do Ministério Público. 2. A doutrina do tema é uníssona no sentido de que, *verbis*: “Um processo penal justo (ou seja, um *due process of law* processual penal), instrumento garantístico que é, deve promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microsistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais.” (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição: Modificando Paradigmas. Revista eletrônica de direito processual, v. 3, p. 125-136, 2009). [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Inquérito. **Inq. 2913 AgR/MT**. 1. O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, [...]. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Pedro Henry Neto. Relator(a): Ministro Luiz Fux. Brasília, 01 de março de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2201919>. Acesso em 20 fev. 2020)

consta no código de processo penal, tratando-se de um declarado impedimento objetivo ao juiz.

No âmbito do estado de São Paulo foi criado o “Serviço de Inquéritos Policiais” por meio do Provimento 167, de 27 de janeiro de 1984, que muito se aproxima da figura do juiz de garantias.

Mais tarde, já em 1985 foi criado o Departamento de Inquérito Policiais e Polícia Judiciária (DIPO) por intermédio do Provimento 233/1985, tendo sido formalmente incorporado, em 2013, à organização judiciária de São Paulo por meio da Lei Complementar Estadual nº 1.208/2013<sup>195</sup>. Esse departamento tem a função precípua de gerenciar os inquéritos policiais, que tramita exclusivamente na forma digital, funcionando em unidades regionais instaladas nas 10 (dez) sedes administrativas.

Ulisses Augusto Pascolati Junior aponta que na cidade de São Paulo o processo penal tem natureza trifásica, sendo:

a) a investigação fica a cargo da Polícia Judiciária, por meio do Inquérito Policial, ou do Ministério Público, por meio dos PIC's — Procedimento Interno de Controle (anote-se que agora obrigatoriamente estes deverão ser distribuídos — artigo 3º-B, IV); b) as medidas constritivas de direito, ou seja, aquelas que flexibilizam garantias constitucionais (liberdade, privacidade, intimidade, honra, etc) são decididas por juiz que atua no DIPO e este juiz controla o trâmite e regularidade das investigações; c) a instrução e julgamento, por sua vez, é realizada por outro juiz, o qual, ressalte-se, não manteve contato com a investigação.<sup>196</sup>

O DIPO tem a função precípua de realizar todos os atos referente ao inquérito policial<sup>197</sup> e sua atuação se encerra com a manifestação final do Ministério Público

---

<sup>195</sup> SÃO PAULO (Estado). **Lei Complementar Estadual nº 1.208/2013**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2013/lei.complementar-1208-23.07.2013.html>. Acesso em: 25 jan. 2020.

<sup>196</sup> PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto. **Juízo das garantias não é novidade, ao menos em São Paulo**. São Paulo: Conjur. 30 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-30/pascolati-junior-juizo-garantias-nao-novidade-sp>. Acesso em: 25 jan. 2020.

<sup>197</sup> Provimento nº167/84: Artigo 2º - Todos os atos relativos aos inquéritos policiais e seus incidentes, bem como os pedidos de habeas corpus, serão processados perante o Juiz Corregedor e Juízes



ocasião em que eram encaminhados aos Distribuidores Criminais para que fossem distribuídos às Varas<sup>198</sup> que realizara o juízo de admissibilidade.

Com esse sistema implementado em São Paulo acaba por prestigiar a manutenção da imparcialidade objetiva do magistrado, ao evitar a sua contaminação, ou mesmo, qualquer influência no juiz de julgamento. Isso acaba ocorrendo involuntariamente, pois, apesar de não existir vedação expressa quanto a participação do mesmo juiz nas duas fases como é o caso da Lei nº 13.964/19, na prática o juiz acaba atuando de forma exclusiva no DIPO.

Destaca-se que a semelhança entre o juiz da DIPO e o juiz das garantias é com relação a separação das funções, mas não sendo suficiente para se afirmar que são iguais as duas figuras, num cenário mais amplo, já que no estado de São Paulo o juiz da instrução continua tendo acesso ao conteúdo da investigação, o que acaba provocando a dita contaminação indesejada para a modelagem acusatória moderna e mantém a possibilidade do juiz atuar de ofício na iniciativa probatória no decorrer da fase investigativa.

No âmbito nacional, o juiz de garantias afluiu com o advento do Projeto de Lei nº 156/2009<sup>199</sup>, que posteriormente passou a tramitar sob o nº 8.045/2010. Ou seja, esse instituto já vem sendo analisado há pelo menos 21 anos, com a ideia básica de que o juiz que atue na fase pré-processual não possa ser o mesmo que participara da fase processual. Isso se extrai da exposição de motivos contidos no anteprojeto:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito

---

Auxiliares designados para o Serviço ora criado. Aqueles incidentes compreendem, inclusive, autos de prisão em flagrante, pedidos de restituição de coisas apreendidas e pedidos de prisão preventiva.

<sup>198</sup> Provimento nº167/84: Artigo 6º - Com a manifestação final do Ministério Público, os inquéritos, os incidentes autuados em apartado e os pedidos de habeas corpus, retornarão aos Distribuidores Criminais, para a distribuição às Varas.

<sup>199</sup> SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 19 jan. 2020.

além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

Evidentemente, e como ocorre em qualquer alteração na organização judiciária, os tribunais desempenharão um papel de fundamental importância na afirmação do juiz das garantias, especialmente no estabelecimento de regras de substituição nas pequenas comarcas. No entanto, os proveitos que certamente serão alcançados justificarão plenamente os esforços nessa direção.

Com a instituição do juiz de garantias o juiz assume um novo papel no Estado Democrático de Direito que seria o de protetor dos direitos fundamentais de todos e de cada um, sendo essa função desvinculada com a política, mas com um viés totalmente constitucional.<sup>200</sup>

O juiz de garantias se contrapõe ao juiz da instrução que seria o verdadeiro investigador, atuando de ofício sem a provocação do Ministério Público ou da defesa. Nessa posição o juiz instrutor inclusive pode adotar medidas cautelares pessoas ou reais, mesmo em objeção do titular da possível futura ação penal.

Aury Lopes Junior caracteriza o juiz instrutor como sendo:

Em síntese, o juiz de instrução é o titular da investigação preliminar e cabe a ele receber direta ou indiretamente a notícia-crime, buscar as fontes de informação e investigar os fatos apontados. Dirigirá de perto a atividade policial e atuará pessoalmente, indo ao local do delito, determinando as perícias necessárias, interrogando os suspeitos, ouvindo a vítima e testemunhas etc.<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 233-234.

<sup>201</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 253.

Dessa análise constata-se a diferença imposta a ambas funções.

A figura do juiz das garantias – dissociada completamente daquela do juiz do processo – é o assento da busca por um efetivo e não mais mitológico sistema acusatório, com estrutura (inclusive, principiológica) que o sustente, para se consagrar no processo penal o modelo democrático; afastando a possibilidade de, nesta fase, existir iniciativa probatória do juiz e preservando assim seu distanciamento a fim de evitar influencia na formação dos elementos que venham a configurar ou antecipar a pretensão de quem quer que seja.<sup>202</sup>

Assim com o objetivo de se preservar a imparcialidade do julgador, a Lei nº 13.964/19 traz vedação que o magistrado, participante da fase processual, ter acesso ao material da investigação, salvo se tratar de provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas. Nesse diapasão o material da investigação deve ser mantido armazenado na secretaria do juiz das garantias, devendo às partes terem amplo acesso<sup>203</sup>.

Objetiva-se com isso a recorrente manipulação de declarações da fase de investigação. Com essa nova determinação se prestigia o colhimento das provas orais perante o juiz de julgamento.

Ada Pellegrini discorre quanto a contaminação causado no juiz que tem acesso ao inquérito na fase processual, por intervir na formação do seu convencimento. Fundamenta essa conclusão ao apontar que o mesmo juiz é quem decide sobre a admissibilidade da acusação e ao final profere decisão de mérito. Até por isso defende que juízes diferentes atuem na fase pré-processual e na fase processual, conforme preconiza o Código Modelo para América Latina, tratado em capítulo anterior. Com isso permitirá que o juiz forme seu livre convencimento

---

<sup>202</sup> SÁ, Priscilla Placha. Juiz das Garantias: Breve Considerações sobre o Modelo Proposto no Projeto de Lei do Senado 156/2009. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda de; GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho (orgs). **O novo processo Penal à Luz da Constituição**: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, p. 160.

<sup>203</sup> Art. 3º C, § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

somente com os elementos colhidos no transcurso da fase processual, sem que esteja munido de qualquer pré-conceito adquirido ao acessar o inquérito<sup>204</sup>.

Como tratado anteriormente, o código de processo penal brasileiro ao longo dos anos vem sendo submetido a alterações pontuais. Inegavelmente que a proposta de implementação do juiz das garantias é o que tem mais gerado debates. No âmbito do Supremo Tribunal Federal não poderia ser diferente, sendo que após a promulgação da Lei nº 13.964/19 os Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux proferiram decisões, com uma diferença de 7 dias entre a primeira e a segunda. Na primeira decisão ficou determinado um prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para a implementação do juiz das garantias e na segunda, revogando a anterior decisão, determinou a suspensão por tempo indeterminado.

Deve-se ter em mente que a investigação é o procedimento administrativo persecutório que consiste em um conjunto de diligências objetivando a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade do delito. É a fase de elucidação dos fatos, ou seja, ainda não há uma apuração de responsabilidade propriamente dita, uma vez que dessa investigação não resulta de imediato uma sanção. A fase investigatória é caracterizada pela colheita de elementos informativos sem a imprescindibilidade do contraditório e da ampla defesa. Essa fase investigatória por seu caráter elucidatório reveste de eficácia a persecução penal e tem uma relevante função na consecução da garantia constitucional de um devido processo legal, em especial no que se refere à paridade de armas que deve haver entre a acusação e a defesa.

Com essa premissa deve ser analisada a função do juiz ao longo da investigação. Para Aury Lopes Junior o perfil do juiz na fase pré-processual deve ser restrito ao controle da legalidade e de garantidor do respeito aos direitos fundamentais:

---

<sup>204</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-américa: 10 anos depois. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 30, 2000, p. 41-50.

A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação do MP etc.) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo. É também a posição mais adequada aos princípios que orientam o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo penal.<sup>205</sup>

A implementação do juiz de garantias tem o condão de extirpar do nosso ordenamento jurídico a possível parcialidade do juiz que tenha participado ativamente da produção probatória na fase investigatória.

Os que são contra a implementação do juiz de garantias se apoiam no argumento de que seria inimaginável o juiz se contaminar pela acusação no decorrer da investigação e que carregaria esse sentimento para a fase processual.

Ocorre que é indiscutível que existe essa possibilidade, qual seja, do juiz na fase pré-processual se filiar as teses acusatórias que acabe por prejudicar sua imparcialidade. Até por isso que se utilizou da palavra “possível”, no sentido de não ser vista como uma regra corriqueira, mas sim como sendo factível.

Nesse viés a implementação do juiz de garantias visa evitar a contaminação do magistrado que participa da instrução munido de pré-conceitos obtidos em decorrência da fase investigativa caracterizada pela inquisitorialidade.

Única forma de manter a imparcialidade é fazendo uma lobotomia na cabeça do julgador, pois como vai fazer para ele apagar tudo o que ele viu e ouviu, na fase de investigação, para depois julgar imparcialmente.

A crença de que esse juiz pode julgar imparcial é um mito típico do sistema inquisitivo. É uma fé na superioridade moral do juiz que supostamente é capaz de agir de forma que o resto das pessoas não consegue. A pessoa que julga tem que ser totalmente ignorante, não pode conhecer nada da matéria que está posta em julgamento até o juízo começar.

---

<sup>205</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 254.

É natural do ser humano que caso tenha que decidir sobre certo fato que ele queira obter a maior quantidade de informações, com o objetivo de tomar a decisão correta que compromete a imparcialidade do juiz na fase de investigação.

Aury Lopes Júnior e Ruiz Ritter<sup>206</sup> fazem uma ligação do processo penal com os estudos de psicologia social para analisar o fenômeno da “percepção de pessoas” que demonstra que a primeira impressão é que gera uma vinculação definitiva na formação da impressão. Para tanto apresentam duas principais conclusões da pesquisa realizada por Solomon Asch que determina:

As descrições dos estudantes indicam que os primeiros termos estabelecem uma direção, e esta exerce uma influência contínua sobre os últimos termos. Quando se ouve o primeiro termo nasce uma impressão, ampla e não cristalizada, mas dirigida. A característica seguinte está relacionada com a direção estabelecida. A opinião formada adquire rapidamente uma certa estabilidade; as características posteriores são ajustadas à direção dominante, quando as condições o permitem.<sup>207</sup>

Nesse viés é que o autor afirma que quando o juiz tem amplo poder de buscar as provas na fase da investigação, inclusive de realizar perguntas indiscriminadamente, naturalmente ele passa a ter interesse no resultado da investigação criminal.

Um autêntico juiz de controle da investigação não pode ter nenhum interesse no sucesso e no resultado da investigação do MP. Não é uma questão de pessoa, é uma questão estrutural do sistema.

A figura do juiz de garantias não é um instituto inovador, criado pelo Direito Brasileiro, inclusive já vinha sendo estudado desde sua introdução no PLS 156/09. No âmbito internacional já se implementou os juízes de garantias no Chile, Paraguai, Colômbia, Alemanha, Itália, Espanha e França.

---

<sup>206</sup> LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma jurisdição penal imparcial: Reflexões a partir da teoria da Dissonância cognitiva. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 8, n. 16, set-dez. 2016.

<sup>207</sup> LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. *apud*. ASCH, Solomon E. **Psicologia social**. 4. ed. Trad. Dante Moreira Leite; Miriam Moreira Leite. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977, p. 182-183.

Atualmente o juiz já chega à fase de instrução sabendo dos autos, já conhece os relatórios da polícia, as circunstâncias fáticas da prisão em flagrante, já decretou medidas cautelares, medidas atentatórias aos direitos fundamentais (grampos telefônicos, quebra dos sigilos fiscais e telefônicos). Assim ele julga conhecendo muitas informações o que é incompatível com a imparcialidade estrutural.

Com o advento da Lei nº 13.964/19 foi introduzida a figura do juiz de garantias, que tem gerado muita discussão no âmbito acadêmico e social. Uma crítica que podemos ressaltar é com relação ao fato do juiz das garantias ter recebido a atribuição da admissibilidade da acusação, atribuição que não estava prevista no Projeto de Lei do Senado n. 156/09.

Com essa atribuição o juiz das garantias deve decidir definirá sobre o recebimento provisório e o definitivo da denúncia ou da queixa, participando do contraditório no juízo de absolvição sumária.

Apesar de ser uma grande inovação, no sentido de se apresentar de forma expressa limitações ao juiz na gestão probatória, mas não se pode ignorar que não se trata também de algo que vá resolver todos os problemas apontados no Código de Processo Penal brasileiro. Até porque o nível de desenvolvimento e complexidade do processo penal não admite mais tais simplificações<sup>208</sup>.

O juiz das garantias tem a missão de fiscalizar a investigação, com o objetivo de resguardar os direitos do investigado. Adverte-se que este não tem o condão de assegurar a qualidade ou do conteúdo do material colhido.

O texto do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº. 156/2009 já apresentava essa delimitação:

Neste caso, o curso da investigação será acompanhado pelo juiz das garantias, não como controle da qualidade ou do conteúdo da matéria a ser colhida, mas como fiscalização do respeito aos prazos

---

<sup>208</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 72.

legais previstos para a persecução penal. Atuação, como se vê, própria de um juiz das garantias.<sup>209</sup>

Nesse Projeto de Lei do Senado<sup>210</sup>, já trazia a previsão de ser implementado a figura do Juiz das Garantias em seu artigo 15º, com a seguinte redação:

Art. 15. 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: [...]

Apesar de não ter sido esse PLS que originou a Lei. nº 13.694/19, é interessante observar a Exposição de Motivos do PLS<sup>211</sup> que abordava o tema

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

No seu artigo 3º-B<sup>212</sup>, a Lei 13.964/2019, dispõe de forma minudente sobre a incumbência do Juiz das Garantias, sendo que nesse rol de atividades atribuídas ao

---

<sup>209</sup> BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 19 jan. 2020.

<sup>210</sup> BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 19 jan. 2020.

<sup>211</sup> BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182956/000182956.pdf?sequence=10&isAllowed=y>. Acesso em: 19 fev. 2020.

<sup>212</sup> I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal; II – receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; III – zelar pela observância dos direitos do



juiz de garantias, verifica-se que várias decisões exigem requerimento antecipado das partes, enquanto outras condutas prescindem por completo de alguma provocação do magistrado. No momento em que esse juiz é notificado, por meio da autoridade investigante sobre a instauração do inquérito, o juiz de garantias passa a ser o fiscal da legalidade dessa investigação.

Quando há a disposição legal de vedação à iniciativa do juiz na fase de investigação (art. 3ºA do CPP), o legislador não está permitindo que o magistrado direcione os rumos da investigação, sob pena de ser considerado um perseguidor do investigado.

Como se pode aferir na fase de investigação a figura do juiz de garantias tem a finalidade precípua de salvaguardar os direitos do investigado. Sua atividade propiciará mais isenção ao juiz que vai decidir se o acusado é culpado ou inocente. Com a introdução do Juiz das Garantias, a persecução penal foi dividida em duas fases: a primeira, chamada de fase investigatória, é aquela na qual um juiz cuida das decisões necessárias à investigação, fazendo valer todas as atribuições descritas

---

preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; IV – ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; V – decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revoga-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto no CPP ou em legislação especial pertinente; VII – decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI – decidir sobre requerimentos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; c) busca e apreensões domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII – determinar a instauração de incidente de insanidade mental; XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 do CPP; XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII – decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; XVIII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

nos incisos I a XVIII do artigo 3º-B; a segunda, caracteriza-se pela presença do juiz que de fato vai julgar o caso e prolatar a sentença, ratificando a busca de um sistema transparente, pois esse magistrado será o garantidor dos direitos fundamentais da persecução penal, assegurando a imparcialidade necessária à atuação do julgador.

O juiz de garantias deve se portar nessa fase inicial do processo como garantidor e não como inquisidor. Ele é colocado na posição de instância de controle judicial, cabendo-lhe a decisão sobre as medidas que limitem ou que ponham em risco os direitos fundamentais do investigado. Ele não é um sujeito “necessário” nessa fase pré-processual uma vez que não há sequer imputação. Sua intervenção deve ser contingente e excepcional, já que será chamado quando a excepcionalidade do ato exigir uma autorização.

Sua atuação não é ilimitada e arbitrária, pois a Lei 13.964/19 não trouxe uma mudança de competência propriamente dita. A competência é atributo de Juízo e o Juízo é o mesmo. A maior mudança trazida pela introdução desse magistrado no procedimento processual penal é a criação de uma causa de impedimento. Houve um verdadeiro redimensionamento da atividade judicial no decorrer da persecução penal primária, por ser o magistrado o garantidor dos direitos fundamentais do acusado. A atuação do juiz na fase de investigação passa a ser entendida como critério de exclusão desse magistrado da fase seguinte.

O juiz de garantias deve adotar uma posição bem definida ao ser chamado nessa fase de investigação. Sua atuação será daquele que protege os direitos do sujeito passivo. Ele vai agir mediante a invocação das partes nas medidas submetidas à reserva de jurisdição.

A intervenção do Juiz das Garantias cessa com o recebimento da denúncia ou queixa, conforme preceitua o novo artigo 3º-C, do Código de Processo Penal.

A referida lei soluciona, ainda, diversas incompatibilidades havidas em nosso ordenamento jurídico penal no sistema processualista, tais como: a) a possibilidade de arquivamento do inquérito policial pelo próprio órgão do Ministério Público (art. 28 do CPP); b) a vedação de aplicação de medidas cautelares de ofício pelo

magistrado (art. 282, § 2º, do CPP); c) o impedimento da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz (art. 311 do CPP); d) e a implementação da figura do Juiz das Garantias (art. 3º-A. do CPP).

Não podemos deixar de fazer menção com relação às decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) sem sede da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299/DF.

Aderimos à posição exarada por Lenio Streck<sup>213</sup>, que critica a onda do positivismo e demonstra sua incompatibilidade com o neoconstitucionalismo:

Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre o neoconstitucionalismo (ou, se assim se quiser, o constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do segundo pós-guerra) e o positivismo jurídico. Assim: a) o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral. Como contraponto, o neoconstitucionalismo seria uma ideologia política menos complacente com o poder; b) o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade, neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista. No Estado constitucional, pelo contrário, a função e a hierarquia da lei têm um papel subordinado à Constituição, que não é apenas formal, e, sim, material; c) também há uma incompatibilidade entre neoconstitucionalismo com o positivismo visto como metodologia, porque esta separou o direito e a moral, expulsando esta do horizonte jurídico.

Nesse viés Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa<sup>214</sup> advertem que a mentalidade inquisitória seria uma das barreiras a serem transplantadas para a implementação do juiz de garantias.

---

<sup>213</sup> STRECK, Lenio Luiz A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 155.

<sup>214</sup> LOPES JUNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal**. São Paulo: Conjur. 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em 23 jan. 2020.

É inconcebível que tenhamos que litigar em prol de um instrumento que visa democratizar o processo penal, principalmente quando se está defendendo a aplicação de uma modelagem acusatória com viés democrático. Nessas ocasiões denota-se que Alexandre Morais da Rosa está correto ao defender que não basta mudar as Leis, pois é necessário mudar também a cultura dos responsáveis pela sua aplicação<sup>215</sup>.

Por fim, por toda ótica que se tente analisar quanto à necessidade de se implementar o juiz de garantias é inquestionável que devemos prestigiar o princípio da imparcialidade objetiva para reconhecer o impedimento do juiz, que tenha participado da fase pré-processual no decorrer da produção probatória, de exercer a função de juiz da instrução.

---

<sup>215</sup> ROSA, Alexandre Morais da. Quando se fala de juiz no novo CPP, de que juiz se fala? *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal a luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 127.

### **3 A ATUAÇÃO DO JUIZ APÓS O ADVENTO DA LEI Nº. 13.964/2019**

Nesse presente capítulo pretende-se analisar os efeitos práticos das alterações que o Código de Processo Penal sofreu com o advento da Lei nº 13.964/19, mais especificamente com relação à atuação do juiz na gestão das provas. Adverte-se que não serão analisados somente os artigos que sofreram alterações, mas visa também os que foram afetados pelo o advento do art. 3º-A, do CPP, em especial aqueles que tem correlação ao tema da iniciativa probatória e afetos a imparcialidade.

A partir dessa análise será possível diagnosticar a (des)necessidade de se adequar a legislação e sua interpretação, com o viés de assegurar a correta aplicação do modelo processual penal democrático, em consonância os dizeres contidos na Constituição Federal.

O Código de Processo Penal contém alguns dispositivos que permitem a atuação do juiz de ofício e que merecem atenção com o condão de se verificar sua conformidade com a modelagem acusatória adotada do art. 3º-A, do Código de Processo Penal, que foi introduzido em nosso ordenamento jurídico a partir da Lei nº 13.964/19.

Dentre esses artigos que pretendemos enfrentar que de alguma forma concede poderes de atuação de ofício por parte do juiz, podemos referenciar os seguintes: art. 5º, inciso I e II, art. 13, inciso II, art. 127, art. 156, art. 157, art. 168, art. 176, art. 180, art. 181, art. 196, art. 209, art. 212, art. 234, art. 242, art. 282, § 2º, art. 311, art. 366, art. 404, art. 497 e art. 807.

Todos esses artigos demonstram o viés inquisitivo do processo penal brasileiro. Isso porque admitem poderes de ofício ao magistrado, sem impor restrições, no que tange à produção probatória. Realmente, de acordo com Thums,

“a conduta do juiz que, de ofício, determina a realização das provas, para formar seu convencimento, traz um sinal identificador da Inquisição”<sup>216</sup>.

### **3.1 Atuação do juiz no decorrer da fase pré-processual**

Antes de qualquer coisa, cumpre ressaltar que na investigação é que se procura desvendar a respeito de determinado fato, sendo uma atividade preparatória para a ação penal, com caráter preliminar e informativo. Busca-se reconstituir fato passado oculto, se utilizando de diversos instrumentos, como interrogatórios, análise fiscal, telefônica dentro outros meios utilizados.

Nesse momento a figura do investigador se assemelha ao pesquisador acadêmico, pois ambos possuem várias hipóteses a serem analisadas e necessitam buscar provas para determinar quais seriam verdadeiras e quais seriam falsas.

A possibilidade de atuação do juiz de ofício para determinar a produção probatória antecipada de prova sempre foi muito questionado, pois nesse momento, inquestionavelmente, se estaria em substituição da acusação, ademais nesse momento sequer pode se falar em processo. Nessa fase o juiz deve atuar por provocação das partes, objetivando evitar qualquer abuso por parte do investigador e, com isso, garantindo a prevalência de todos os direitos do investigado.

O único que tem atribuições para ir em busca das provas é o Ministério Público, com o auxílio da polícia, por ter ele a legitimidade para ajuizar a ação penal, sempre que entender subsistir elementos para tanto.

Inclusive essa é a posição seguida também por Aury Lopes Júnior que defende a necessidade de a atuação do juiz, na fase pré-processual, ser muito

---

<sup>216</sup> THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 281.

limitada, devendo ser o responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais<sup>217</sup>, inclusive em respeito a modelagem acusatória implementada.

Muito acertadamente, a Lei n. 13.964/19 determinou expressamente a vedação de que o juiz possa participar, de qualquer forma, da produção probatória na fase pré-processual, até porque nesse momento é exigido a separação das funções de acusar. Essa mesma vedação não consta, e não poderia ser diferente, na fase processual, até porque o juiz deve determinar a produção probatória a fim de esclarecer pontos controvertidos, mas sempre de forma suplementar.

Segundo Mauro Fonseca Andrade, o princípio acusatório nada mais é do que a imprescindibilidade de um acusador distinto do juiz num modelo de processo penal, devendo ser manifestada materialmente, ao invés de ser meramente formal. Essa diferenciação deve se dar de maneira efetiva, com a impossibilidade de o juiz determinar a postura a ser assumida pelo acusador, sob pena de utilizar-se desse mesmo acusador como uma marionete, a fim de esconder seu ímpeto acusatório no processo por ele presidido<sup>218</sup>.

Até por isso não se pode admitir ao juiz exercer a função do promotor, pois isso compromete gravemente o devido processo, porque é uma garantia fundamental que um cidadão que está sendo investigado é o fato de cada ator vai se responsabilizar pela sua função.

Nesse sentido, que igualmente entendemos ser questionável a possibilidade do magistrado de ofício determinar a instauração de inquérito policial, como consta no art. 5º, inciso I, do CPP.

O réu tem que ter certeza de que só o promotor vai realizar a persecução criminal. Se o juiz se mistura na função do MP então o réu acaba se defendendo do

---

<sup>217</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 253.

<sup>218</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. O Sistema Acusatório proposto no Projeto de Novo Codex Penal Adjetivo. **Revista Ibero-Americana de Ciência Penais**, v. 9, n. 17, p. 51-84, 2009.

juiz. Como é comum de se dizer “quem se defende do juiz precisa mesmo de Deus como defensor”.

A função do juiz não pode ter qualquer interesse em quem perde ou ganhe, o único interesse do juiz é garantir que todos os atores joguem em função das regras do jogo.

Quando o juiz se mistura na função do Ministério Público, direta ou indiretamente, o órgão acusador acaba não se responsabilizando pela sua tarefa. Quando ninguém se responsabiliza pela sua tarefa acontece uma coisa muito estranha, pois nos fracassos da persecução criminal você não sabe quem deve ser responsabilizado, se o juiz ou o promotor. Além de fragilizar as garantias fundamentais, comprometendo a eficácia institucional da persecução penal.

Nesse diapasão, convém referendar quanto à implementação do § 3º, do art. 3º-C, do Código de Processo Penal, que visa maximizar a imparcialidade do juiz da instrução, ao restringir o seu acesso ao material informativo produzido na fase investigativa, ao determinar que “não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas”.

Convém mencionar que tanto a acusação quanto a defesa têm amplo acesso aos autos da investigação, que ficarão acautelados na secretária do juízo das garantias<sup>219</sup>.

Com isso a originalidade cognitiva do juiz restará preservada, como é o objetivo do legislador com a modernização da modelagem acusatória, pois evitará a formação de pré-conceitos oriundos do acesso ao inquérito.

A atuação do juiz de garantias se encerra com o juízo positivo da admissibilidade da acusação, ocasião em que os autos são distribuídos ao juiz da

---

<sup>219</sup> Art. 3º-C, § 4º, do CPP: Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.’



instrução, que em observância ao art. 3º-D<sup>220</sup>, não pode ser o mesmo que tenha participado da investigação ou fase pré-processual.

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

Com a conclusão de ser vedada a participação do juiz de garantias na produção probatória, faz sentido agora analisar também a nova sistemática para o arquivamento do inquérito, objetivando se entender qual o papel do juiz nesse momento.

### **3.2 Nova sistemática de arquivamento do inquérito**

Com o advento do novo art. 28 do CPP provocou uma mudança substancial no regime do arquivamento, aperfeiçoando a conformação acusatória. Refere-se a dispositivo de controle sobre o arquivamento do inquérito policial.

Agora, para que ocorra o arquivamento do inquérito, não mais depende da apreciação do juiz, pois com a reforma do art. 28 do CPP<sup>221</sup> foi suprimida a possibilidade de o juiz, caso não concorde com o pedido de arquivamento, remeter o inquérito para o procurador-geral. Com a reforma a decisão de ser arquivado é uma decisão que deve ser tomada no âmbito do Ministério Público.

---

<sup>220</sup> Art. 3º-D, do CPP: O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

<sup>221</sup> A antiga redação do art. 28 do CPP previa: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

Nova redação do art. 28 do CPP prevê: “Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.”

Anteriormente para o arquivamento do inquérito necessitava da prévia análise do juiz, após pedido formulado pelo Ministério Público, que tinha de proferir decisão fundamentada. Se não concordasse com o pedido de arquivamento, o juiz remetia o inquérito policial ou peças de informação para o órgão superior interno à instituição acusatória. Assim, a denúncia poderia ser oferecida por outro membro do Ministério Público ou o pedido de arquivamento mantido.

Tal dispositivo sofria críticas por violar as diretrizes da modelagem acusatória, pois permitia a intromissão do julgador em âmbito de decisão sobre a acusação, contaminando inequivocamente a necessária imparcialidade do órgão julgador.

A partir de agora, o controle judicial sobre o arquivamento da investigação preliminar foi suprimido. O inquérito será remetido para homologação ao órgão superior no próprio Ministério Público e a vítima poderá se manifestar se discordar do arquivamento.

Com acerto, o Vinicius Gomes de Vasconcellos comenta:

A redação dos dispositivos parece um pouco confusa, ao passo que o caput determina o encaminhamento dos autos para instância superior para fins de homologação de um modo que aparenta ser automático e o § 1º condiciona tal revisão a um pedido da vítima ou de seu representante legal.

[...]

Trata-se de alteração positiva que regulamenta de modo mais adequado o controle sobre o arquivamento da investigação, estabelecendo mecanismo de revisão interna no Ministério Público, de modo a fortalecer a separação de funções (sistema acusatório) e valorizar a atuação da vítima.<sup>222</sup>

Com essa medida o procedimento para o arquivamento do inquérito passa a possuir duas fases, como assim destaca Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa:

---

<sup>222</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Comentários sobre as alterações processuais penais aprovadas pelo Congresso Nacional no Pacote Anticrime modificado (PL 6.341/2019)**. São Paulo: Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/modificacoes-processuais-projeto.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

- a) primeira fase: o representante do Ministério Público emite manifestação pelo arquivamento, comunica formalmente vítima e investigados, quando existentes, advertindo expressamente da possibilidade recursal em 30 dias (prazo que se conta da respectiva intimação e não da juntada aos autos, na linha do art. 798, do CPP);
- b) segunda fase: Efetivadas as comunicações formais, ausente pedido voluntário de revisão da vítima (ou seu representante), investigado ou autoridade investigadora, devidamente certificado o prazo, sobem os autos para homologação do arquivamento pelo órgão competente da Instituição do Ministério Público que pode confirmar ou divergir, total ou parcialmente, caso em que será designado novo membro do Ministério Público para o exercício da ação penal.<sup>223</sup>

Em outras palavras, com o surgimento dessa nova sistemática legal para o arquivamento do inquérito, não mais sofre da interferência do controle jurisdicional, sendo que passa a ser de decisão unicamente pelo controle administrativo, cabendo revisão pelo próprio órgão ministerial, de acordo com o art. 28, caput, § 1º e § 2º, do CPP, introduzido com o advento da Lei nº 13.964/19.

Essa alteração do sistema de arquivamento dos inquéritos traz uma democratização ao inquérito, por estabelecer mecanismos de revisão interna no Ministério Público, em total conformação a modelagem acusatória adotada.

### 3.3 A produção probatória pelo juiz na fase processual

Quando se fala em produção probatória na fase processual, compulsoriamente se está enfrentando os dizeres do inciso II do art. 156 do Código de Processo Penal<sup>224</sup>, que foi reformado pela Lei 11.690/2008, sendo que em ambas

---

<sup>223</sup> LOPES JUNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Como se procede o arquivamento no novo modelo do CPP**. São Paulo: Conjur. 10 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/limite-penal-procede-arquivamento-modelo>. Acesso em 26 jan. 2020.

<sup>224</sup> Redação original: Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Antiga redação. Redação em vigor: Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Nova redação pela lei n. 11.690/2008.

redações vem a previsão da produção probatória de ofício por parte do juiz. A diferença consiste na redação do atual artigo que estabelece que a atuação do juiz se aplicada para eliminar dúvidas existentes.

Defende Geraldo Prado, dentre outros doutrinadores, que o juiz não poderia participar, em nenhuma das suas fases. Argumenta que o juiz não poderia participar da produção probatória por entenderem que se estaria em desconformidade com o *sistema acusatório* que impõe a separação das funções de acusar e julgar<sup>225</sup>.

O juiz é o destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese do processo penal são duas: há crime e o réu é responsável ou isso não é verdade, a prova produzida de ofício visará confirmar uma das duas hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligada à hipóteses que pretende comprovar.

Ocorre que não nos filiamos a essa corrente de entendimento. Michele Taruffo faz uma analogia que merece ser reproduzida para facilitar a compreensão quanto à necessidade de se permitir a atuação do juiz, na produção probatória:

Seria inútil perguntar se um historiador pode ou não (deve ou não) buscar as fontes com base nas quais possa fazer seu trabalho de reconstrução de um fato; seria igualmente inútil perguntar se um cientista tem ou não o direito de desenvolver as pesquisas necessárias para descobrir a verdade de um fato ou de uma teoria. No processo, entretanto, as coisas são bem mais complicadas, seja pela interferência de opções ideológicas, seja porque o juiz não é o único sujeito ativo naquele contexto [...] é o único sujeito *lato sensu* <<interessado>> em que o procedimento conclua-se com uma decisão verídica.<sup>226</sup>

Como argumentado anteriormente, o que não se pode confundir é a diferença entre o juiz imparcial com o inerte, como já tratado no capítulo anterior. Ressaltando que o princípio da imparcialidade do juiz, na fase processual, não exclui a

---

<sup>225</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 24.

<sup>226</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marciel Pons, 2016, p. 201.

possibilidade de o juiz atuar na produção probatória, mas sempre de forma subsidiária. Essa interpretação se mantém de forma agora mais restritiva.

Ada Pellegrini Grinover<sup>227</sup> leciona nesse sentido, ao entender que a atuação do juiz não possa se limitar a análise dos elementos apresentados pelas partes, mas devendo determinar sua produção com o intuito de motivar seu livre convencimento.

Agora com o advento da Lei nº 13.964/19 deve ser feita a leitura do inciso II do art. 156 do CPP de forma mais restritiva, com o intuito de balizar a atividade probatória do juiz nos conformes estabelecidos na modelagem acusatória expressamente prevista no art. 3º-A do CPP, pois veda “a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

A atuação do juiz deve ser unicamente para dirimir dúvidas, jamais com o viés de se alcançar provas novas. Sendo que na prática não é fácil fazer essa distinção.

O que não pode se perder de mente é que cabe ao Ministério Público provar a existência de provas quanto à infração penal. Por conta dessa atribuição é que ao juiz somente pode caber a função suplementar.

Caso ocorra a violação dessa distinção de atuação, em decorrência do descumprimento da regra basilar da modelagem acusatória, estaremos diante de uma prova ilícita, o que ocasiona sua nulidade. Ressaltando que até para ser declarada a nulidade dessa prova há necessidade de que ela tenha contribuído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa, nos exatos termos do art. 566 do Código de Processo Penal.

Essa regra basilar visa, como já amplamente debatido, afastar a possibilidade de o juiz se tornar um investigador, ao sair em busca da produção probatória sem qualquer requerimento por parte da acusação ou da defesa. O juiz não pode exercer o papel reservado às partes, em respeito a imparcialidade em seu amplo sentido.

---

<sup>227</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 7, n. 27, p. 71-79, 1999.

Evidenciando que a atividade supletiva, que o juiz pode exercer, se aplica somente às provas requeridas pelas partes, não sendo possível ser utilizado como fundamento para suprir possíveis deficiências probatórias.

Aury Lopes Junior alerta que

não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora

Essa limitação da atuação do juiz decorre do afastamento da ideia de verdade real, ao ponto que somente podemos falar em verossimilhança das provas, numa ideia de uma verdade real que se identificaria pela probabilidade sobre o fato ocorrido no passado. Nesse sentido “deverá haver um consenso sobre a arquitetura da prova, porque o processo moderno passa a ser um palco de argumentação, e não de reconstrução de eventos pretéritos atrelados à descoberta da verdade”<sup>228</sup>

A nova interpretação que se deva conferir ao fatídico artigo 156, inciso II, do CPP, além de respeito a modelagem acusatória, tem o condão de se retirar o estereótipo de ser função do juiz combater o crime.

### **3.4 Contaminação do juiz que tenha tido acesso a prova ilícita.**

A inovação trazida pela Lei nº 13.964/19 no art. 157, do Código de Processo Penal, que trata da inadmissibilidade das provas ilícitas, foi a inserção do § 5º que assim prevê: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Portanto, o julgador deverá ser substituído quando houver declaração de ilicitude de qualquer elemento probatório a que já tenha tido contato anterior.

---

<sup>228</sup> THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 198.

Trata-se de mais um mecanismo que visa proteger a imparcialidade objetiva do julgador, pois promover o desentranhar das provas declaradas ilícitas não seria suficiente, em razão de o juiz da instrução, provavelmente, já ter se contaminado com as informações contidas na prova.

Em outras palavras, estamos diante de um impedimento do juiz que tenha conhecido de prova ilícita de julgar a causa, em decorrência do risco, mesmo que minimamente, de ser influenciado pelo conteúdo do material probatório ilícito conhecido.

O referido dispositivo inclusive fazia parte do Projeto de Lei nº 4.205, de 2001, que se transformou na Lei nº 11.690/2008, tendo sido vetado por entender que estaria em desconformidade com a celeridade, ao determinar a substituição do juiz que já conhece toda a matéria em debate por outro que desconhece totalmente do processo. O veto também se apoiou no argumento de se assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas.<sup>229</sup>

Ocorre que com a inserção novamente do referido dispositivo, tem o intuito de se resguardar a imparcialidade objetiva, já que o juiz possa ter adquirido preconceitos, mesmo que inconscientemente, ao ter tido acesso as provas declaradas ilícitas.

Nesse diapasão convém ressaltar que não se pode defender que o juiz ao ter acesso as ditas provas ilícitas passaram a buscar novos elementos para justificar

---

<sup>229</sup> Razões do veto:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada. (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Legislação Informatizada - Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 – Veto**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11690-9-junho-2008-576211-veto-99463-pl.html>. Acesso em: 21 fev. 2020).

uma sentença condenatória. Mas se está defendendo quanto a possibilidade do juiz ser influenciado por ter tido acesso as provas ilícitas.

Segundo Luiz Flávio Gomes o veto em 2008 baseou-se manifestamente no direito penal do inimigo. Para essa teoria o Estado trata o sujeito como inimigo e não mais como cidadão. Essa característica é verificada nas legislações que são criadas com o intuito de satisfazer o anseio da sociedade como um todo.<sup>230</sup>

Por essas razões é que entendemos ter sido inoportuno o veto em 2008 e ser pertinente a inclusão em nosso ordenamento jurídico dessa determinação. A nítida intenção do veto foi prestigiar a celeridade do processo, mas não se pode esquecer que do outro lado da balança estaria o direito ao julgamento imparcial, que é uma das garantias mais importantes de um estado democrático de direito, como já debatido.

Essa mesma crítica se faz ao voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli, ao enfrentar tal assunto em sede liminar, referenciou o veto ocorrido em 2008, frisando que teria ocorrido por contrariar o interesse público, como se denota do seguinte trecho de seu voto:

A referida norma – que estaria situada no § 4º do art. 157 do CPP – foi **vetada pelo Presidente da República**, por contrariedade ao interesse público, ao fundamento de que ela poderia “causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso”, o que iria contra o objetivo primordial da reforma de imprimir celeridade e simplicidade ao processo penal.

De fato, diferentemente do que ocorre na cisão de competência funcional ocorrida com a figura do juiz de garantias, a norma em análise possibilita a **alteração do juiz competente no interior da fase processual**. Em síntese, muda-se o juiz da causa estando já em curso o processo. [grifos no original]

---

<sup>230</sup> GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal). **Revista Jurídica Unicoc**, Ano II, n. 2, 2005.



Esse mesmo entendimento foi seguido posteriormente pelo Ministro Luiz Fux, em sede liminar no Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.299/DF.

Analisando o conceito de prova ilícita constata-se que por ser ilícita sequer podemos chamar de prova, já que para ser prova tem a necessidade de ser lícita.

Uma possível prova ilícita seria aquela requerida de ofício pelo juiz ainda na fase pré-processual, ou, aquela requerida na fase processual quando se estiver nitidamente em substituição ao órgão acusador.

A reforma do Código de Processo Penal não aplicou modernização necessária ao tema “das nulidades” (arts. 563-573), que necessita da atenção do legislador para que possa clarear sua aplicação.

Alexandre Morais da Rosa adverte que

o regime de nulidades do CPP (arts. 563-573), além de ultrapassado, é confuso. Adota a compreensão mitológica da verdade substancial (CPP, art. 566), mantém dispositivos revogados noutros locais do próprio CPP (art. 564, III, “a”, “b”, “c”, III), bem como indica compreensão civilista, incompatível com o devido processo legal substancial, da ausência de prejuízo – *pas de nullité sans grief* (CPP, art. 563)<sup>231</sup>.

De toda forma, mesmo com essas críticas, podemos afirmar que a inserção do parágrafo 5º ao artigo 566 do CPP, trouxe inovação ao prestigiar mais uma vez a imparcialidade objetiva do julgador.

### **3.5 Possibilidade de o juiz determinar a oitiva de testemunha não arrolada pelas partes e de complementar a inquirição**

Como amplamente debatido, ao juiz é permitido participar na produção probatória, mas que de forma suplementar, desde que não seja em substituição do

---

<sup>231</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019, p.582-583.

órgão acusador. Não pode o juiz juntar-se ao Ministério Público no viés de buscar as provas necessárias para fundamentar uma condenação.

Nesse condão deve ser enfrentado os dizeres do art. 209<sup>232</sup>, do CPP, que autorizaria o juiz a proceder a oitiva de testemunhas, mesmo não arroladas pelas partes.

Nesse enfrentamento devemos que separar, em algumas hipóteses, para poder ter o correto diagnóstico quanto à compatibilidade ou não com a modelagem acusatória imposta.

Primeira hipótese a ser ventilada é o caso do Ministério Público ter conhecimento da existência de uma testemunha, mas não a arrolou por qualquer motivo, dentre eles até por conta de esquecimento.

Nessa hipótese, em observância ao art. 3º-A, não poderá o juiz ouvir essa testemunha, pois estará atuando em “substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Não se pode dividir a função exercida pelo Ministério Público com o juiz, ou seja, ao órgão acusador incumbe a indicação das testemunhas que tenham contribuído com seu convencimento acusatório.

O fato de o Ministério Público não ter arrolado uma testemunha, pode significar que entenda não ser útil sua oitiva. Nesse sentido o juiz deve respeitar a opção imposta pelo órgão acusador.

Agora já a segunda hipótese, qual seja, a testemunha que foi referenciada pela primeira vez, desconhecida por todos, no transcurso da fase processual.

---

<sup>232</sup> Art. 209, do CPP: O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

Nesse caso, diferentemente da primeira hipótese, a juiz pode determinar a oitiva dessa testemunha. Pois ficaria caracterizada a atuação de forma suplementar, por visa elucidar a verdade processual.

Inclusive o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento quanto a vedação do juiz determinar a oitiva de testemunhas em nítida substituição e quanto a possibilidade da oitiva de testemunha indicadas extemporaneamente, surgidas no transcurso da produção da prova oral. Nessa última hipótese se está prestigiando a atividade probatória de forma residual, ocorrida após a iniciativa primária das partes, que visa dirimir dúvida sobre pontos relevantes que surgiram durante a instrução processual.<sup>233</sup>

Assim, mantém incólume os dizeres constantes do § 1º, do art. 209 do CPP, por não ser visualizado qualquer incompatibilidade com a modelagem acusatória implementada com o art. 3º-A, do CPP.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao analisar o art. 807<sup>234</sup>, do CPP, que prevê a possibilidade de o juiz requerer a oitiva de testemunha do ofício nas ações intentadas mediante queixa.

### **3.6 Supressão da possibilidade da decretação de medida cautelar de ofício**

Inicialmente convém mencionar que a Lei 12.403/11, introduziu em nosso ordenamento jurídico um sistema renovado de medidas cautelares. Com o advento dessa lei passou-se a interpretar a prisão preventiva como sendo aplicada em caso que não ser possível aplicar outra medida menos gravosa.

---

<sup>233</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). Habeas Corpus. **HC 503241/SP**. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, [...]. Impetrante: Daniel Leon Bialski e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Jose Eduardo Ramires. Relator(a): Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 23 de agosto de 2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100028409&num\\_registro=201900998257&data=20190823&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100028409&num_registro=201900998257&data=20190823&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>234</sup> Art. 807, do CPP: O disposto no artigo anterior não obstará à faculdade atribuída ao juiz de determinar de ofício inquirição de testemunhas ou outras diligências.

Essa lei conferiu nova redação ao art. 311<sup>235</sup>, do Código de Processo Penal (CPP) passando a permitir somente a prisão de ofício no curso da ação penal.

Nas palavras de Nereu Giacomolli, a atuação de ofício por parte do juiz não pode ter o condão de se voltar ao tempo em que ocupava a posição de acusador-julgador.

O processo, até atingir o patamar de categoria jurídica própria, passou por várias concepções, mormente no âmbito civil (processo como contrato, quase-contrato, acordo, relação jurídica, serviço público, instituição, situação jurídica, v.g.). Porém, o fenômeno da oficialidade do processo penal não abarca a união das atividades dos sujeitos oficiais, sob pena de o sujeito encarregado de proferir uma sentença e de aplicar a sanção ocupar o lugar do Estado-Acusador, transmudando o sujeito, de julgador em acusador-julgador, bem como de concretizar um veredicto inválido (ausência de defesa) quando o sujeito oficial que atua no polo passivo (obrigatoriamente da defesa técnica) unir-se à oficialidade acusatória. Portanto, a finalidade do processo não é a realização da justiça punitiva, mesmo que fragmentária, sob pena de, na união de esforços em torno do polo acusador, produzir-se um resultado perturbador e profundamente iníquo. O interesse público do Estado em investigar, acusar, defender e aplicar uma pena criminal, em nosso sistema, está afeto a sujeitos diferentes. [...] <sup>236</sup>

Agora com a Lei 13.964/19 procedeu na modificação da sistemática das medidas cautelares pessoais, ao passo que suprimiu a possibilidade da decretação da medida cautelar de ofício pelo magistrado.

O legislador teve a intenção de conferir limites para a atuação do magistrado, com relação as medidas cautelares não seriam diferentes, visando a conformação com a modelagem acusatória imprimida em nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>235</sup> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (NR)

<sup>236</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Exigências e perspectivas do Processo Penal na contemporaneidade. *In: GAUER, Ruth Maria Chittó Gauer (org.). Criminologia e sistemas jurídico-penal contemporâneos II*. Porto Alegre, 2010, p. 277-278.

Nesse condão o legislador visou prestigiar a atuação da acusação, tendo em vista a necessidade de solicitação por parte da acusação, nos termos do alterado § 2º do art. 282 do Código de Processo Penal (CPP).

Essa alteração está correlacionada com a modelagem acusatória imposta pelo art. 3º-A do CPP, que novamente se opera em observância da imparcialidade, que pode estar sendo atingida com a tomada de decisão do juiz sem ter sido provocado.

No caso da prisão preventiva o requerimento tem que partir “do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”, nos ditames do art. 311, do Código de Processo Penal.

Destaca também a determinação de ser respeitada o contraditório prévio antes de deferir qualquer medida cautelar, sendo a exceção ocorrer nos casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida solicitada. Até porque o *due process* não visa tão somente evitar uma condenação arbitrária, mas também uma privação de direitos arbitrária, incluindo nesse escopo as medidas cautelares.

Essa modificação legislativa visa o afastamento do juiz da posição de acusador, privilegiando a função exercida principalmente pelo Ministério Público, pois agora para a decretação de qualquer medida cautelar, há necessidade de prévia provocação.

Por essa razão é que no caso de descumprimento da medida cautelar, igualmente foi suprimida a possibilidade de o juiz decretar de ofício outra medida substitutiva ou até decretar sua prisão preventiva<sup>237</sup>, sendo que agora somente pode o fazer após requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do

---

<sup>237</sup> Art. 312, § 1º, do CPP: A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

querelante<sup>238</sup>, afastando com isso qualquer possibilidade de interferência de ofício do magistrado.

Como resultado dessa alteração, em caso do descumprimento dessa determinação e o juiz decretar qualquer medida cautelar de ofício, restará configurada a ilegalidade da medida.

Inclusive, antes mesmo do advento da Lei n. 13.964/19, a possibilidade do juiz decretar medidas cautelares de ofício já vinha sendo questionada no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que entende ser de competência exclusiva da acusação, como se denota do voto do Desembargador Nereu José Giacomolli, em sede de liminar, e Amilton Bueno de Carvalho, ratificando a decisão liminar:

[...]

A regra do jogo processual democrático é assim estabelecida: um acusa, outro defende e outro julga. Ou seja, se está frente a processo penal de partes: cada uma com suas funções bem definidas.

No sistema constitucional – abandonado o modelo antigo e vigente antes da atual Constituição – compete ao órgão do ministério público, “promover, privativamente, a ação penal pública”.

Nesta ótica, compete a ele, ministério público, e tão somente a ele, além de promover a ação penal, atuar no interesse acusatório no seu todo, tanto na deflagração da ação quanto das cautelares que sustentam o processo penal.

Em outras palavras, somente ele pode “perseguir” o acusado: é a leitura que faço do mandamento constitucional. [...] <sup>239</sup>

---

<sup>238</sup> Art. 208, § 4º, do CPP: No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

<sup>239</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (5. Câmara Criminal). Habeas Corpus. **HC 70018920934**. - A regra do jogo processual democrático é assim estabelecida: um acusa, outro defende e outro julga. Ou seja, se está frente a processo penal de partes: cada uma com suas funções bem definidas. [...]. Impetrante: Flavio Luis Algarve. Paciente: Leandro Andre Nedeff. Coator: Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Carazinho. Relator(a): Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Rio Grande do Sul, 04 de abril de 2007. Disponível em: [https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_acordaos.php?Numero\\_Processo=70018920934&code=5131&entrancia=2&id\\_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%205.%20CAMARA%20CRIMINAL](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70018920934&code=5131&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%205.%20CAMARA%20CRIMINAL). Acesso em: 20 fev. 2020.

Agora debruçando no § 5º do art. 282, do CPP<sup>240</sup>, verifica-se a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício, desde que “sobrevierem razões que a justifiquem” referente a primeira decretação. Essa hipótese é questionável, mas justifica-se pela existência de pedido pretérito. O que não pode ocorrer é o juiz decretar a prisão preventiva com relação a fatos não requeridos, pois nesse caso estaria incorrendo em vedação.

Por fim, o art. 316<sup>241</sup>, do CPP, foi reformulado no sentido de permitir ao Ministério Público, ao seu assistente ou ao querelante formular requerimento de revogação da prisão preventiva, podendo também, nesse caso, o juiz atuar de ofício, caso verifique a falta de motivo para sua manutenção.

Inegável ser a prisão preventiva a medida cautelar mais gravosa, até pelo seu caráter excepcional, foi inserido o parágrafo único, ao art. 316 do CPP, para determinar sua revisão periódica com o objetivo de se verificar se os seus motivos permanecem válidos. Tal revisão deve se dar a cada 90 (noventa) dias.

Em outras palavras, ao juiz é vedado a decretação de ofício das medidas cautelares, mas não o frustra a possibilidade de revogar a prisão preventiva ou mesmo de poder substituí-la por outra medida menos gravosa, atuando nesse caso inclusive de ofício. O inverso já não é possível, pois ao juiz não é permitido agravar a medida cautelar requerida pela acusação.

Convém destacar a necessidade de se respeitar o contraditório, antes de ser decretada a medida cautelar, salvo em casos de urgência ou de perigo, sendo nesse último caso concedido prazo posteriormente<sup>242</sup>.

---

<sup>240</sup> Art. 282, § 5º, do CPP: O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

<sup>241</sup> Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

<sup>242</sup> Art. 282, § 3º do CPP: Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se

Quanto ao prazo fixado de 90 (noventa) dias para a reanálise da decisão, apesar de não estar expressamente referenciado, mas interpretamos como sendo uma imposição do prazo máximo de duração da prisão preventiva, já que se exige nova decisão fundamentada para sua manutenção.

Nada obsta que o juiz possa realizar os fundamentos de sua decretação, podendo inclusive revogar a qualquer tempo de ofício.

Outra mudança, nesse caso interpretamos como sendo um retrocesso, é a introdução da alínea “e” ao inciso I do art. 492, do CPP, que prevê a obrigatoriedade da prisão preventiva em caso de condenação, pelo tribunal do júri, a pena igual ou superior a 15 (quinze) anos. Somente em casos excepcionais seria permitido ao juiz deixar de determinar a execução provisória.

Mesmo com as ressalvas apresentadas, entendemos que a reforma ocorrida nos indicados artigos foram importantes para delimitar a função exercida pelo juiz, mitigando a possibilidade de atuar sem a manifestação de interesse pela acusação.

---

manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.



## CONCLUSÃO

Com o presente trabalho procurou-se demonstrar que, no âmbito da América Latina tem sido travada uma enorme batalha, com o objetivo de se extirpar dos códigos de processo penal os resquícios inquisitórios. Até por isso se elaborou, após ampla discussão, o Código Modelo para a América Latina, proveniente do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, tendo sido utilizado como base para a reforma em diversos países.

Com o Brasil não poderia ser diferente, pois apesar de não ter conseguido proceder a substituição por completo do Código de Processo Penal, datado de 1941, vem ao longo dos anos sofrendo diversas alterações com o objetivo de aprimorar adequando ao modelo processual penal indicado pela Constituição da República de 1988, que inquestionavelmente consagra o princípio acusatório.

Ao logo dos anos verifica-se a dificuldade que se tem de implementar, de forma eficaz, as garantias constitucionais estampadas em nossa Constituição de 1988. Isso decorre das fortes influências que temos do autoritarismo o que explica ainda atualmente debatermos quanto aos resquícios inquisitórios em nosso ordenamento jurídico.

O Código de Processo Penal brasileiro vem sofrendo alterações com o intuito de se implementar cada vez mais uma modelagem acusatória moderna, sendo uma de suas características a limitação da atuação do juiz na produção probatória, com o intuito de afastamento do juiz de uma das partes. Mesmo com esse afastamento não se pretendeu retirar totalmente o poder probatório do magistrado, inclusive como ocorre em outros países. O que se constatou é que a atuação do juiz na produção probatória deve ocorrer de forma de forma suplementar, se restringindo a fase processual, como inclusive determina o CPP, alterado pela Lei n. 13.964/19, mas que já era esse o entendimento consolidado no âmbito do Supremos Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Com essa noção procuramos, na presente pesquisa, desvencilhar a ideia de ser incompatível com o *sistema acusatório* a participação do juiz na produção

probatória. Nesse sentido restou demonstrada a existência de várias modelagens acusatórias e que não existiria qualquer incompatibilidade, mesmo em sua matriz existencial, da participação do juiz no decorrer da fase processual.

O juiz ocupa a função com maior destaque, até pelo fato dele ter a incumbência de ao final averiguar a pretensão punitiva. Por isso que não se pode defender a permissão de exercer, sem qualquer limitação suas atribuições, uma vez que isso o contamina de preconceitos que irão, inevitavelmente interferir no julgamento.

A confusão da atuação do juiz ainda é identificada em nosso Código de Processo Penal pelo fato de ter sido construído com base em ideais autoritários e fascistas, mantendo a tradição inquisitória.

O autoritarismo é incompatível com a ideia de uma legislação democrática e moderna, por desrespeitar uma premissa incrustada na Constituição da República de 1988 que é o respeito aos direitos do cidadão e seus direitos fundamentais.

Com o objetivo de amoldar nosso ordenamento processual penal aos ditames da Constituição da República é que o CPP tem sido submetido a modificação, como ocorreu recentemente com a promulgação da Lei n. 13.964/19.

Esse Lei, em questão de matéria processual penal, introduzindo vários pontos positivos ao Código de Processo Penal brasileiro, prestigiando a imparcialidade do juiz.

A primeira modificação que foi enfrentada foi com relação ao art. 3<sup>a</sup>-A, do CPP, que delimitou especificamente a modelagem acusatória aplicada que veda a participação da produção probatória pelo juiz de garantias e permite sua atuação, na fase processual, desde que de forma suplementar e não em substituição ao órgão acusador, tratando-se de uma causa de impedimento objetiva ao juiz.

Para a confecção do trabalho, para além da revisão bibliográfica ocasião em que foram apresentados os conceitos controvertidos na doutrina, se buscou

enfrentar as consequências legislativas ocasionado pela promulgação da Lei nº 13.964/19, que promoveu alterações na produção probatória do juiz.

Nessa linha, restou demonstrado serem ideias diferentes do juiz neutro com o juiz imparcial. Sendo que ambos conceitos não se equivalem.

A modelagem acusatória adotada no Brasil, diferentemente da aplicada nos Estados Unidos, sempre rechaçou a figura do juiz inerte. Não seria possível defender o contrário, pois, como ficou amplamente demonstrado, ao juiz cabe participar da produção probatória, mas sempre tivemos a necessidade de se impor limites.

Essa foi a ideia que se tentou demonstrar quanto apresentou-se, ao longo do trabalho, a modelagem acusatória adotada em nosso ordenamento, antes mesmo do advento da Lei n. 13.964/19.

Na busca pelo aprimoramento, sem dúvida que a implementação do juiz de garantias tem o condão de salvaguardar a imparcialidade do juiz, sendo uma novidade ao estabelecer uma causa de impedimento objetiva ao juiz. Lembrando que a função exercida pelo juiz das garantias já é referenciada pelos tribunais superiores.

A utilização de diferentes juízes, o que acompanhará a investigação e o que participará da fase processual, também não é novidade em nosso ordenamento jurídico, pois em São Paulo essa estrutura é utilizada no Departamento de Inquérito Policiais e Polícia Judiciária (DIPO).

As modificações legislativas proporcionadas pela Lei nº 13.964/19 afetaram principalmente os artigos que contêm a previsão de atuação do juiz na produção probatória. Em especial o art. 156 que trata especificamente da produção probatória do juiz na fase da investigação e no decorrer do processo.

Com essas observações denota-se o enorme avanço com a promulgação da Lei nº 13.964/19, ao implementar uma modernização da modelagem acusatória, prestigiando o órgão acusador e a defesa, que tem o condão de produzir todas as

provas necessárias, sem, contudo, afastar a participação do juiz na produção probatória.

Apesar dessa implementação de melhorias, temos total convicção da incompletude da reforma do nosso ordenamento processual penal. Há necessidade de serem implementadas outras reformas, até mesmo para se moldarem a atual realidade imposta com a recente reforma.

## REFERÊNCIAS

ACUÑA, Carlos H.; ALONSO, Gabriela. **La Reforma Judicial en América Latina: un estudio político-institucional de las reformas judiciales en Argentina, Brasil, Chile y México.** Working Paper, Departamento de Humanidades. Buenos Aires: Universidad de San Andrés, 2003.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O Sistema Acusatório proposto no Projeto de Novo Codex Penal Adjetivo. **Revista Ibero-Americana de Ciência Penais**, v. 9, n. 17, p. 51-84, 2009.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.** Porto Alegre: Juruá, 2013.

ARAVENA, Francisco Rojas. Chile: mudança política e inserção internacional, 1964-1997. **Revista Brasileira de Política Internacional**, vol.40, n. 2, jul.-dez. 1997.

ARGENTINA. **Ley 23.984** de 21 de agosto do 1991. Nación el Código Procesal Penal. Disponível em:  
[https://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/\(\\$IDWeb\)/9A3E18F9FF5ACB83032569B3005915C6](https://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/($IDWeb)/9A3E18F9FF5ACB83032569B3005915C6). Acessado em: 20 fev. 2020.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Criminalidade e Justiça Penal na América Latina. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 7, n. 13, p. 212-241, jan./jun. 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias.** 2018. Disponível em:  
<http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 19 jan. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. **Evaluación de la Reforma Procesal Penal**: Estado de una Reforma em Marcha. Universidad Diego Portales Facultad de Derecho, Santiago, 2003.

BINDER, Alberto. **Código del Proceso Penal** – Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay. Montevideú: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Legislação Informatizada - Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 – Veto**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11690-9-junho-2008-576211-veto-99463-pl.html>. Acesso em: 21 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Informação de tramitação do PL 8045/2010**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 13 fev. 2020.

BRASIL. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Agravo Regimental em Recurso Especial. **AgRg no REsp 1497068/RS**. 1. Segundo entendimento desta Corte Superior, por força do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, pode o juiz, com observância do contraditório e da ampla defesa, determinar a produção de prova que considere indispensável para a solução do caso concreto, sem que isso caracterize ofensa ao sistema acusatório. [...]. Agravante: Luis Carlos Flores Alves. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 17 de novembro de 2015. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequeencial=1465710&num\\_registro=201403030437&data=20151204&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequeencial=1465710&num_registro=201403030437&data=20151204&formato=PDF). Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). Habeas Corpus. **HC 160901/GO**.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, [...]. Impetrante: Cleber Lopes e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Paciente: J.G.G.P. Relator(a): Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 18 de novembro de 2018.

Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1751463&num\\_registro=201000162911&data=20180925&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1751463&num_registro=201000162911&data=20180925&formato=PDF).

Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). Habeas Corpus. **HC 503241/SP**.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, [...]. Impetrante: Daniel Leon Bialski e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Jose Eduardo Ramires. Relator(a): Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 23 de agosto de 2019. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100028409&num\\_registro=201900998257&data=20190823&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100028409&num_registro=201900998257&data=20190823&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Habeas Corpus. **HC 509030/RJ**.

1. Considerando-se que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, [...]. Impetrante: Michel Miguel Elias Temer Lulia. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator(a): Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 14 maio 2019. Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20509030>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Recurso em Habeas Corpus. **RHC 4591/MG**. I – A Constituição Federal tem como um dos primados dos direitos

fundamentais do homem e do cidadão o julgamento imparcial e a ampla defesa. [...].

Recorrente: Rita de Cássia Oliveira Neto. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Ministro Adhemar Maciel. Brasília, 12 jun. 1995.

Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199500236796&dt\\_publicacao=25/09/1995](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500236796&dt_publicacao=25/09/1995). Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2ª Turma). Habeas Corpus. **HC 94.641**.

Processo Penal. Magistrado que atuou como autoridade policial no procedimento preliminar de investigação de paternidade. Vedação ao exercício jurisdicional. [...].

Paciente: Osmar Vieira Barbosa. Impetrante: Djalma Eutímio de Carvalho. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 11 nov. 2008. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2615982>. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Inquérito. **Inq. 2913 AgR/MT**. 1. O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, [...]. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Pedro Henry Neto. Relator(a): Ministro Luiz Fux. Brasília, 01 de março de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2201919>. Acesso em 20 fev. 2020.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHILE. **Ley 19.696**, de 29 de setembro de 2000. Código Procesal Penal. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>. Acessado em: 20 fev. 2020.

CHOUKER, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal – Comentários Consolidados e Críticas Jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Informes Nacionales: Brasil. In MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (coord.). **Las Reformas Procesales Penales en América Latina**. Buenos Aires: AD HOC, 2000.

CORDEIRO, Franco. **Guida ala procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Boletim. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Rio de Janeiro, a. 20, n. 188, p. 19-20, jul. 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. (orgs.). **O novo processo penal à luz da Constituição** (Análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.) **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. TAPOROSKY FILHO; Paulo Silas; CANI, Luiz Eduardo; BALTAZAR, Shalom Moreira. **Do projeto de reforma do CPP ao projeto de lei “anticrime”**: mirando a Constituição. São Paulo: Conjur. abr. 2019 Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>. Acesso em: 15 jan. 2020.



D'ARAUJO, Maria Celina. Densidade democrática e instabilidade na redemocratização latino-americana. In: FICO, Carlos; FERREIRA, Marieta de Moraes; ARAUJO, Maria Paula; QUADRAT, Samantha Viz. (org.). **Ditadora e Democracia na América Latina: balanço histórico e perspectivas**. Rio de Janeiro: FGV Editorial, 2007.

DRAKE, Paul; JAKSIC, Iván. El “Modelo” Chileno: Democracia y Desarrollo em los Noventa. In.: DRAKE, Paul; JAKSIC, Iván (org.). **El modelo chileno: Democracia y desarrollo en los noventa**. Santiago: Editorial LOM, 2002.

European Court of Human Rights. **Case of Piersack vs. Belgium**: Application n. 8692. 1 out. 1982. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557#%20>. Acesso em: 19 jan. 2020.

European Court of Human Rights. **Case of de Cubber vs. Belgium**: Application nº 9186. 26 out. 1984. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557#{%22fulltext%22:\[%22Cubber%22\],%22itemid%22:\[%22001-57465%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557#{%22fulltext%22:[%22Cubber%22],%22itemid%22:[%22001-57465%22]}). Acesso em 20 jan. 2020.

FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y Futuro del Estado de Derecho**. In CARBONELL, Miguel (Editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FICHER, Douglas. O sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156. **Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, v. 3, p. 1-23, 2011. Disponível em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista\\_2011/2011\\_Dir\\_Penal\\_fischer.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf). Acesso em: 10 jan. 2020.

FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas penales**. Tomo I, De la prueba en general. 3. ed. Bogotá: Editorial TEMIS Librería, 1982.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad, Raquel Ramallete. 22 ed. Petropolis: Vozes, 2000.

GIACOMOLLI, Nereu José. Exigências e perspectivas do Processo Penal na contemporaneidade. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó Gauer (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penal contemporâneos II**. Porto Alegre, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2. JusPodivum: Salvador, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso I**: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. V.I. Buenos Aires: EJE, 1961.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal). **Revista Jurídica Unicoc**, Ano II, n. 2, 2005.

GONZÁLES PORTIGO, Leonel. **Bases da reforma processual penal no Brasil**: lições a parti da experiência na América Latina. Em *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: CEJA. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 27, 1999, p. 71-79.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-américa: 10 anos depois. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 30, 2000, p. 41-50.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. ed. ver. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. **A busca pela verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte. Letramente: Casa do Direito, 2016.

KHALED JR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas**, v. 10, n. 2, p. 293–308, 2010.

KNIJNIK, Daniel. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, dez. 2017.

LIMA, Marcellus Polastri. A chamada “verdade real” sua evolução e o convencimento judicial. *In*: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). **Verdade e prova no processo penal**: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. 1. ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016.

LINZ, Juan. Presidencialismo o Parlamentarismo. *In*: LINZ, Juan e VALENZUELA, Arturo (Org.). **La crisis del presidencialismo: América Latina**. Vol. II. Madrid: Alianza, 1997.

LOPES JUNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Como se procede o arquivamento no novo modelo do CPP**. São Paulo: Conjur. 10 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/limite-penal-procede-arquivamento-modelo>. Acesso em 26 jan. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamento do processo penal: introdução crítica**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal**. São Paulo: Conjur. 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em 23 jan. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafe do tradicional problema inquisitório x acusatório. Boletim. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Rio de Janeiro, a. 21, n. 251, p. 5-6.

LOPES JUNIOR, Aury. **Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal**. São Paulo: Conjur. 27 jan. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processodanosa-boa-saude-processo-penal>. Acesso em: 16 jan. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. São Paulo: Conjur. 11 jul. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>. Acesso em: 15 jan. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma jurisdição penal imparcial: Reflexões a partir da teoria da Dissonância cognitiva. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 8, n. 16, set-dez. 2016.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MAIER, Julio B. J. I. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Del Puerto, 1996.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal**. Da prevenção da competência ao Juiz das Garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAYA, André Machado. Outra vez sobre o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. Boletim. **IBCCRIM**, ano 18, n. 215, out. 2010.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto. **Juízo das garantias não é novidade, ao menos em São Paulo**. São Paulo: Conjur. 30 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-30/pascolati-junior-juizo-garantias-nao-novidade-sp>. Acesso em: 25 jan. 2020.

PASSOS, Edilenice. **Código de Processo Penal**: notícia histórica sobre as comissões anteriores. Brasília: Senado Federal: Secretaria de Informação e

Documentação, 2008. Disponível em:  
<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI95399,51045-Poder+Executivo+ja+fez+diversas+tentativas+para+alterar+o+CPP>. Acesso em: 17 jan. 2020.

PAUL W. Drake; Iván Jaksic. **The Struggle for Democracy in Chile**. University of Nebraska Press, 1995.

PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). **Verdade e prova no processo penal**: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo / Ada Pellegrini Grinover. 1. ed. – Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2016.

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. Considerações iniciais sobre a Lei 11.690/08. Boletim. **IBCCRIM**. ano 16, n. 188, jul. de 2008.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (5. Câmara Criminal). Habeas Corpus. **HC 70018920934**. - A regra do jogo processual democrático é assim estabelecida: um acusa, outro defende e outro julga. Ou seja, se está frente a processo penal de partes: cada uma com suas funções bem definidas. [...]. Impetrante: Flavio Luis Algarve. Paciente: Leandro Andre Nedeff. Coator: Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Carazinho. Relator(a): Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Rio Grande do Sul, 04 de abril de 2007. Disponível em:  
[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_acordaos.php?Numero\\_Processo=70018920934&code=5131&entrancia=2&id\\_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20-%205.%20CAMARA%20CRIMINAL](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70018920934&code=5131&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20-%205.%20CAMARA%20CRIMINAL). Acesso em: 20 fev. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. Quando se fala de juiz no novo CPP, de que juiz se fala? *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal a luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SÁ, Priscilla Placha. Juiz das Garantias: Breve Considerações sobre o Modelo Proposto no Projeto de Lei do Senado 156/2009. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda de; Grandinetti; CARVALHO, Luis Gustavo Castanho de (org.). **O novo processo Penal à Luz da Constituição**: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório. *In*: POSTIGO, Leonel González (dir.); BALLESTEROS, Paula R. (coord.). **Desafiando a Inquisição**: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Volume II. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018.

SÃO PAULO (Estado). **Lei Complementar Estadual nº 1.208/2013**. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2013/lei.complementar-1208-23.07.2013.html>. Acesso em: 25 jan. 2020.

SENADO FEDERAL. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182956/000182956.pdf?sequence=10&isAllowed=y>. Acesso em: 19 jan. 2020.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 19 jan. 2020.

SKIDMORE, Thomas E. “Capítulo 1: Era de Vargas”. *In*: SKIDMORE, Thomas E. **Brasil**: de Getúlio Vargas a Castelo Branco (1930-1964). 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1982.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *In*: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TARUFFO, Michele. **Il processo civile 'adversary' nell'esperienza americana**. Pádua: Cedam, 1979.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marciel Pons, 2016.

TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, n. 2, 2006.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

TINÔCO, Livia Nascimento; FRISCHEISEN, Luiza Cristina; DA SILVA, Rodrigo Antônio Tenório Correa; AMORIM JUNIOR, Silvio; ARAS, Vladimir Barros (orgs.). **Desafios contemporâneos do sistema acusatório**. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão e 7ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília: ANPR, 2018.

TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. 11ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal** - Volume I. 35ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

VALENZUELA, Arturo. **The Breakdown of Democratic Regimes: Chile**. The John Hopkins University Press, Baltimore, 1978.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Comentários sobre as alterações processuais penais aprovadas pelo Congresso Nacional no Pacote Anticrime modificado (PL 6.341/2019)**. São Paulo: Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/modificacoes-processuais-projeto.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

WEBER, Max. **A “objetividade” do conhecimento nas Ciências Sociais**. Tradução de Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, 1986.

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio Versus Inquisitivo. Reflexiones Acerca Del Proceso Penal. *In* WINTER, Lorena Bachmaier (org.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.