



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

GEÓRGIA COELHO MAIA

**O SURGIMENTO DA LEI 13.964, DE 2019, COMO FORMA DE
ROMPIMENTO COM O SISTEMA INQUISITIVO**

**BRASÍLIA
2021**

GEÓRGIA COELHO MAIA

**O SURGIMENTO DA LEI 13.964, DE 2019, COMO FORMA DE
ROMPIMENTO COM O SISTEMA INQUISITIVO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientadora: Profa. Viviani Gianine Nikitenko

**BRASÍLIA
2021**

GEÓRGIA COELHO MAIA

**O SURGIMENTO DA LEI 13.964, DE 2019, COMO FORMA DE
ROMPIMENTO COM O SISTEMA INQUISITIVO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientadora: Profa. Viviani Gianine Nikitenko

BRASÍLIA, ____ DESDE _____ 2021

BANCA AVALIADORA

Professora Orientadora Viviani Gianine Nikitenko

Professor(a) Avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente a Deus por sempre ser o meu suporte em tudo na vida e principalmente por ter me dado saúde física e mental para escrever esse trabalho mesmo em meio a uma pandemia mundial. Não poderia deixar de agradecer também aos meus pais que me acompanharam durante todo o curso, que sempre acreditaram em mim e me incentivaram a nunca desistir em meio as adversidades. Por fim mas não menos importante, devo agradecer ao meu namorado (também estudante de Direito) que sempre me apoiou nos momentos de angústia e esteve ao meu lado durante todo esse processo.

RESUMO

O presente estudo tem como principal objetivo demonstrar que o vigente Código de Processo Penal brasileiro não é condizente com a realidade jurídica atual, a medida que esta é pautada nos ideais de um Estado Democrático de Direito e na garantia dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Por outro lado, a legislação processual penal brasileira promulgada em 1941, foi elaborada sob pilares notoriamente autoritários em face de forte influência do Código Italiano de 1930 (produzido em pleno regime fascista). Isso explica a enorme desconformidade entre a legislação infraconstitucional que regula a sistemática processual e a Magna Carta de 1988 que é norma máxima do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse cenário surge o art. 3º-A instituído pela Lei nº 13.964 de 2019, que apesar de estar com a eficácia suspensa por tempo indeterminado, representa um avanço importante para o processo penal brasileiro. Assim, o trabalho se concentra em expor que a seguinte problemática: até o advento das mudanças trazidas pela Lei nº 13.964/19, o processo penal brasileiro era essencialmente inquisitório, pois além de outras disposições “substancialmente inconstitucionais” e incompatíveis com o sistema acusatório, o vigente CPP, em seu art.156 possibilita a produção de prova *ex officio* pelo magistrado. Essa iniciativa probatória nas mãos do julgador é o princípio fundante de um sistema inquisitório, e por isso, o art.3º-A representa uma mudança tão significativa ao dispor de forma explícita que o processo penal terá estrutura acusatória e que é vedada a substituição pelo juiz da atuação probatória do órgão acusador. Posto isto, o trabalho em questão adotou a metodologia de caráter explicativo por meio da análise e interpretação feita através de levantamento bibliográfico de livros, legislação penal e trabalhos acadêmicos que abordam a novidade legislativa e suas consequências.

Palavras-chave: Sistema acusatório. Sistema inquisitório. Código de Processo Penal. Lei nº 13.964/19.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I	9
PRINCIPAIS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	9
1.1 Definição e distinção entre o sistema inquisitório e o sistema acusatório	9
1.2 O conceito Sistema Processual misto e sua problemática	11
1.3 Sistema Processual Penal adotado pelo Brasil	14
1.4 O processo de Constitucionalização do Processo Penal Brasileiro	16
1.5 O atual sistema processual penal brasileiro	20
CAPÍTULO II	27
2.1 O papel do magistrado e do Ministério Público dentro do processo acusatório consagrado pela Lei nº 13.964/19	30
2.2 Impossibilidade da produção de prova pelo juiz para ajudar a defesa	33
CAPÍTULO III	35
A discussão acerca da constitucionalidade formal do Juiz das Garantias	35
3.1 Papel do juiz das garantias no processo penal acusatório	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

Os artigos 3º-A ao 3º-F do Código de Processo Penal criados pela Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 encontra-se com eficácia suspensa até que sua a constitucionalidade formal seja discutida em plenário do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, isso não é impedimento para a discussão e análise do referido dispositivo, pois além de ser provável que, futuramente ele entre em vigor, sua redação representa um significativo aperfeiçoamento da sistemática processual penal brasileira. Assim, o presente trabalho tem como objetivo mostrar os resquícios inquisitoriais presentes na legislação processual penal vigente, os seus artigos incompatíveis com o princípio acusatório consagrado pela Constituição Federal de 1988 e, principalmente, demonstrar a importância da redação do art.3º-A no abandono ao ultrapassado processo penal inquisitório e na consolidação de uma estrutura acusatória.

Nesse sentido, o problema de pesquisa gira em torno da comprovação de que a novidade legislativa é extremamente relevante para adequação do CPP à Magna Carta e à realidade jurídica atual que é pautada na observância de garantias e direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito. Para tal comprovação, foi adotada a metodologia explicativa que tem como base a interpretação do dispositivo legal e a identificação das suas causas e consequências, por meio de levantamento bibliográfico de livros, jurisprudências e legislação constitucional e infraconstitucional.

Em um primeiro momento far-se-á uma conceituação dos sistemas processuais existentes e suas principais diferenças, a saber que enquanto o sistema inquisitório tem como núcleo fundante a gestão e a iniciativa probatória nas mãos do juiz, no sistema acusatório a gestão/iniciativa probatória fica a cargo das partes, garantindo assim a figura de um “juiz espectador”, como ensina o autor Aury Lopes Jr. Também será abordado toda a problemática que envolve o sistema processual misto (consagrado pelo Código de Instrução Criminal francês) e o porquê de ele não poder ser considerado como o sistema adotado no Brasil.

O trabalho explica que o CPP que vigora até o presente momento adota o sistema inquisitório pois até mesmo a fase processual (assim como a fase pré-processual) possui características alheias ao sistema acusatório, sendo uma delas a admissibilidade de gestão/iniciativa probatória pelo magistrado. Apesar disso, o Código de Processo Penal brasileiro apresenta uma (lenta) adequação de seus procedimentos aos preceitos constitucionais, exemplo disso foi o advento da Lei nº 10.792 de 2003 que consagrou o princípio da ampla

defesa ao tirar o caráter de obtenção de prova do interrogatório e torná-lo como mais um meio de defesa.

Em o segundo momento o estudo se dedica a expor as mudanças e os avanços advindos do art. 3º-A, que apesar de estar com sua eficácia suspensa *sine die* diante de Liminar proferida pelo Min. Fux, representa um enorme avanço na superação do sistema inquisitório adotado pelo CPP e na solidificação de um sistema acusatório pautado nos preceitos constitucionais garantistas.

Por fim, o último capítulo é dedicado à discussão a acerca da constitucionalidade formal do instituto do juiz das garantias, a viabilidade de sua aplicação, à exposição de como a Lei 13.964/19 trata da sua dinâmica de funcionamento e, principalmente aos benefícios que tal instituto trará no âmbito da adequação da atual legislação processual penal aos preceitos democráticos da Constituição Federal de 1988.

CAPÍTULO I

PRINCIPAIS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

1.1 Definição e distinção entre o sistema inquisitório e o sistema acusatório

É evidente que no processo penal há instrumentos de coação e intervenção estatal que não há em outros procedimentos jurídicos. Isso ocorre devido à importância social dada ao bem que é tutelado pelo direito penal. Com isso, o Estado se vê provido dos meios mais severos de atuação, como por exemplo, a interceptação telefônica, o sequestro de bens, a decretação de prisão preventiva, entre outros (FREITAS, 2014, p.16).

No entanto, o Direito Processual Penal estabeleceu alguns princípios que devem ser respeitados a fim de observar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, previstos na Constituição Federal de 1988: a presunção de inocência disposta no art.5º, inciso LVII garante a inocência do investigado até o momento em que não há mais possibilidade de recurso perante sentença penal condenatória; o princípio do contraditório e da ampla defesa também está previsto na CF/88 em seu inciso LV no qual garante às partes o direito de terem conhecimento de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, assim como o direito à manifestação e produção de provas necessárias antes prolação da sentença.

Além disso as partes devem ter uma defesa técnica (irrenunciável) e devem estar cientes do seu direito de autodefesa (renunciável). Portanto, tais princípios limitam a intervenção estatal na esfera de direitos do indivíduo. Nesse sentido, levando em consideração que o Direito Processual Penal não é um conjunto de normas desconexas que apenas ditam procedimentos, seu sistema é norteado por princípios que definem se o estado adota uma natureza democrática ou autoritária. Logo, em um sistema de caráter autoritário tais princípios não serão observados dentro do processo penal (FREITAS, 2014, p.17).

No momento em que o Estado se torna protagonista na resolução de um crime que até então estava a cargo das partes, surge a necessidade de uma estruturação que conta com duas possibilidades, conforme aponta a autora supracitada Freitas (2014, p.17): o sistema inquisitório, que é um sistema penal extremamente repressivo e inibidor de garantias que deixa o Estado em um patamar de superioridade perante as partes. Esse sistema foi muito comum na idade média, no entanto, foi adotado em 1941 pelo Código de Processo Penal Brasileiro influenciado pelo Código de Processo Penal Italiano de 1930 de origem fascista. Já o sistema acusatório, surgiu na democracia ateniense nos séculos V e IV, sendo desde o início caracterizado pela estrutura tríplice do processo, ou seja uma disputa entre duas partes (autor e

réu), sendo o réu sujeito de direito em paridade de armas com o autor, e o juiz uma figura imparcial que atua de forma passiva, tendo apenas a função de julgar, como afirma (ZUANAZZI, 2006, p.60). Além disso, esse sistema é pautado na garantia dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e na garantia de que o acusado seja submetido a um processo humanizado.

O sistema inquisitório é caracterizado pela aglutinação das funções nas mãos do juiz, ou seja, um único magistrado é responsável por acusar, defender e julgar a referida causa. Essa reunião de funções impede a existência de um contraditório pleno pois sendo o juiz julgador, defensor e acusador fica faltando a devida contraposição. Nesse sistema inexistente o princípio do *ne procedat iudex ex officio* pois o juiz pode atuar sem prévia invocação, ou seja, não é necessário que o Ministério Público ofereça a denúncia (LOPES JR, 2020, p. 1406).

O juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa probatória, o que faz com que ele já emita desde o princípio um juízo de valor, tornando-o totalmente parcial. Vale ressaltar que tal modelo conta com um processo sigiloso onde não há oralidade e o acusado não é um sujeito de direitos visto que não há isonomia processual (paridade de armas), ou seja, aqui o réu não possui as mesmas oportunidades que o autor do processo possui. Nesse sentido, afirma Reis (2016, p.12) apud Lopes Jr (2006, p.167)

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre juiz inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.

Quanto a busca pela verdade real dentro do processo, o sistema inquisitivo contava com um “modo de produção da verdade” bem peculiar que diz muito sobre o funcionamento da sua dinâmica processual. O sistema contava com a culpa presumida do réu, e na maioria das vezes a tortura era usada como meio de arrancar do investigado a confissão a fim de utilizá-la como prova principal, e assim obter a chamada verdade real (KHALED JUNIOR, 2010, p.3-4). Assim, complementa o referido autor:

O juiz inquisidor convidava o acusado a declarar a verdade sob pena de coação. Tamanha era a característica persecutória do sistema, que sequer havia constatação de inocência na sentença que eximia o réu, mas um mero reconhecimento de insuficiência de provas para sua condenação. A confissão era entendida como prova máxima e não havia qualquer limitação quanto aos meios utilizados para extraí-la, visto que eram justificadas pela sagrada obtenção da verdade. [...] É nesse sentido que Carvalho constata que as regras do direito canônico impunham instrumentos de gerenciamento, produção e valoração da prova que apenas ratificavam as hipóteses acordadas. É por isso que o autor diz que “o processo inquisitivo é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz (Carvalho,2003, p.21-22).

Constituía-se assim uma “verdade” que reproduzia as convicções pessoais do inquisidor, o qual extraía através da força a confirmação pelo réu da hipótese que ele, o juiz, havia fabricado.

Diante do exposto resta claro que o sistema inquisitório é dado por práticas punitivas autoritárias.

Em contrapartida, o sistema acusatório é tendentemente democrático, visto que há uma radical separação das funções de investigar, acusar e julgar durante todo o processo, garantindo assim o contraditório pleno e imparcialidade do juiz. O sistema acusatório conta com o respeito ao princípio do *ne procedat iudex ex officio* impossibilitando que o magistrado haja de ofício e garantindo que este tenha um papel de espectador dentro do processo, assim, fica a cargo do Ministério Público oferecer a ação penal ou ao autor nos casos de ação penal privada ou ação penal privada subsidiária da pública (LOPES JR, 2020, p.79).

Ademais, a gestão probatória fica inteiramente nas mãos das partes, cabendo a elas a iniciativa não apenas inicial, mas ao decorrer de toda a produção de provas no processo. Portanto, não condiz com o sistema acusatório a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz, como por exemplo a possibilidade dele decretar uma prisão preventiva de ofício, a decretação da busca e apreensão do réu sem requerimento do Ministério Público, assim como vários outros dispositivos presentes no nosso Código de Processo Penal que ainda atribuem ao juiz esse caráter tipicamente inquisitivo, conforme aponta Lopes Jr (2017, p.44).

Para Khaled Jr. (2010, p.293-308) embora existam sistemas mistos majoritariamente acusatórios, o fato é que qualquer comprometimento na estrutura acusatória do sistema já é o suficiente para caracterizá-lo como inquisitório. É nesse sentido que se dá a discussão acerca do sistema processual misto e o sistema adotado pelo Código de Processo Penal Brasileiro.

1.2 O conceito Sistema Processual misto e sua problemática

Há também o chamado sistema misto ou francês, consagrado pelo Código de Instrução Criminal francês de 1808, concebido durante o Império de Napoleão Bonaparte. Ele surgiu como uma reforma do sistema inquisitorial e se difundiu entre os códigos. Nesse sentido, afirma Khaled Jr. (2010, p.293-308):

Se no sistema da inquisição o juiz apenas confirmava uma verdade a que ele mesmo havia dado origem, no sistema bifásico, a “verdade” obtida também não correspondia aos fatos, mas sim, às intenções dos investigadores originais. Como Lopes Jr. afirma Napoleão “como bom” tirano jamais concordaria com uma mudança dessa natureza

(do inquisitório para o acusatório) se não tivesse certeza que continuaria tendo controle total, através da inquisitória, de todo o processo” (Lopes Jr., 2005, p.165).

Portanto, fica evidente que o modelo misto surgiu como uma forma de deixar de lado alguns traços inquisitoriais e de abandonar as arbitrariedades do Estado, mas ao mesmo tempo, esse mesmo Estado não queria deixar de ter controle sobre o processo e em razão disso a investigação (fase pré-processual) ficou inteiramente pautada nas premissas do sistema inquisitório.

Tal modelo é marcado pela fusão do sistema inquisitório e do sistema acusatório, conforme afirma Reis (2016, p.12). Em um primeiro momento (pré-processual) o procedimento tramita de acordo com o inquisitório, com base no sigilo processual e na limitação de garantias do indivíduo, sendo esse momento destinado à investigação do caso. Em um segundo momento temos a fase processual de caráter acusatório, em que as partes produzem suas provas e o magistrado de forma imparcial irá proferir a decisão do processo. Vale ressaltar que nessa fase são observados diversos princípios do processo penal, entre eles o princípio da publicidade (art.5º, inciso LX e art.93 inciso IX ambos da CF/88), o princípio do contraditório e da ampla defesa (art.5º inciso LV da CF/88), o princípio da presunção de inocência (art.5º, inciso LVII da CF/88), entre outros, com o objetivo de garantir um processo justo e garantidor dos direitos do investigado.

Não obstante, esse o modelo misto possui diversas inconsistências e é duramente criticado por muitos processualistas. Lopes Jr (2020, p.61-62) ensina que caracterizar um sistema como misto é algo extremamente reducionista a medida que todos os sistemas são mistos, sendo modelos puros apenas uma referência histórica. Em conformidade com tal entendimento, KHALED JR. (2010, p.293-308) ressalta que não há efetivamente nenhum sistema plenamente acusatório em vigor em escala mundial, seja na estrutura da *civil law* (continental) ou na estrutura da *commow law* (anglo-americana).

Portanto, a inquisição ainda vive, ou pelo menos o sistema por ela proposto, considerado por Coutinho como o maior engenho jurídico que o mundo já conheceu (Coutinho, 2001, p.18). Em um sistema misto sempre há um núcleo fundante que determinará se há predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória, ou seja, se a gestão da prova está nas mãos do juiz o princípio norteador é o inquisitivo, mas se a gestão da prova estiver nas mãos das partes o princípio norteador é o acusatório. (Lopes Jr., 2020, p.45).

Entretanto, apesar de existirem sistemas mistos majoritariamente acusatórios, qualquer traço inquisitorial, por menor que ele seja, é capaz de descaracterizar o sistema acusatório. Portanto, ainda que exista o conceito de sistema misto, não existe um princípio

fundamentalmente misto. “O misto deve ser visto como algo que, ainda que mesclado, na essência é inquisitório ou acusatório” (LOPES JR., 2017, p.24).

Diante disso, como bem aponta Freitas (2014) não é viável a existência de um sistema misto visto que a incompatibilidade entre os princípios que norteiam um e outro não permite a coexistência. Deve-se analisar qual o princípio que estrutura o sistema adotado, se é o princípio dispositivo que corresponde ao sistema acusatório ou o princípio inquisitivo que corresponde a um sistema inquisitório. Em conformidade com tal pensamento, leciona Lopes Jr (2020, p.63):

Daí estar com plena razão JACINTO COUTINHO quando explica que *não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema.* Para o autor, os sistemas, assim como os paradigmas e os tipos ideais, não podem ser mistos; eles são informados por um princípio unificador. Logo, na essência, o sistema é sempre puro. E explica na continuação que o fato *de ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.* Portanto, é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório.

Bem como Aury Lopes Jr (2020, p.61-62) ensina, o pensamento que leva a crer que a mera separação das funções de acusar e julgar seria suficiente para definir um sistema como acusatório é extremamente reducionista, pois essa separação inicial das funções de nada serve se no bojo do processo for permitido que o magistrado tenha iniciativa probatória, pois isso comprometerá sua imparcialidade e certamente prejudicará o contraditório visto que no momento em que o juiz vai de ofício atrás das provas, elas servirão apenas para justificar seu entendimento que já está consolidado.

Desse modo, “[...] pensar no sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo” (LOPES JR., 2020, p.71). Coadunando com esse entendimento, Fazzalari diz que a produção prova de ofício pelo juiz confirma um ativismo judicial à medida que tal ato foge de sua esfera de competência que é julgar o caso de forma imparcial. Assim, o contraditório fica comprometido pois a decisão do juiz passa a ser um mero ato de poder pautado em suas próprias convicções e deixa de ser um provimento judicial baseado nos princípios constitucionais de um processo democrático.

Em meio a essa discussão, surge a polêmica a respeito de qual sistema processual penal O Brasil adota. Parte da doutrina entende que o sistema brasileiro é acusatório, outra grande parte o caracteriza como misto. Assim, aponta (Teodoro Silva e Nestor Eduardo, 2019, p. 210-233):

Parte da doutrina entende ser misto o sistema de persecução penal, apontando que este se divide em fase primária, num sistema inquisitivo, assegurada a discricionariedade da autoridade policial condutora do procedimento de inquérito (fase-processual), seguindo para a segunda fase que norteada pelo modelo acusatório, arrima-se na manifestação das partes processuais, detentoras de funções previamente delimitadas

(BARROS, 2012, p.145). Malgrado a dificuldade de dissociar-se os sistemas processuais penais, isolando-os em seu formato puro, entende-se que, na verdade, deve-se partir do princípio informador de cada sistema reconhecido, para que se alcance o sistema norteador do processualismo.

Existem também doutrinadores que se referem ao sistema como sendo “acusatório misto”, como é o caso de Renato Brasileiro Lima que usou essa expressão para explicar que sob o enfoque da Constituição Federal, o sistema processual penal brasileiro é acusatório puro, mas levando em consideração algumas disposições do Código de Processo Penal o nosso sistema é acusatório misto.

Entretanto, levando em consideração o entendimento de autores como Eugênio Pacelli, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e principalmente Aury Lopes Jr., o presente trabalho tem como um de seus principais objetivos mostrar que o sistema penal processual brasileiro é essencialmente inquisitório, ou pelo menos era antes do surgimento da Lei nº 13.964, de 2019.

1.3 Sistema Processual Penal adotado pelo Brasil

De maneira assertiva, Pacelli (2021, p.21-24) afirma que caracterizar e definir o sistema penal adotado por certo ordenamento jurídico não é uma tarefa fácil, pois como já foi citado, o modelo puro existe apenas na teoria, no mundo real os sistemas são definidos por meio de seus núcleos fundantes, sendo predominantemente acusatório ou inquisitório.

No sistema processual penal brasileiro não seria diferente, enquanto a Constituição Federal mostra-se preocupada em garantir os direitos individuais do acusado frente ao Estado lhe proporcionando uma persecução penal democrática pautada nos diversos princípios do processo penal, a redação do Código de Processo Penal anterior à Lei 13.964, de 2019, mostra-se altamente autoritário e muito mais preocupado com o vago conceito de “segurança pública”; assim sendo, o autor explica que “em uma suposta balança entre tutela da segurança jurídica e a tutela da liberdade individual, prevalece a preocupação com a primeira, com o estabelecimento de uma fase investigatória agressivamente inquisitorial, cujo resultado foi uma exacerbação dos poderes dos agentes policiais”.

Lopes Jr (2020, p.13) explica esse fenômeno com primazia, esclarecendo que em matéria penal é comum o argumento de que o indivíduo deve sacrificar seus direitos e garantias diante da “supremacia” do interesse público, porém tal argumento não passa de uma maneira que o Estado encontrou de legitimar/justificar o abuso de poder exercido frente ao indivíduo.

É imprescindível para a superação dessa ideia de dualidade entre interesse público *versus* interesse particular o entendimento de que este se trata de um reducionismo já superado pela

complexidade das relações sociais. Além disso, dentro do processo penal, os interesses do réu não correspondem a um interesse privado, mas sim público, pois é de interesse de toda a coletividade que sejam resguardados os direitos e garantias fundamentais de todo e qualquer indivíduo frente ao poder Estatal.

Posto isto, é evidente que CPP brasileiro conta com várias disposições que estão em desacordo com o núcleo fundamental de um sistema acusatório e com o garantismo previsto pela CF/88. Isso se deve ao fato de que o atual Código de Processo Penal brasileiro foi instituído pelo Decreto Lei nº 3.689 de 1941 e pelo então presidente Getúlio Vargas, época em que estava vigente a Constituição Polaca de 1937. Importante lembrar que a Constituição de 1937 foi inspirada na Constituição fascista Polonesa e nas constituições de caráter autoritário de países como Alemanha, Portugal e Itália (COSTA, 2012, p.11). Conseqüentemente, Código de Processo Penal vigente foi escrito sob os ditames de uma Constituição outorgada e influenciada pelo fascismo de Mussolini pelo nazismo de Hitler, e por esse motivo, o CPP não está de acordo com as diretrizes da atual Constituição Federal (CARVALHO JÚNIOR, 2008).

Para exemplificar o autoritarismo do Código de Processo penal em questão, Pacelli (2021, p.20) traz a seguinte informação:

Na redação primitiva do Código de Processo Penal, até mesmo a sentença absolutória não era suficiente para se restituir a liberdade do réu, dependendo do grau de pena da infração penal (o antigo art. 596, CPP). Do mesmo modo, dependendo da pena abstratamente cominada ao fato, uma vez recebida a denúncia, era decretada, automática e obrigatoriamente, a prisão preventiva do acusado, como se realmente do culpado se tratasse (o antigo art. 312, CPP).

Apesar do nosso Código não contar mais com os referidos artigos, ainda existem leis que possuem resquícios que podem ser entendidos como inquisitoriais em sua formulação: Lei nº 8.072/90 de Crimes Hediondos; Lei nº 11.343/06 de Tráfico de Drogas e Lei nº 10.826/03 do Estatuto do Desarmamento – tais disposições tem em comum a pretensão de vedar a restituição da liberdade ao indivíduo que foi preso em flagrante. Além disso, a Lei nº 12.683/2012 revogou a parte do art.3º da Lei nº 9.613 que vedava a restituição da liberdade nos crimes de lavagem de dinheiro. Por outro lado, a Lei nº 11.464 de março de 2007 modificou o art. 2º inciso II da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) passando a vedar unicamente a liberdade provisória com fiança, mas permitindo que a restituição da liberdade com outras medidas cautelares diversas da fiança

Apesar de tal modificação não ser totalmente autoritária a medida que possibilitou que a restituição da liberdade fosse dada através de medidas cautelares, seu texto está reproduzindo o entendimento do art. 323 do CPP que traz “a inafiançabilidade constitucional de alguns delitos

como se fosse possível vedar qualquer forma de restituição da liberdade após a prisão em flagrante” (PACELLI, 2021, p.20).

Contudo, conforme aponta o autor supracitado, é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal tem se dedicado à limitação de alguns excessos legislativos e por isso reconheceu a “impossibilidade de se permitir ao legislador, *a priori*, ou seja, sem o exame de cada caso concreto, a restituição à liberdade daquele que foi preso em flagrante. Nesse sentido, não se pode esquecer de citar algumas modificações legislativas que espelharam a preocupação da ordem constitucional de promover um processo garantidor de direitos individuais (PACELLI, 2021, p.17-20):

Cita-se a Lei nº 11.689 de 10 de junho de 2008, que modifica inteiramente o rito procedimental do júri; a Lei nº 11.690, da mesma data, que altera o tratamento das provas, inclui novas disposições e esclarece algumas dúvidas doutrinárias; a Lei nº 11.719 de 20 de junho, que promove ampla modificação nos ritos e procedimentos; a Lei nº 11.900/09, a cuidar de diversas modalidades do interrogatório; a Lei nº 13.105/15, que instituiu o novo Código de Processo Civil, com inúmeros reflexos no processo penal; e a Lei nº 13.964/19, responsável pela incorporação em nosso direito de diversos institutos que já eram objeto de estudo e aplicação no direito comparado (como, por exemplo, a audiência de custódia, a cadeia de custódia da prova...). Aplausos, ainda, para as Leis nºs 12.015/09, 12.033/09 e 13.718/18 que *publicizaram* a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual e contra a honra (injúria), quando consistente, no último caso, na utilização de preconceito de cor, raça, origem, etnia, idade, ou deficiência da vítima. Na primeira hipótese, a ação penal passa a ser pública incondicionada, ao passo que na segunda exige-se a representação do ofendido. De grande relevância, igualmente, a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, a tratar e introduzir diversas medidas cautelares pessoais no Brasil, apresentando alternativas efetivas e concretas às prisões cautelares. [...] Pensamos que, a partir da Lei nº 12.403/11, mais e melhor se esclarece a natureza cautelar de toda restrição e direito no curso do processo penal, o que exigirá, inexoravelmente, ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária. As novas cautelares pessoais, que incluem prisão preventiva, dependerão de fundamentação judicial, conforme se vê no texto expresso do atual art.283 *caput*, CPP.

Diante do exposto, não há como negar que o sistema processual penal brasileiro (até o advento do art.3º-A do CPP implementado pela lei 13.964/19) era essencialmente inquisitório. Mas por outro lado deve-se reconhecer que apesar de ainda carecer de muitos ajustes, nosso Código de Processo Penal está aos poucos se alinhando com as disposições constitucionais.

1.4 O processo de Constitucionalização do Processo Penal Brasileiro

A Constituição Federal de 1988 surgiu com o objetivo de construir um Estado Democrático de Direito que possuísse um processo penal garantidor de direitos fundamentais, e assim surgiu a necessidade de um novo modelo de processo, mesmo com a antiga e autoritária legislação infraconstitucional. Porém, tais garantias e direitos não faziam parte do sistema (inquisitório) que vigorava antes da promulgação da Carta Constitucional. Os traços autoritários

do Código de Processo Penal de 1941 (vigente até os dias de hoje) são justificados quando compreendemos que tal ordenamento foi instituído durante a vigência da Constituição de 1937 que possuía fortes influências fascismo italiano.

Para compreender melhor o funcionamento do Código de Processo Penal na época em que o sistema inquisitório vigorava, Pacelli (2021, p.21) apontou algumas características e princípios que norteavam o *originário CPP*: o acusado era tido como culpado desde o início da instrução criminal, ou seja, o que se conhece hoje por princípio da inocência inexistia nessa época; o princípio norteador do processo era a presunção de culpabilidade. Assim complementa o autor:

O acusado é tratado como potencial e virtual culpado, sobretudo quando existir prisão em flagrante, para a qual, antes da década de 1970, somente era cabível liberdade provisória para crimes afiançáveis, ou quando presente presunção de inocência, consubstanciada na possível e antevista existência de causas de justificação (estado de necessidade, legítima defesa etc.) na conduta do agente (antiga redação do art.310, *caput*, CPP – atual §1º do mesmo dispositivo);

Já o prestigiado penalista italiano Manzini trata da presunção de inocência como uma inconsistência lógica no raciocínio, à medida que, segundo ele, a ação penal não teria sentido de existir se o acusado fosse tido como presumidamente inocente. Todavia o autor explica que o argumento de Manzini encontra fundamento nas diretrizes do regime italiano da década de 1930 no qual toda ação penal era pautada pelo juízo de antecipação de culpa visto que “ninguém acusa quem é inocente” (PACELLI, 2021, p.21).

Outra forte característica norteadora do processo penal inquisitorial era a chamada busca da “verdade real”, que na realidade não passava de um argumento utilizado pelo Estado para legitimar suas práticas autoritárias e abusivas. Porém, o entendimento era o de que o juiz tinha o dever de buscar a verdade por meio de uma “reconstrução verdadeira dos fatos” (TARUFFO, 2012, p.143), a fim de proferir uma decisão justa; o grande problema desse raciocínio reside no fato de que essa busca acaba conferindo ao juiz atividade probatória, que na realidade, deveria ser das partes.

Esse ativismo judicial é responsável pela aglutinação das funções nas mãos do juiz, visto que a atuação deste na seara probatória permite que além de julgar, ele investigue, buscando provas e indícios para então acusar. Assim, sua decisão será baseada em suas próprias convicções, “[...] deixando de ser construído em contraditório para ser um mero ato de poder (decisionismo)” como expõe Lopes Jr. (2020, p. 62).

Portanto, a partir do momento em que o juiz deixa seu estado de inércia para exercer iniciativa probatória, há uma quebra do contraditório, da igualdade entre as partes e principalmente da imparcialidade do julgador. Desta maneira, resta claro que a busca pela

“verdade” real é uma forma de manutenção do juiz inquisidor dentro do processo, bem como esclarece Lopes Jr (2020, p.77):

No sistema inquisitório, nasce a (inalcançável e mitológica) verdade real, em que o imputado nada mais é do que um mero objeto de investigação, “detentor da verdade de um crime”, e, portanto, submetido a um inquisidor que está autorizado a extraí-la a qualquer custo. Recordemos que a intolerância vai fundar a inquisição. A verdade absoluta é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter absoluto. A lógica inquisitorial está centrada na verdade absoluta e, nessa estrutura a heresia era o maior perigo pois atacava o núcleo fundante do sistema. Fora dele não havia salvação. Isso autorizava o “combate a qualquer custo” da heresia e do herege, legitimando até mesmo a tortura e a crueldade nela empregadas.

A terceira característica apontada por Pacelli (2021) em relação à redação originária do Código de Processo Penal foi a que o interrogatório do réu não contava com a intervenção das partes (logo não tinha contraditório) e era tratado exclusivamente como um meio de obtenção de prova, ou seja, o juiz podia usar o comportamento do réu no aludido ato contra ele, “seja em forma de silêncio, seja pelo não comparecimento em juízo” (PACELLI, 2021, p.21).

De acordo com o artigo 186 do antigo código de processo penal, o juiz deveria informar ao réu, que mesmo não sendo obrigado a responder as perguntas, seu silêncio poderia prejudicar sua própria defesa; o artigo 187 vedava a intervenção do advogado do acusado nas perguntas e respostas formuladas durante o interrogatório; já o artigo 196 dava o poder ao juiz de conceder novo interrogatório se assim ele julgasse necessário.

Vale ressaltar também que dentro do sistema inquisitorial a confissão era tida como a prova mais valiosa, assim, mesmo que não existissem outras provas capazes de constatar a culpa do acusado, a confissão por si só era suficiente para condená-lo. Visto que a confissão era obtida durante o interrogatório, este merecia uma técnica especial para sua realização. Segundo (LOPES JR, 2020, p.73):

[...] existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo de por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado “suficientemente” torturado e era liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas.

Essas características inquisitoriais permanecem vigorando no Código de Processo Penal brasileiro até o advento da Constituição Federal de 1988 que trouxe em seu bojo premissas próprias de um Estado de Direito garantidor de direitos fundamentais, como por exemplo a previsão de diversos princípios constitucionais norteadores do processo penal, e principalmente a ideia de uma persecução penal em que o réu deixa de ser um mero objeto do poder estatal e passa a ser um sujeito de direito. “Por isso, pode-se afirmar que *quando se inicia o Estado de Direito é quando principia a organização do procedimento penal*” (LOPES JR, 2020, P.74).

Nesse sentido, surgiram diversas leis que buscavam construir um modelo processual que estivesse de acordo com as diretrizes do texto constitucional: a Lei nº 10.792 de 2003 redimensionou o interrogatório do réu, garantindo que se tornasse um ato de meio de defesa e não mais de obtenção de prova, “reservando-se ao acusado o juízo de conveniência e oportunidade quanto à sua participação ou não no referido ato processual. De seu silêncio e de seu não comparecimento não poderão advir, obviamente, quaisquer prejuízos, exatamente por força da norma constitucional (art.5º LXIII)” como bem aponta Pacelli (2021, p.25).

No mesmo sentido, a Lei nº 11.689/08 mudou a redação do art. 474 do CPP a fim de garantir as mesmas disposições do procedimento ordinário ao Tribunal do Júri no que tange ao não comparecimento do acusado. Em se tratando da já referida busca pela verdade real, ainda há certo desacordo entre a Constituição que garante a figura de um juiz imparcial e a legislação que em seu artigo 156 do CPP confere liberdade probatória ao juiz legitimada pelo princípio inquisitivo da verdade real. No entanto, em 2008 a Lei nº 11.719 colocou as partes como protagonistas no processo de inquirição de testemunhas, ficando o magistrado responsável por exercer função supletiva de esclarecer os depoimentos prestado por elas, conforme expõe Pacelli, (2021, p.24-26).

Diferente do sistema penal inquisitorial que era pautado no princípio da culpabilidade do agente, o texto constitucional previa uma série de garantias individuais, “a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado” (PACELLI, 2021, p.22). E assim surgiu o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII-CF/88), durante o Estado absolutista do século XVII, como uma forma de conter as arbitrariedades cometidas pelo Estado, principalmente no que se refere às prisões provisórias que na grande maioria das vezes eram proferidas sem qualquer fundamento legal.

Com o advento do movimento iluminista, doutrinadores de ideais liberais passaram a influenciar diretamente na dinâmica do processo penal, como por exemplo, a obra *Dos Delitos e das Penas* de Marquês de Beccaria que trouxe ensinamentos a respeito do Princípio da Presunção de Inocência: “Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade apenas lhe pode retirar proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada” (FARACHE, 2015 *apud* BECARRIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, p. 37). Desde então esse princípio passou a fazer parte da dinâmica processual de várias nações, e ganhou previsão no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU com o seguinte texto: “Toda pessoa acusada de um delito penal tem direito à presunção de inocência até legalmente

provada a sua culpa em um processo público em que ele tem todas as garantias necessárias para sua defesa” (DUDH, 1948). Nesse sentido, vale ressaltar que apesar de a previsão do princípio da inocência na Declaração Universal dos direitos do homem datar no ano de 1948, o Brasil aderiu tal princípio apenas com a promulgação da Carta Magna de 1988, como bem expõe (FARACHE, 2015).

1.5 O atual sistema processual penal brasileiro

Conforme já tratado no tópico anterior, a Constituição de 1988 foi responsável por romper com diversos traços inquisitoriais presentes no Código de Processo Penal brasileiro, trazendo em seu texto direitos e garantias do indivíduo, muitas vezes inerentes aos próprios princípios de processo penal democrático. Assim, pode-se dizer que a Constituição “inaugurou um novo modelo de processo, apesar da continuidade da legislação infraconstitucional” (FREITAS, 2014).

Entretanto, apesar de o texto constitucional ter trago disposições estranhas ao processo inquisitório, e, conseqüentemente ter instaurado disposições específicas de um sistema processual penal acusatório, o atual modelo de processo penal não acompanhou tal evolução. Nesse sentido surge o grande desafio de dar eficácia aos direitos fundamentais recepcionados pela Constituição democrática no âmbito da ação penal.

No entanto, tal desafio será solucionado, conforme leciona Lopes Jr (2021, p.12) a partir do momento em que se tiver a consciência de que a Constituição é responsável por constituir a ação, e por isso, “o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá por meio da sua instrumentalidade constitucional. Isso significa que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição”, como bem aponta Lopes Jr (2020, p.76-82).

Diante disso, o processo deve deixar de ser um mero instrumento punitivo do poder estatal, e deve passar a desempenhar o papel de limitador desse poder afim de garantir que o indivíduo a ele submetido tenha seus direitos individuais observados. Entretanto, o grande motivo de tal fundamento não ser materializado dentro do processo penal é o fato de que muitos operadores do direito têm o entendimento equivocado de que respeitar as garantias fundamentais do investigado é o mesmo que deixá-lo impune; contudo, esse nunca foi o entendimento acatado dentro do processo penal. O que realmente se busca é “um caminho necessário para chegar-se, legitimamente à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias

constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal)” (LOPES JR, 2020, p.45-46). Com isso, resta claro que o processo penal deve ser lido e aplicado à luz da Constituição, assim como seus artigos devem “ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela esculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do CPP de 1941” (LOPES JR, 2020, p.13). Nesse sentido conclui o autor:

A Constituição da República escolheu a estrutura democrática sobre a qual há de existir e se desenvolver o processo penal, forçado que está – pois modelo pré constituição de 1988 – a adaptar-se e conformar-se a esse paradigma. Então, não basta qualquer processo, ou a mera legalidade, senão que somente um processo penal que esteja conforme as regras constitucionais do jogo (devido processo) na dimensão formal, mas principalmente, substancial, resiste à filtragem constitucional imposta.

No mesmo sentido, o Código de Processo Penal de 1941 possuía um viés altamente autoritário que caminhava em sentido totalmente oposto aos fundamentos da Constituição da República de 1988. Com isso surgiu a necessidade de uma mudança radical na sistemática processual penal brasileira. “A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como um mero veículo de aplicação da lei penal, mas que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado” (PACELLI, 2021, p.22). Além disso, o autor traz a desigualdade material observada na persecução penal como ponto a ser observado com atenção dentro de um processo penal democrático, pois é inerente ao próprio procedimento que o Estado ocupe uma posição superioridade em relação às partes visto que “responde pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce monopólio” (PACELLI, 2021, p.22).

Pautado agora no devido processo legal, o sistema processual penal passou a ser norteado por uma série de princípios constitucionais, entre eles, o princípio da isonomia processual (paridade de armas) que garante às partes tratamento igualitário. Por se tratar de um princípio de enorme importância dentro do processo penal, diversos estudiosos tratam do tema, (MEDEIROS, 2001, p.104) ensina que “[...] as partes se acham no litígio em pé de igualdade e essa igualdade, dentro do processo, outra coisa não é senão uma manifestação do Princípio da Igualdade dos indivíduos perante a lei”.

No mesmo sentido afirma (PELLEGRINI, 2004, p.53): “A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art.5º, caput da CF/88, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores merecem tratamento igualitário para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões”.

Entretanto, não podemos esquecer que excepcionalmente, no processo penal, o réu pode ser tratado de forma diferente desde que seja para seu benefício, é o que conhecemos como princípio do *in dubio pro réu*; nesse sentido ressalta (DA SILVA,1997, p.35 *apud* GUTERRES, 2004): “[...] A igualdade de tratamento, todavia, corresponde à igualdade nas oportunidades que serão oferecidas às partes no referente à prática dos atos processuais, encontrando certas restrições em alguns casos legais, não sendo portanto, absoluto”.

Outro princípio a ser observado dentro de um “processo justo” é o do contraditório, que nada mais é do que um direito assegurado às partes de terem conhecimento de todos os atos e fatos existentes no processo, e de poderem se manifestar e produzir as provas que julgarem necessárias para sua defesa antes de ser proferida a decisão jurisdicional (para cada alegação feita admite-se a contra prova).

Sobre o tema, não podemos deixar que citar o pensamento de FAZZALARI abordado por Aury Lopes (2017, p.98): segundo o autor, o contraditório tem um papel muito importante na democratização do processo penal pois possibilitou que a sentença final deixasse de ser um mero ato de poder do julgador, passando a ser uma decisão elaborada com base na efetiva e igualitária participação das partes. Portanto, segundo o autor, o contraditório deve ser compreendido a partir de suas duas dimensões: a primeira delas é referente ao direito das partes à informação/conhecimento dos atos/fatos do processo, a segunda diz respeito a efetiva e igualitária participação das partes. Apesar de intimamente ligado ao princípio supracitado, tem-se o princípio da ampla defesa que se distingue deste à medida que, segundo (PELLEGRINI GRINOVER,1992, p.63) “[...] é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida”.

Diante disso, pode-se conceituar tal princípio como o direito que o réu possui de constituir defesa técnica, sendo essa irrenunciável, e a faculdade de constituir a autodefesa. A defesa técnica deve ser exercida por uma pessoa que detenha conhecimentos jurídicos, ou seja, um profissional da área do Direito, podendo ser um advogado particular ou um defensor público. Lopes Jr. (2017, p.99) esclarece que a justificativa da defesa técnica decorre da presunção de hipossuficiência do investigado (“de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador”), colocando-o em um patamar de inferioridade “ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz”.

Além disso, sem uma pessoa que tenha conhecimentos/experiência jurídica o acusado possivelmente terá dificuldade de compreender os atos da investigação preliminar e até mesmo do procedimento judicial em si. Por esses motivos, fica evidente que a defesa técnica é considerada indisponível dentro de um processo penal garantista, pois segundo Lopes Jr (2017, p.100):

[...]além de ser uma garantia do sujeito passivo, existe um interesse coletivo na correta apuração do fato. Trata-se ainda, de verdadeira condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório. Inclusive fortalece a própria imparcialidade do juiz, pois, quando mais atuante e eficiente forem ambas as partes, mais alheio ficará o julgador.

Tamanha é a importância da defesa técnica que até mesmo o autoritário e inquisidor Código de Processo penal de 1941 previa em seu artigo 261 *caput* que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. Diante disso, o Estado tinha o dever de garantir que pessoas que não possuísem recursos econômicos para constituir um advogado tivessem seu direito à defesa técnica resguardado. Nesse sentido, a Constituição em seu artigo 5º, inciso LXXIV garantiu que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, e para efetivar tal garantia o mesmo texto constitucional criou a instituição da Defensoria Pública prevista no artigo 134 *caput*:¹

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art.5º desta Constituição Federal.

Complementando a defesa técnica tem-se a autodefesa ou defesa pessoal que se trata da possibilidade do sujeito passivo da ação penal defender-se pessoalmente daquilo que está sendo acusado. Aury Lopes (2017, p.101) trata do tema com maestria e ensina que essa defesa pode ser exercida de diversas formas e em diferentes momentos da persecução penal, entretanto, sua forma mais significativa reside no interrogatório policial (investigação preliminar) e no judicial (procedimento da ação penal); esses são os momentos em que o investigado/acusado atuará de forma efetiva “expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa”.

O autor também ensina que a autodefesa possui dois polos: o polo negativo e o polo positivo. Esse último “deve ser compreendido como o direito disponível do sujeito passivo de

¹ _____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

praticar atos, declarar, constituir defensor, submete-se a intervenções corporais, participar de acareações, reconhecimentos, etc.” (LOPES JR, 2020, p. 151), ou seja, trata-se do direito que o investigado/acusado dispõe de “resistir ao poder de investigar do Estado, fazendo valer seu direito de liberdade” (LOPES JR, 2020, 151).

A autodefesa negativa é também conhecida como princípio do *nemo tenetur se detegere* que nada mais é do que o direito que o investigado/acusado possui de manter-se em silêncio durante qualquer ato do processo que exija sua participação ativa, conforme ensina (MALAFAIA, Juliana, 2017). Além disso, o detentor de tal de direito não pode ser prejudicado se optar por exercê-lo, principalmente por estar expressamente previsto no art.5º, inciso LXIII da Constituição Federal: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]”. Assim, conclui Aury Lopes (2017, p.104):

[...] o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório. Sublinha-se: do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado.

Outro importante princípio norteador do processo penal democrático é o do juiz natural, previsto no artigo 5º, inciso LIII da CF/88, no qual dispõe que: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”² Além disso, o Pacto de São José da Costa Rica, no qual o Brasil é signatário prevê em seu artigo 8º, nº1 que:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela [...] (CADH, 1969)

Nesse sentido, a doutrina entende que o princípio do juiz natural garante que para cada demanda haja um juízo adequado para julgá-la, levando em consideração as regras de competência e vedando os juízos extraordinários ou tribunais de exceção constituídos após os fatos.

Tem-se também, o princípio da vedação à utilização de provas ilícitas, que de forma bem simplista caracteriza-se pela proibição de provas obtidas por meios ilícitos serem utilizadas dentro do processo para formar a convicção do magistrado. Assim como todos os princípios anteriormente abordados, esse também encontra respaldo no texto constitucional (art.5º, inciso LVI da CF/88).

² _____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988

Não obstante, a Magna Carta nos traz um conceito geral, não tratando das especificidades de tal princípio quando aplicado dentro do processo penal. Em 2008, com o surgimento da Lei nº 11.690 foi instituído ao CPP o artigo 157 que traz uma disposição mais restrita a respeito das provas ilícitas: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.³

Todavia, a redação desse dispositivo abriu margem para algumas interpretações em relação à aplicação do princípio tratado. Sendo assim, o autor (LOPES JR, 2017, p.396-399) trata dos diferentes entendimentos a respeito do tema: a primeira corrente é a da inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas, a segunda é a da admissibilidade da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade) e por fim, a corrente da admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade *pro reo*.

A primeira corrente tem como principal característica a interpretação literal do art.5º, inciso LVI da Constituição, partindo da premissa que “a vedação constitucional não admitiria exceção ou relativização”. Apesar de ser uma corrente com vários adeptos, e de possuir respaldo em algumas jurisprudências, seu caráter de “absolutização” vai contra o próprio entendimento constitucional de que regras e direitos não são conceitos absolutos (LOPES JR, 2017, p.396).

A segunda corrente entende pela admissibilidade da prova ilícita nos casos em que haja “relevante interesse público a ser preservado e protegido”, e apesar de ser uma corrente perigosa visto que o conceito de proporcionalidade/razoabilidade pode ser facilmente manipulado em razão do interesse particular, no Brasil essa teoria é muito utilizada no direito de família. “Em matéria penal, são raras as disposições que a adotam”, como bem dispõe Lopes Jr (2017, p.397).

A terceira e última corrente entende que as provas ilícitas apenas podem ser utilizadas quando forem as únicas capazes de provar a inocência do réu. Aqui há uma ponderação de direitos onde “o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova”. Ante o exposto, (GRECCO FILHO, 1989, p.112-113) afirma que: “Uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente [...] teria de ser considerada porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que sacrifique algum outro preceito legal”.

O último princípio norteador do processo penal garantidor dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal a ser tratado é o princípio da exigência de fundamentação das decisões judiciais, consagrado no inciso IX do artigo 93 da CF/88 e no inciso III do artigo 381

³ _____. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941

do CPP. Tal princípio exige que o magistrado exponha todas as razões que o levaram àquela decisão, e como bem aponta (GARCIA,2016, p.218), nesse contexto, o termo decisão não deve ser entendido apenas como a sentença prolatada no fim da persecução penal, mas sim como todas as decisões judiciais proferidas no curso do processo.

Assim, a devida fundamentação viabiliza o controle de eficácia do contraditório a medida que torna-se possível analisar se as provas produzidas pelas partes foram devidamente apreciadas e valoradas pelo julgador, e caso haja inconformidade com a decisão, as partes podem impugná-la por meio de recurso, para que a referida decisão seja revisada pelo órgão jurisdicional de segundo grau. Além disso, a devida fundamentação da decisão judicial permite que a sociedade faça um controle da atuação Estatal dentro do processo, bem como ensina o referido autor ao afirmar que:

[...] permite-se a qualquer cidadão, por meio da análise da motivação das decisões judiciais, o controle da legalidade, da imparcialidade do julgador e, em última instância, até mesmo da própria justiça do julgamento. Não sem razão, portanto, a observância do princípio em estudo é uma exigência inerente ao próprio exercício da função jurisdicional, conferindo-lhe transparência e legitimidade.

Ante o exposto, é certo que a fundamentação das decisões judiciais funciona como uma entrave à parcialidade do juiz a partir do momento em que é de seu conhecimento que a motivação de seus julgamentos podem ser analisados por um tribunal de segundo grau. Com isso, caso o juiz de direito tenha prolatado a decisão pautado nas suas próprias convicções, sem apreciar as provas produzidas em juízo, o órgão de segundo grau certamente identificará a deficiência da sentença, revisando –a. Portanto, tal garantia constitucional é também um dos pilares do devido processo legal.

CAPÍTULO II

O ADVENTO DA LEI Nº 13.964/19 E SUA FUNÇÃO NA CONSOLIDAÇÃO DE UM SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO

Diante das considerações feitas no capítulo anterior do presente estudo, resta claro que a Constituição Federal de 1988 adota premissas de um sistema acusatório ao ponto que prevê em seu texto diversos princípios norteadores do processo penal (estranhos ao sistema inquisitivo), afim de garantir que sejam respeitados todos os direitos do indivíduo frente ao poder estatal; além disso, a Magna Carta assegura que haja a separação das funções de acusar e julgar ao incumbir ao Ministério Público, em seu artigo 129, inciso I, o dever de acusar ao passo que é função privativa do referido órgão promover a ação penal pública.

No entanto, Código de Processo Penal ainda conta com disposições de caráter inquisitorial. Esse desacordo entre a sistemática autoritária prevista no CPP de 1941 e sistemática democrática garantista da CF/88 acarretou na substancial inconstitucionalidade de todas as disposições do Código de Processo Penal que possuem natureza inquisitorial; tal desacordo mostrou o grande desafio que é a “estruturação de um modelo efetivamente acusatório, diante do caráter evidentemente inquisitivo do nosso Código de Processo Penal e seu texto originário” (PACELLI, 2021, p.24).

Esse cenário tanto quanto caótico do ponto de vista jurídico tornou-se inviável visto que a legislação infraconstitucional é que deveria ganhar uma interpretação a luz da Constituição, e não o contrário. Coadunando com tal entendimento aponta Pacelli, (2021, p.18): “[...] Para nós, não é mais admissível compreender e muito menos seguir aplicando o processo penal sem a filtragem constitucional”.

Diante disso, surgiu a necessidade da elaboração de um novo CPP que estivesse de acordo com as disposições constitucionais e que consagrasse em seu texto a tão almejada estrutura acusatória do processo penal brasileiro. Apesar de ainda não existir efetivamente um Novo Código de Processo Penal sem qualquer resquício inquisitorial e sem qualquer ligação com o de 1941, em 2009 surgiu o PLS nº 156 que tinha como conteúdo justamente um Projeto do Novo CPP. Em 2010 o Projeto de Lei do Senado foi convertido em PL nº 8045, que apesar de ainda estar em tramitação na Câmara dos Deputados, deu origem à Lei nº 13.964 de 2019.

Essa Lei trouxe importantes modificações ao vigente Código de Processo Penal e tornou necessária a filtragem constitucional de dispositivos que vão contra o princípio acusatório. Como bem aponta Pacelli; Fischer (2021, p.27) apesar de a criação do *juiz das garantias* ter

ganhado grande destaque nos debates, “o grande passo dado pela Lei 13.964 foi na direção de um maior esclarecimento legislativo em torno da estrutura acusatória de processo. O novo art. 3º-A vem consagrar em definitivo o modelo acusatório no processo penal brasileiro (deixando claro que o juiz não é detentor de iniciativa probatória autônoma) e revogar tacitamente dispositivos que não garantem uma postura acusatória do juiz (tal postura seria a do juiz espectador que comporta seu protagonismo na função de julgar).

A referida Lei 13.964 foi publicada no dia 24 de janeiro de 2019 e passaria a vigorar a partir de 23 de janeiro de 2020, no entanto, seu prazo foi prorrogado por mais seis meses pelo presidente do Supremo Tribunal Federal que na época era o ministro Dias Toffoli; segundo ele, era necessário mais tempo para que a novidade entrasse em vigor e funcionasse de forma mais precisa. Acontece que o ministro Luiz Fux, vice-presidente do STF, cobria o recesso do presidente em exercício e suspendeu a decisão de Toffoli por meio de Liminar na Medida Cautelar proferida nas ADI’s 6298, 6299, 6.300 e 6.305, decidindo que a vigência de diversos artigos da nova Lei ficaria suspensa até que o assunto fosse analisado em plenário (ou seja, a eficácia dos artigos foi suspensa por tempo indeterminado) (CHALFUN; OLIVEIRA, 2020 *apud* BRASIL, 2020, p.42 e 43).

Ante o exposto, não parece ser nada razoável que em pleno século XXI a suspensão da eficácia de dispositivos que adotam de forma clara e incisiva a adoção de um sistema acusatório em nosso Código de Processo Penal. Tal feito mostra como está enraizado em nossa legislação processual penal e na própria cultura penal a estrutura inquisitória que conta com uma atuação ativa do magistrado, à medida que é permitido a este, de ofício, a iniciativa probatória e a determinação de coleta de provas (art. 156), a intimação de testemunhas que não foram arroladas pelas partes (art. 209), a determinação de busca e apreensão (art. 242), bem como a prolação de sentença condenatória ainda que o Ministério Público tenha entendido pela absolvição, além de poder reconhecer agravantes sem que tenham sido alegados (art. 385).

Apesar de tais circunstâncias é de suma importância fazer uma análise acerca das mudanças legislativas do CPP em razão da Lei nº 13.964/19. Assim, afirma (LOPES JR, 2020, p.60):

Portanto, enquanto estiver valendo a medida liminar, o artigo e suas consequências estarão suspensas, valendo o sistema anterior e a redação do CPP (que não tinha esse artigo). Mas manteremos nossas considerações, não só porque o(s) dispositivo(s) pode(m) entrar em vigor, mas também porque reflete(m) um avanço importante para o processo penal e serve(m) como fundamentação teórica para criticar o superado modelo do CPP.

A começar pela análise do art. 3º-A, que conta com o seguinte texto: “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”.

A primeira parte do artigo dispensa qualquer análise, visto que é a previsão expressa a adoção do sistema acusatório.

A segunda parte do artigo necessita de análise mais detalhada a medida que traz duas informações importantes: a primeira delas é que é vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação, isso quer dizer que o juiz que irá proferir a decisão deve se manter aquém dos atos praticados na fase pré-processual, o que conseqüentemente o impossibilita de praticar atos inerentes à investigação criminal, sendo eles: decretação de prisões cautelares/medidas cautelares, decretação de busca e apreensão, requerimento de quebra de sigilo bancário, entre outras. Assim, o órgão jurisdicional (juiz do processo) não mais interferirá na atuação do órgão acusador, pois não possui competência “para sair à cata da prova que, em tal momento, não lhe interessa eis que buscada para propiciar ao Ministério Público exercer a ação penal e obter, se for o caso, a tutela jurisdicional para o processamento do caso penal” como esclarece (COUTINHO; CARVALHO, 2010, p.15).

Além disso, essa parte do artigo consagra o novo instituto do Juiz das Garantias, responsável por fazer a distinção entre o juiz que atuará no processo (juiz da instrução) e o juiz que atuará na fase pré-processual de investigação preliminar (juiz das garantias). Esse último terá como função garantir que sejam resguardados os direitos do investigado durante todo o procedimento de investigação. Portanto, “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” (COUTINHO; CARVALHO, 2010, p.15 *apud* PLS 156/09, art. 15).

A segunda parte do art. 3º-A traz a informação de que é vedada a substituição pelo da atuação probatória do órgão de acusação, isso quer dizer que o juiz da instrução (aquele que atua no processo) não mais terá participação em matéria probatória, não podendo produzir provas que não foram requeridas pelas partes, mesmo que julgue necessário para a elucidação dos fatos. Assim, incumbirá apenas à acusação provar todos os fatos narrados na denúncia imputados à parte passiva do processo, exatamente como deve ser em um processo penal acusatório. No entanto, nada impede a intervenção indireta do magistrado que tenha o objetivo de sanar alguma dúvida pontual que não tenha ficado tão clara.

Tendo em vista todas as mudanças resultantes da nova redação do art. 3º-A, é evidente que o art. 156 do CPP está tacitamente revogado devido sua incompatibilidade com a matriz

acusatória constitucional. Porém, Lopes Jr. (2020, p.68) salienta de forma assertiva que a revogação do referido artigo sofrerá críticas no sentido de que ele deve permanecer “cabendo o agir de ofício do juiz quando a prova for urgente e relevante”. Esse pensamento vai contra todas as diretrizes de um sistema acusatório visto que quem fará esse juízo de urgência e relevância da prova a ser produzida será o mesmo magistrado que determinará sua produção. Compartilham do mesmo entendimento Pacelli e Fischer (2021, p.28) ao apontarem que a estrutura do ultrapassado Código de Processo Penal de 1941 possibilitou que a magistratura brasileira se acostumasse “a tomar para si o *dever de persecução penal*, cuidando da investigação e, sobretudo, do processo, como verdadeiro *presidente da construção da verdade processual*”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, parte do art. 212 do CPP não tem sentido de existir dentro do atual modelo do sistema penal pois dispõe que o juiz não deve admitir perguntas formuladas pela parte à testemunha se não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Essa disposição confere atuação ativa do magistrado na produção de provas pois as testemunhas constituem a carga probatória das partes. Assim sendo, Lopes Jr. (2020, p.69) conclui que:

A interpretação prevalecente do artigo 212, do CPP, também não poderá subsistir, porque juiz não pergunta, quem pergunta são as partes; se o juiz pergunta, substitui as partes; e o artigo 3º-A proíbe que o juiz substitua a atividade probatória das partes. Como dito, excepcionalmente poderá perguntar para esclarecer algo que não compreendeu. Nada mais que isso.

Nessa perspectiva também estão tacitamente revogados os artigos 209 (que permite que juiz ouça testemunhas além das indicadas pelas partes); 242 (que permite que a busca e apreensão seja determinada de ofício pelo juiz); 385 (que permite que o juiz profira sentença condenatória mesmo diante do entendimento de absolvição do Ministério Público que é o órgão acusador).

2.1 O papel do magistrado e do Ministério Público dentro do processo acusatório consagrado pela Lei nº 13.964/19

Um dos maiores efeitos da Lei nº 13.964/19 se deu por meio do art. 3º-A ao definir o sistema processual penal como acusatório. Tal definição teve como consequência a determinação exata das funções de cada uma das partes dentro da sistemática processual.

A legislação de 1941 aglutinava as funções processuais no juiz, sendo ele responsável por investigar, acusar e julgar. Em contrapartida, a Constituição de 1988 delimitou as funções de

cada parte dentro do processo, mas como Código de Processo Penal não estava de acordo com as diretrizes constitucionais, as atribuições do Ministério Público e dos juízes acabavam se misturando. Diante de tais circunstâncias, torna-se clara a importância do referido artigo, pois ao definir o sistema processual penal como sendo acusatório, os juízes puderam tomar o lugar que a Constituição sempre lhes reservou: a função de garantidor dos direitos individuais do cidadão, conforme expõe Pacelli; Fischer (2021, p.28):

É preciso que o juiz compreenda que sua missão, não sendo *acusatória*, deve ser exercida como a última e mais importante garantia individual dos jurisdicionados. O juiz penal é quem analisa a pertinência da acusação e aplica o direito cabível [...] Nesse sentido, todo juiz é, essencialmente, um juiz de garantia do cidadão.

Nessa perspectiva, o juiz deve sempre ter dúvida a respeito a procedência acusatória, ou seja, ele deve exigir que o órgão de acusação comprove tudo que está sendo alegado, ao ponto de não restar nenhuma incerteza sobre a tese acusatória. Além disso, o juiz que está inserido em um Estado de Direito, não possui liberdade plena para decidir pois estará sempre limitado às provas produzidas no processo, o que certamente preserva a imparcialidade do juiz, e garante o contraditório. Nesse sentido, a partir do momento que o magistrado vai de ofício atrás de uma prova, sua imparcialidade foi comprometida, pois ele não mais sentenciará a respeito do caso, apenas buscará argumentos para subsidiar uma decisão já tomada. O mesmo acontece com o contraditório, pois quando se tem um juiz ativo no que tange a produção de provas, ele não estará mais alheio aos interesses das partes na causa, pois a prova produzida certamente beneficiará uma ou outra parte, ferindo assim o princípio da isonomia processual e do contraditório.

Portanto, os poderes instrutórios (e/ou investigatórios) do juiz descaracterizam por completo o sistema acusatório, conforme afirma Lopes Jr. (2020, p.90): “não se pode pensar no sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, sob pena de incorrer em grave reducionismo”. Portanto, o judiciário penal deve levar em consideração que o sistema não é mais aquele previsto no CPP de 1941 e deve respeitar suas novas funções que já haviam sido estabelecidas com a Carta de 1988 a qual prevê que o juiz é responsável por julgar, proferir a sentença e principalmente por garantir os direitos individuais dos jurisdicionados, sendo apenas esse seu protagonismo dentro processo. Em conformidade com o que foi dito, Lopes Jr. (2020, p.88-89) ensina que:

O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos e resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como

garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.

No mesmo sentido, tem-se órgão do Ministério Público que é responsável por “zelar pela aplicação da lei penal e cuidar da referida persecução” (PACELLI; FISCHER, 2021). Assim, o Estado se faz presente por meio do MP, sendo sua atribuição a produção de provas, a acusação e o zelo por uma persecução penal garantista. Jacinto Coutinho (2010, p.16) complementa dizendo que o Ministério Público agora finalmente será o titular da ação visto que é para ele que se produzem as provas da investigação preliminar, e que ganhará o lugar que a Constituição sempre lhe assegurou, não exercendo mais o papel secundário que o sistema inquisitório lhe colocava.

Ademais, não se pode esquecer dos poderes investigatórios que também podem ser de atribuição do Ministério Público. A redação do art. 4º, parágrafo único do CPP instituída pelo legislador de 1941, prevê que além da polícia judiciária, outras autoridades administrativas possuem competência legal para investigar.

Em razão disso, como bem aponta Lopes Jr (2020, p.185), apesar de possuir atuação “secundária, acessória e contingente” visto que o órgão encarregado de conduzir o inquérito policial é a polícia judiciária; o Ministério Público é legalmente autorizado a requerer a abertura do inquérito policial, acompanhar a atividade policial no curso deste e requerer diligências. Não obstante, todas suas ações devem “observar o rol de direitos e garantias do investigado, previstos no CPP, em leis extravagantes (como a Lei n. 8906) e na Constituição, além de submeter-se ao rígido controle de legalidade por parte do Juiz das Garantias”.

Ainda sobre o assunto, Pacelli; Fischer (2021, p.45) afirmam que a Constituição de 88 permite que o Ministério Público adote procedimentos investigatórios ao passo que uma de suas funções é a fiscalização e o controle externo da atividade policial, conforme dispõe o art.129, inciso VII da CF. Isso significa dizer que o referido órgão pode exercer controle “no curso da investigação criminal e sobre o objeto dela”. Além disso, o órgão de acusação pode exigir que a polícia judiciária abra investigações e solicite diligências para que sejam coletados elementos probatórios que subsidiem uma possível denúncia. Com isso, os referidos autores afirmam que:

Admitido esse poder, fica fácil compreender a razão pela qual não há qualquer impedimento a que o Ministério Público promova atividades e diligências investigatórias, desde que previstas em Lei. De ver-se, então que a começar pelo CPP (art.47 – poder de requisição de esclarecimentos, documentos complementares ou novos elementos de convicção), passando pelas leis orgânicas do Ministério Público (da União – LC nº 75/93, art. 7º, II, e art. 8º; dos Estados – Lei nº 8.625/93, art.26), todas devidamente autorizadas pelo texto constitucional (art.129, VI, VII, VIII), o Ministério Público tem *poderes investigatórios*, o que não significa e nem nunca

significou o poder de presidir ou de instaurar inquéritos policiais (PACELLI; FISCHER, 2021, p.45).

Assim sendo, o Ministério Público não tem competência para investigar de forma autônoma, pois a Constituição Federal reservou esses poderes exclusivamente à polícia judiciária, vide art. 144 §1º inciso IV e §4º. Além disso, o art.4º *parágrafo único* do CPP ao dispor sobre a exceção da capacidade investigativa dos entes administrativos, não incluiu o MP em tais exceções. No entanto, dizer que o referido órgão não pode presidir e instaurar inquéritos policiais, não quer dizer que ele não possa requisitar sua instauração e “[...] outras diligências que se mostrem indispensáveis à formação da *opinio delicti*” (OLIVEIRA 2021 p.8)

2.2 Impossibilidade da produção de prova pelo juiz para ajudar a defesa

Mesmo com uma Constituição Federal altamente garantista e baseada na sistemática acusatória, muitas vezes, o processo penal ainda é conduzido baseado em algumas características próprias de um sistema inquisitório. Isso em grande parte se dá pelo fato de que ainda não há uma mentalidade constitucional arraigada contra o sistema penal vigente.

Na tentativa de mudar a cultura inquisitorial, a Lei 13.964/19 consagrou o sistema acusatório em seu 3º-A, e vedou a atuação probatória do juiz. Segundo Aury Lopes, o núcleo fundamental do sistema acusatório é justamente a gestão das provas nas mãos das partes e a figura do juiz como um mero espectador, o que conseqüentemente criará condições para a existência de um juiz imparcial (LOPES JR, 2020, P.79)

Nesse sentido, a referida lei, que infelizmente encontra-se com a eficácia suspensa, representou uma grande evolução para o nosso antiquado processo penal inquisitório, pois reestabeleceu “o lugar constitucionalmente demarcado das partes”, como bem aponta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2015, p.15), sendo o Ministério Público responsável por acusar e produzir provas que subsidiem tal acusação, a defesa responsável por apontar seus argumentos e rebater as acusações, e o juiz, responsável por julgar e garantir que seja observado todos os direitos constitucionais/individuais do jurisdicionado.

No entanto, como menciona Lopes Jr. (2020) abandonar a cultura inquisitória e assumir o problema estrutural do atual Código de Processo Penal não é tarefa fácil. É necessário que haja uma filtragem constitucional de todos os dispositivos que ainda estão alinhados com o núcleo inquisitório e que não estavam compatíveis com a matriz constitucional acusatória, mas principalmente, que haja uma mudança na cultura, no pensamento e na postura dos juízes e todos os indivíduos que atuam na área judiciária.

Nesse cenário de tentativa de abandono das amarras inquisitoriais, e adoção do sistema acusatório, surgiu a dúvida na Comissão de Juristas do Projeto do Novo CPP (PL 8.045/10) se mesmo com o advento do art. 3º-A, seria possível que o magistrado produzisse prova de ofício para ajudar a defesa. Grande parte da Comissão entendeu pela impossibilidade de tal feito pois se o juiz tiver qualquer dúvida, o réu deve ser considerado inocente, fazendo valer o princípio do *in dubio pro reo*. “Ademais, à intervenção probatória do magistrado não se tem, pela lei, qualquer mecanismo de garantia que não atuará ele contra o réu, e sim a seu favor. Mais que jurídica, portanto, a questão se demonstrará ética [...]”, afirma (COUTINHO, 2010).

Nesse sentido, Lopes Jr. (2020), ensina que o juiz deve se conter com as provas produzidas pelas partes, mesmo que incompletas. Segundo o autor, esse é o preço a se pagar em um processo de estrutura acusatória. O juiz não pode sair de seu papel de espectador nem para favorecer a defesa, nem para favorecer a acusação, pois como bem dispõe o art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal, em caso de dúvida (bastante que seja razoável) o réu deve ser absolvido. Permitir que o juiz produza provas de ofício, ou seja, sem requerimento das partes, é permitir que ele atue na investigação criminal, o que ultrapassa totalmente sua competência uma vez que o juiz deve atuar apenas no processo penal.

No momento em que a legislação infraconstitucional permitiu que o magistrado tivesse iniciativa probatória (art. 156 do CPP), diversos preceitos constitucionais foram desrespeitados pois a Magna Carta veda a existência de um juiz inquisidor por ser tratar de figura jurídica incompatível com os direitos e garantias constitucionais. Concluindo tal raciocínio, (CABRAL, 2019) afirma que:

[...] portanto, o juiz não poderá desigualar as energias produtoras da prova no processo, sob pena de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, reunidos ambos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais, comprometendo a sua imparcialidade. Destarte, se a acusação ou a defesa não estão cumprindo o seu papel de forma competente e compromissado, ou seja, são omissos na produção de provas necessárias para o convencimento do magistrado, não compete a este descer do seu lugar de julgador e equidistante das partes para determinar a produção da prova não requerida.

Portanto, o juiz deve se manter imparcial e equidistante de ambas as partes, sendo vedada a substituição da atividade probatória do órgão acusador (Ministério Público), assim como também lhe é vedada a produção de ofício de provas que supostamente auxiliariam na defesa.

CAPÍTULO III

A discussão acerca da constitucionalidade formal do Juiz das Garantias

Apesar de o Projeto de Lei 8.045/10 que visa a criação de um Novo CPP ainda estar em tramitação na Câmara dos Deputados, sua criação deu origem à Lei nº 13.964/19 que foi responsável por introduzir o instituto do juiz das garantias no ordenamento processual penal brasileiro. No entanto, como já exposto, com o advento da referida lei surgiram quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADn's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305) diante de alguns artigos da Lei nº 13.964/19. Como bem aponta (CHALFUN; OLIVEIRA, 2020), no dia 15 de janeiro de 2020, o ministro Dias Toffoli no exercício de sua função concedeu parcialmente as medidas cautelares colocadas em pauta nas ADIn's 6.298, 6.299 e 6.300. Com isso, foi suspensa a eficácia dos artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D caput, 3º-E e 3º-F do CPP até que houvesse a implementação do juiz das garantias nos tribunais dentro de no máximo 180 dias contados a partir da publicação da referida decisão. No entanto, no dia 22 de janeiro de 2020, o ministro Luiz Fux revogou uma liminar proferida por Toffoli e suspendeu por tempo indeterminado a implementação do juiz das garantias. A decisão de Fux se deu nos seguintes termos: “Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, da implementação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F do Código de Processo Penal” como bem aponta Chalfun e Oliveira (2020) apud (BRASIL, 2020, p.42 e 43).

Vale ressaltar que a revogação foi possível porque “[...] essas liminares são temporárias e precisam passar pelo julgamento no plenário do tribunal para serem validadas ou não, embora passem a valer provisoriamente a partir de sua assinatura. Antes de chegar em plenário, o presidente do STF tem poder para suspender liminares de outros ministros” (NOMURA, 2020).

Diante do exposto é importante explicitar quais foram os argumentos que deram fundamento às ações diretas de inconstitucionalidade dos artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F da Lei nº 13.964 de 2019. O primeiro deles seria o fato de que os dispositivos não tratam apenas de normas gerais de processo penal, mas tratam também de matérias procedimentais muito específicas em que a “competência legislativa é concorrente entre União e Estados da Federação” (OLIVEIRA, 2020, p.161). O referido autor também explica que a principal alegação que se faz é que cabe à União legislar a respeito de normas gerais, ficando sobre os Estados a competência de legislar a respeito de suas normas organizacionais e ao funcionamento/método/procedimento de seus institutos. Segundo a ADI 6.299/DF apud

Oliveira (2020), os dispositivos em questão vão contra tal entendimento uma vez que: “não se enquadram propriamente como processuais, na medida em que revestida de caráter eminentemente estrutural, comprometendo a organização judiciária em todos os entes federados”.

Entretanto, o argumento supracitado não pode ser utilizado para alegar a inconstitucionalidade formal dos artigos pois a Constituição Federal em seu artigo 24 inciso XI e §1º assegura que:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
[...]
XI – procedimentos em matéria processual;
[...]
§1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Logo, o próprio texto constitucional garante uma competência concorrente entre os entes federativos, implicando em uma repartição vertical de funções. Essa repartição vertical garante que haja a competência partilhada e conjunta entre as várias entidades federativas, garantindo que nenhum deles tenha exclusividade para legislar a respeito de procedimentos em matéria processual. No entanto, o §1º do referido artigo faz um adendo a essa regra afirmando que cabe à União dispor apenas sobre normas gerais, ficando a cargo dos Estados dispor sobre suas normas de acordo com suas próprias particularidades. Diante disso, resta claro que os artigos referentes ao juiz das garantias carecem de qualquer inconstitucionalidade formal uma vez que se tratam de normas de caráter geral e estão de acordo com as características de normas gerais expostas por Moreira Neto (1988, p.149) apud Oliveira (2020, p.7):

- a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas;
- b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado;
- c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos;
- d) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas;
- e) só cabem quando preenchem lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas de conflito;
- f) devem se referir a questões fundamentais;
- g) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados;
- h) são normas de aplicação direta.

Oliveira (2020, p.163) também observa que o art. 3º-A ao afirmar em sua redação que “O processo penal terá estrutura acusatória [...]” está explicitando a linha mestra do processo penal brasileiro, que é a adoção legal do sistema acusatório “a qual se almeja desde a Constituição Federal de 1988”. Além disso, pode-se dizer que ao prever em seus artigos 3º-B e 3º-F, respectivamente, o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais do jurisdicionado, assim como o resguardo da imagem da pessoa submetida à

prisão, a lei está se referindo a questões/direitos fundamentais inerentes ao próprio indivíduo que está inserido em um Estado Democrático. Já o artigo 3º-C, ao estabelecer que “a competência do juiz das garantias [...] cessa com o recebimento da denúncia ou da queixa [...]” estabelece uma regra/norma jurídica de aplicação direta que, mais uma vez, não viola a autonomia dos Estados da federação. Não menos importante, tem –se o artigo 3º-E que dispõe que “o juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal [...]”, garantindo assim que as regras nacionais sejam uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos sem violar a autonomia dos Estados. Entretanto, o mesmo não acontece com o artigo 3º-D parágrafo único.

O referido dispositivo impõe que “nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo” o que é notadamente inconstitucional uma vez que ao estabelecer tal lógica aos tribunais, a União extrapola sua competência de legislar sobre normas gerais e invade a competência dos Estados de legislar a respeito de suas normas internas, desconsiderando as diferentes necessidades dos diferentes entes que compõe o país.

O núcleo fundante do artigo 3º-D parágrafo único foi a uniformização da aplicação de uma regra extremamente específica dentro de um território heterogêneo que possui diversas particularidades que não foram levadas em consideração. Coadunando com esse entendimento, Oliveira (2020, p.163) esclarece que:

[...] tal determinação legal extrapola diretrizes gerais, adentra pormenores. Buscando esgotar o assunto ou propor solução jurídica uniforme aos entes federados, homogeneizando o modo como se será aplicada a regra, inoportunizando aos Estados o exercício de sua autonomia para estabelecer, de acordo com suas experiências, inclusive geográficas, o modo de cumprir a determinação universal, impondo aplicação direta do referido “rodízio de magistrados”.

O ministro Dias Toffoli concorda com tal entendimento ao afirmar que os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D caput, 3º-E e 3º-F criados pela Lei nº 13.964/2019 e inseridos no Código de Processo Penal não apresentam inconstitucionalidade formal orgânica como é alegado na ADI 6.299. Isso porque a União detinha a competência legislativa para criar tais dispositivos, pois como já demonstrado, os referidos artigos tratam de normas gerais que não infringem a autonomia dos Estados e muito menos invadem seu poder de autodeterminação. Toffoli afirma que: “[...] mostra-se formalmente legítima, sob a óptica constitucional a opção do legislador de, no exercício de sua liberdade de conformação, instituir no sistema processual penal brasileiro, mais precisamente no seio da persecução criminal, a figura do juiz das garantias” (BRASIL,2020) apud Chalfun e Oliveira (2020). Apesar disso, o referido ministro não deixa

de concordar que o art. 3º-D parágrafo único, ao tratar do funcionamento das comarcas e determinar o “rodízio de magistrado” acaba adentrando nas especificidades dos tribunais de cada Estado, deixando de ser norma geral e tornando-se inconstitucional sobre o aspecto formal. (BRASIL, 2020, p.14):

A norma em referência determina a forma pela qual, nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, deverá ser implementado o juízo das garantias. Ao fazer isso, cria uma obrigação aos tribunais no que tange a sua forma de organização, violando, assim, o poder de auto-organização desses órgãos (art. 96 da Constituição Federal) e usurpando sua iniciativa para dispor sobre organização judiciária (art. 125, § 1º, da Constituição Federal).

Por outro lado, o ministro relator Luiz Fux entende que os artigos 3º-A ao 3º-F padecem de inconstitucionalidade formal pois, segundo ele, ao levar em consideração a aplicabilidade de tais normas é possível vislumbrar uma interferência da União na dinâmica de funcionamento dos Tribunais, violando, assim, o artigo 96 da Constituição Federal que garante de forma explícita a competência privativa dos Tribunais de “eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos”. (BRASIL,1988)

Entretanto, diante de toda a análise realizada, compreende-se que as normas suspensas não são inconstitucionais pois sua matéria é propriamente processual, e apesar de terem como consequência algumas mudanças estruturais, nada impede que os Estados tratem de tais mudanças. Além disso, ao afirmar que “[...] dados da vida real são essenciais para a análise da inconstitucionalidade formal dos dispositivos atacados”, Fux traz um argumento sem qualquer embasamento fático e não leva em consideração “a realidade do sistema penal e prisional brasileiro tratado diariamente em presídios superlotados, excesso de presos provisórios, prisões sumárias de pessoas carentes que pertencem a grupos estigmatizados, enfim, processos em que o juiz atua como parte interessada do começo ao fim”, como bem aponta Wajngarten e Laurenttis (2021).

3.1 Papel do juiz das garantias no processo penal acusatório

Antes de se discutir a respeito do instituto do juiz das garantias e sua contribuição para a formação de um processo penal mais justo, imparcial e garantidor de direitos, é necessário tratar um pouco do papel do processo penal dentro de uma sociedade democrática.

Quando alguém é acusado de descumprir uma norma penal e cometer algum crime (ou contravenção penal), a sociedade tende a não levar em consideração que talvez aquela pessoa na verdade possa ser inocente e de que tudo não passa de um mal entendido. Como bem aponta

Mello e Mori (2020), “[...] pela constatação estatística, algumas pessoas segundo sua aparência, raça, cor, ou extrato social têm maior probabilidade de serem presas injustamente” e por isso é tão importante que todo ser humano tenha seus direitos e garantias respeitados dentro de uma persecução penal, entre eles a ampla defesa e a presunção de inocência. Assim, pode-se dizer que antes de o processo penal ser um instrumento para a pretensão punitiva do Estado, ele é uma garantia do acusado no sentido de que serão resguardados todos os instrumentos para que se tenha um processo justo e para que nenhum inocente seja condenado.

Ademais, quando se fala que o processo penal também é uma garantia do investigado, é comum que venha à tona o sentimento de impunidade e a sensação de que o jurisdicionado é sempre culpado e por isso não lhe deve ser assegurado nenhuma garantia perante a sociedade. É como se ao se garantir os direitos do investigado o Estado estivesse tirando os direitos da vítima.

Porém, esse pensamento é autoritário, injusto e preconceituoso porque enquanto não houver uma condenação transitada em julgado o réu jamais pode ser visto como culpado. E mesmo que se tenha certeza da autoria do crime, dentro de um Estado Democrático de Direito todos os indivíduos são sujeitos de direito e portanto fazem jus ao devido processo legal. Além disso, é necessário que seja firmado no inconsciente das pessoas que garantir que o indiciado de um crime tenha uma ampla defesa, um juiz imparcial e que seja respeitada a presunção de inocência, um contraditório pleno e todos os requisitos de um processo equânime, não significa que o Estado está “contra a vítima” e “a favor do bandido”, e sim que se está sendo observado o interesse de toda a sociedade. Dessa forma afirmam os autores supracitados:

A garantia de que o acusado terá todas as possibilidades de defesa e essas possibilidades assegurarão a aplicação justa e imparcial do direito [...] é uma garantia da sociedade, exatamente para que se possa decidir quem é efetivamente culpado e quem, embora corresponda pelas aparências à imagem que no imaginário do observador corresponde ao perfil de bandido, não é na verdade culpado e não pode ser tratado como tal pelo sistema. (MELLO; MORI, 2020)

Mello e Mori (2020), também ressaltam que a história do direito penal brasileiro conta com muitos casos em que os processos foram anulados pelos tribunais superiores por conta de violação de direitos e garantias constitucionais ao longo da investigação criminal. Logo, garantir que a legalidade das diligências realizadas pelo jurisdicionado é também garantir a eficácia do processo penal.

Do outro lado da relação processual tem-se o juiz criminal. Esse terá que formar seu convencimento acerca dos fatos desde a investigação criminal, que é um procedimento preliminar de caráter administrativo, até o processo penal que é o procedimento principal de caráter jurisdicional, chegando assim na prolação da sentença que definirá se o cidadão deverá

ser inocentado ou condenado. O grande problema reside justamente no fato de que o magistrado exerce múltiplas funções no decorrer de todo o processo, o que prejudica sua imparcialidade mesmo que inconscientemente.

A atuação do juiz começa antes da ação penal ser convertida em processo, pois em sede de inquérito policial caso esteja comprovado o *fumus commissi delicti* (indícios da prática de um delito) e o *periculum libertatis* (quando o acusado oferece perigo ao estar em liberdade), ele pode decretar prisão preventiva ou prisão cautelar. A depender da situação também podem ser proferidas medidas cautelares diversas da prisão. Além disso, fica a cargo do magistrado decidir se recebe ou rejeita a denúncia e analisar se as provas produzidas ao no decorrer do processo são lícitas e legítimas.

Diante de todas essas atribuições é comum que o juiz, como ser humano que é, forme suas convicções e até alguns pré-conceitos acerca dos fatos. É normal também que ele se afeioe ou crie desprezo em relação ao investigado, o que certamente influenciará nas suas decisões.

Como bem aponta Mello e Mori (2020), é corriqueiro no cotidiano de qualquer magistrado se deparar com casos em que o investigado é claramente culpado mas acaba se privilegiando por conta de uma acusação inconsistente, ou até mesmo o contrário, quando o juiz acredita na inocência do jurisdicionado mas este acaba sendo prejudicado por conta de uma defesa carente. Essas circunstâncias fazem com que a autoridade judiciária “como presidente e condutor do processo, e como cidadão culturalmente preocupado com a justiça” fique suscetível a mudar o andamento do processo e advertir possíveis “abusos e seus protagonistas” (MELLO;MORI, 2020).

Porém, mesmo diante de todo esse cenário em que o magistrado se envolve emocionalmente com a causa, espera-se que ele encontre uma maneira de não levar em consideração “tudo que viu, ouviu e sentiu no curso do processo” e profira sua decisão pautado apenas nos “elementos definitivos que se encontrem nos autos no momento da sentença”, conforme explica Mello e Mori (2020).

Esse comprometimento da imparcialidade do juiz nas decisões ocorre devido à aglutinação de suas funções dentro do processo penal, e encontra respaldo na teoria da dissonância cognitiva.

Conforme explica Ritter (2016) *apud* Júnior (2020), essa teoria é embasada no fato de que a mente humana sempre buscar estabelecer uma certa coerência entre seus pensamentos, ideias, princípios, decisões, etc. A partir disso, quando algo não está em consonância, há uma busca inconsciente de “estabelecer uma relação entre o que antes, em sua mente, eram ideias antagônicas, que se contrapunham e agora se compõem através da busca pelo estado de

coerência”. Diante disso, é perfeitamente compreensível que o magistrado tenha uma primeira impressão negativa em relação ao acusado e a partir disso comece a procurar por argumentos que justifiquem sua decisão de condenação. Isso nada mais é do que um processo involuntário da mente humana por coerência entre os pensamentos. Coadunando tal entendimento, Ritter (2016, p.119) apud Júnior (2020, p.31) apresenta a seguinte reflexão:

Afinal, sabendo-se que a primeira informação (primeira impressão) recebida pelo juiz sobre o fato, em tese, criminoso é o produto desta investigação policial, que é produzida unilateralmente (e tendenciosamente) ao arpejo das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, existe a possibilidade desse julgador manter-se imparcial no curso do processo? Ou é inviável falar em imparcialidade judicial nesse contexto de fixação de uma primeira impressão negativa sobre uma pessoa, considerando que esta dificilmente será revertida em face da busca involuntária e seletiva por coerência (correlação) entre os conhecimentos que sustentam tal imagem e novos que sobrevierem em relação à mesma (investigação vs. Processo)?

Diante de todo o exposto, resta claro que o até então vigente sistema processual penal torna vulnerável a imparcialidade do magistrado em suas decisões, pois este conta com poderes instrutórios. A dialética, o contraditório e a imparcialidade passam a não existir a partir do momento em que uma mesma pessoa investiga o caso, busca por provas (de ofício) e decide com base nas provas que ele mesmo produziu.

Nesse contexto, o autor Aury Lopes Júnior (2020, p.188-189) mostra a necessidade do sistema do “duplo juiz” ao afirmar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) entendeu que “o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador”, ou seja, se o juiz atuou na fase de investigação, ele não poderá atuar na fase processual por ser uma violação ao juiz imparcial. Por esses e outros motivos é que a Lei nº 13.964 de 2019, e a figura do juiz das garantias por ela instituído, representa um grande avanço no Processo Penal brasileiro e sua adequação à matriz constitucional acusatória.

Agora, adentrando especificamente na instituição do juiz das garantias, é importante destacar que tal figura não é novidade no cenário jurisdicional do Brasil, visto que há discussões acerca de sua adoção desde 2009 com o Projeto de Lei do Senado 156 que deu origem à PL 8045/2010, na qual contava com artigos bem semelhantes ao da Lei 13.964.

O referido instituto tem como escopo salvaguardar os direitos e garantias dos indivíduos submetidos à função jurisdicional do Estado e garantir a legalidade de todos os atos praticados durante a investigação criminal. Esse feito se dará por meio da divisão do procedimento penal em duas fases: a primeira delas será conduzida pelo juiz das garantias que ficará incumbido de receber ou rejeitar a denúncia, tendo que verificar a legalidade da investigação, analisar se estão presentes os pressupostos processuais, se as partes são legítimas, se há interesse de agir, se a conduta é típica, se a punitividade é concreta e se existe justa causa.

Com o cumprimento de todos esses requisitos, o juiz das garantias receberá a denúncia⁴. Após o recebimento tem-se outro juiz, o juiz da instrução, que será o responsável por deliberar acerca das demais questões do processo e por decidir o mérito da causa. Porém, com o fim de preservar a imparcialidade do julgador e de diminuir o impacto do inquérito policial nas sentenças, o juiz da instrução não terá acesso aos autos da investigação, exceto os documentos relativos às provas irrepetíveis, às medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, “que deverão ser remetidas para apensamento em apartado”, bem como dispõe o art. 3º-C §3º.

Porém, a parte inicial desse mesmo artigo garante que o Ministério Público (acusação) e a defesa tenham acesso aos autos da investigação, para que os utilizem (se julgarem oportuno) na instrução. Vale ressaltar que o juiz da causa não pode requerer o exame desses autos para que ele “não exerça atividade investigativa ou compartilhe as experiências subjetivas de quem a exerceu” (MELLO; MORI, 2020). Apesar dessas “restrições”, na fase da instrução criminal, o juiz é soberano e não fica vinculado às decisões proferidas pelo juiz das garantias, vide art. 3º-C §2º.

Nucci (2020, p.48) aponta que o dispositivo supracitado provocou a revogação de parte do artigo 155 do CPP que prevê que a decisão do magistrado da causa pode ser fundamentada em qualquer prova do inquérito, desde que não exclusivamente. Diante dessa revogação tácita, as provas produzidas extrajudicialmente não serão analisadas pelo juiz da causa (ressalvadas as periciais e as antecipadas). Todavia, conforme aponta Mello e Mori (2020), o juiz que irá julgar o mérito ainda conta com muitos poderes, previstos em artigos que não foram revogados (explicitamente) pela Lei 13.964, entre eles: determinar a realização de diligências no curso da instrução para esclarecer algo que ficou obscuro (art. 156, inciso II do CPP); indagar objetivamente a respeito de alguma questão de fato, formulando quesitos (art. 176 do CPP); interrogar o réu (art. 186 do CPP); ouvir outras testemunhas além das indicadas pelas partes (art. 209 do CPP)⁵; complementar a inquirição, seja requisitando documentos, seja ouvindo novas testemunhas, sobre os pontos não esclarecidos (art. 212, parágrafo único do CPP).

⁴ É importante salientar que a redação do artigo 3º-C não foi clara ao tratar do momento em que se encerraria a competência do juiz das garantias. A primeira interpretação que se tem é a de que a atuação do juiz das garantias cessaria com o recebimento da denúncia ou da queixa, analisando o inquérito policial, já que a ideia é que o juiz da instrução tenha contato apenas com o que for produzido na investigação criminal (além das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas). No entanto, a segunda parte do referido artigo dispõe que o encerramento da competência ocorre na forma do art.399 do CPP, ou seja, o juiz das garantias receberia a denúncia, ofereceria resposta à acusação, proferiria o despacho saneador (análise da RA) e só então cessaria sua atuação.

⁵ O autor Aury Lopes Júnior (2020, p.69), em sua obra “Direito Processual Penal” aponta que a inserção do art.3º-A ao Código de Processo Penal revogou tacitamente o art.209, ao passo que o novo dispositivo vedou a substituição da atuação probatória do órgão de acusação pelo juiz. Dessa forma, não seria mais cabível que o juiz ouvisse testemunhas além das arroladas pelas partes.

Nota-se que com a inclusão dos novos artigos da Lei 13.964, e com a revogação tácita de outros, o juiz da instrução não terá mais a faculdade de investigar novos fatos, ou seja, ele não contará com o protagonismo probatório, que é inerente às partes⁶. No entanto, ainda poderá realizar diligências para esclarecer a veracidade do que já foi produzido dentro do processo ou para esclarecer algum ponto que tenha ficado obscuro.

Perante o exposto, resta claro que, a figura do juiz das garantias é indispensável para o devido funcionamento do processo penal democrático, ao passo que o mesmo torna possível a “não contaminação” e a não formulação de pré-compreensões por parte juiz da instrução a respeito do que ele irá decidir. Isso torna-se possível devido à separação das atribuições funcionais de cada magistrado, onde o juiz das garantias atua na investigação criminal até o recebimento da denúncia, e o juiz da instrução atua no processo penal propriamente dito, em que posteriormente proferirá a sentença. Nessa perspectiva, afirmam Mello e Mori (2020):

A expressiva e desejada evolução que se destaca no sistema, é sem dúvidas, a eliminação do risco de que, ao presidir a investigação criminal, o juiz desenvolva sentimentos positivos ou negativos em relação ao investigado, e percepções precipitadas ou incompletas sobre sua possível culpa ou inocência, que possam comprometer a imparcialidade do julgamento.

Assim, é garantida uma prestação jurisdicional nos moldes da Constituição Federal, na qual é observada a imparcialidade do magistrado, o cumprimento do devido processo legal e a efetivação da ampla defesa e do contraditório. Além disso, a consagração expressa do sistema acusatório pelo art. 3º-A, afasta de uma vez por todas a dinâmica inquisitorial em que a atuação do juiz e do órgão acusador eram uma só, o que por sua vez, ocasionava sentenças parciais e quase sempre condenatórias.

⁶ O autor Aury Lopes Júnior (2020, p.68-69), em sua obra “Direito Processual Penal”, faz uma importante observação a respeito do ônus probatório, afirmando que no processo penal a atribuição da carga probatória é inteiramente do acusador, pois, segundo James Goldschmidt, não existe distribuição de carga, mas sim atribuição ao acusador. Isso quer dizer que a defesa não é detentora do ônus probatório por ser respaldada pela presunção de inocência. Apesar disso, mesmo não possuindo carga probatória, a defesa pode ter iniciativa probatória. O mais importante de todo esse raciocínio, é o fato de que o juiz deve sempre ter uma postura de espectador, e abandonar a figura do juiz-ator que é típica do sistema inquisitório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, verifica-se que a Lei nº 13.964, de 2019 representa um grande avanço ao Código de Processo Penal brasileiro à medida que consagra expressamente em seu artigo 3º-A a adoção do sistema acusatório e veda manifestamente a atuação do juiz na fase de investigação criminal e na fase de produção de provas. Com isso, sua redação fez uma separação rígida das funções dos órgãos dentro da persecução penal, tornando explícito o lugar que já fora constitucionalmente demarcado para atuação de cada uma das partes (COUTINHO, 2010, p.15), sendo cargo da polícia judiciária a investigação e a instauração do inquérito policial, como prevê o art. 4º da CF, e do Ministério Público o oferecimento da ação penal, conforme dispõe o art. 129 inciso I da CF. Além disso, a novidade legislativa deixa para trás de uma vez por todas qualquer margem de uma possível adoção dos procedimentos inerentes ao sistema inquisitório, uma vez que consagra abertamente a estrutura acusatória.

Ademais, foi possível compreender que antes do surgimento da referida Lei, o processo penal brasileiro era essencialmente inquisitivo. Apesar de muitos doutrinadores o considerarem como sendo misto por possuir uma fase pré-processual inquisitória que conta com um procedimento sigiloso⁷, e uma fase processual acusatória que conta com um processo garantidor de direitos constitucionais e com um órgão de acusação (Ministério Público), o autor Aury Lopes Júnior (2020, p.62-63) ensina que essa é uma visão muito simplista e limitada acerca da persecução penal.

A definição de sistema misto cai por terra quando se observa o núcleo fundante, pois se a gestão da prova está a cargo do juiz o sistema é essencialmente inquisitório, mas, se a gestão da prova está nas mãos das partes o sistema é essencialmente acusatório. Portanto, o núcleo fundante do sistema processual penal brasileiro é inquisitório uma vez que prevê em sua legislação a possibilidade de o juiz possuir iniciativa probatória, como bem apontam os artigos 156 e 385 do CPP.

Por conseguinte, compreende-se que o instituto do juiz das garantias consagrado pela Lei 13.964 não é uma novidade legislativa, pois há discussões a respeito de sua adoção desde a PLS nº 156 de 2009. No entanto, o fato de o referido instituto já ter sido debatido e instituído no Projeto de Lei do Senado, não impediu que sua implementação fosse suspensa por meio de

⁷ Vale mencionar que o inquérito policial possui o objetivo único de reunir informações sobre a autoria e a materialidade do crime para subsidiar a ação penal. Além disso, trata-se de um procedimento dispensável (exceto nos crimes de ação penal pública incondicionada na qual a instauração do inquérito policial é obrigatório) e que concentra os poderes em um só órgão.

uma alegação de inconstitucionalidade formal que não existe. Diferente do que alega o ministro do STF Luiz Fux, os artigos que regulam a atuação do juiz das garantias não padecem de quaisquer inconstitucionalidade, pois são normas de caráter geral que não adentram na competência e nas particularidades dos tribunais dos Estados da Federação, conforme foi demonstrado no presente trabalho.

Em suma, foi explanado o grande avanço que os artigos 3º-A ao 3º-F inseridos pela Lei 13.964, de 2019 representam dentro do sistema processual penal brasileira principalmente no que tange ao seu processo de constitucionalização e democratização. Ao adotar expressamente o sistema acusatório, foi afastado o autoritarismo típico do sistema inquisitório, a figura do juiz que atua em todas as fases processuais de forma ativa e, principalmente a parcialidade do magistrado nas decisões.

Além disso, o instituto do juiz das garantias surgiu para controlar a legalidade da investigação criminal e garantir que os direitos do jurisdicionado sejam devidamente observados. Assim, sua atuação está diretamente ligada à efetiva democratização do processo, uma vez que o juiz das garantias não receberá a denúncia se estiverem ausentes os pressupostos processuais ou as condições para ação ou a justa causa, e portanto não haverá julgamento sem a observância do devido processo legal.

Vale ressaltar também que a figura do duplo juiz assegurará o direito fundamental do réu de ter julgamento imparcial, pois o juiz da instrução não terá contato com o que foi produzido na fase pré-processual e portanto não irá formulará pré-convicções a respeito do mérito, muito menos se envolverá emocionalmente com quaisquer das partes, mantendo-se equidistante delas.

Portanto, a Lei tratada no presente trabalho é o marco do rompimento com o sistema inquisitivo e com todos os seus resquícios deixados ao longo do Código de Processo Penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

_____. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

CABRAL, Thiago. **O juiz pode produzir provas ou deve ser mero espectador no processo?** 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-juiz-pode-produzir-provas-espectador/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CHALFUN, Gustavo; OLIVEIRA JUNIOR, José Gomes de. **Da análise do juiz das garantias sob a luz do direito comparado e das decisões liminares no STF.** 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319989/da-analise-do-juiz-das-garantias-sob-a-luz-do-direito-comparado-e-das-decisoes-liminares-no-stf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Novo Processo Penal à luz da Constituição:** análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do senado federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. **Princípio da presunção de inocência:** alguns aspectos históricos. alguns aspectos históricos. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42903/principio-da-presuncao-de-inocencia-alguns-aspectos-historicos>. Acesso em: 01 fev. 2021.

FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de. **Na contramão da democraticidade: a permanência do juiz inquisitor no processo penal brasileiro.** 2014. 131 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-9K9TU9>. Acesso em: 05 nov. 2020.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Noções de direito processual penal:** à luz de alguns princípios. São Paulo: Intersaberes, 2016. 352 p.

GRECCO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das liberdades.** São Paulo: Saraiva, 1989.

GUTERRES, Cleber Santos. **Princípio da isonomia/igualdade.** 2004. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2851/Principio-da-Isonomia-Igualdade>. Acesso em: 02 mar. 2021.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório. **Civitas**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

MALAFAIA, Juliana. **Depois da Constituição, condução coercitiva não tem mais lógica alguma.** 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-11/juliana-malafaia-direito-silencio-coercitiva-nao-logica>. Acesso em: 10 abr. 2021.

MELLO, Cecília; MORI, Celso Cintra. **Juiz das Garantias trará estrita legalidade ao processo penal**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-03/opiniaio-juiz-garantias-trara-estrita-legalidade-processo-penal>. Acesso em: 12 ago. 2021

MELLO, Cecília; MORI, Celso Cintra. **Juiz das garantias: O direito penal se faz por um bom direito processual**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/opiniaio-direto-penal-faz-bom-direito-processual>. Acesso em: 03 maio 2021.

NOMURA, Bruno. **Na presidência do STF, Dias Toffoli suspendeu liminares de colegas do tribunal**. 2020. O Estadão de S. Paulo. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,na-presidencia-do-stf-dias-toffoli-suspendeu-liminares-de-colegas-do-tribunal,70003170305>. Acesso em: 10 ago. 2021

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2020.

OLIVEIRA, Felipe Braga. JUIZ DAS GARANTIAS: o nascimento legislativo do juiz das investigações e sua constitucionalidade formal. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, [S.L.], v. 6, n. 1, p. 157-174, 11 set. 2020. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2526-0200/2020.v6i1.6672>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/6672/pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

OLIVEIRA, Jorge Cardoso de. **OS PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO**. Disponível em: https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2014/07/os_poderes.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas Ltda, 2021.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas Ltda, 2021.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCA FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 2.ed. São Paulo, Malheiros, 1992. P.63.

REIS, Luisa Albuquerque de Castro. **O JUIZ DAS GARANTIAS**: a imparcialidade do juiz no projeto de reforma do processo penal brasileiro. 2016. 42 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016.

Revista Jurídica Unicritiba. Curitiba.V.02, n.59, p.210-233, Abril-Junho. 2020 [Received/Recebido: Dezembro 03, 2018; Accepted/Aceito: Setembro 20, 2019].

SIQUEIRA JÚNIOR, Hugo Almeida. **JUIZ DAS GARANTIAS E TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA**: a proximidade ao sistema acusatório como salvaguarda à constituição. 2020. 42 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Núcleo de Trabalho de Curso, Unievangélica, Anápolis, 2020. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/16834/1/Monografia%20-HUGO%20ALMEIDA.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2021.

WAJNGARTEN, Raquel Nuvolini; LAURENTIIS, Lucas Catib de. **Juiz das garantias: um ano e meio de espera.** 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-27/opinia-juiz-garantias-ano-meio-espera>. Acesso em: 01 ago. 2021.

ZUANAZZI, Guilherme. **A importância do “juiz das garantias” na (re)construção do processo penal brasileiro.** Direito e Sociedade. Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares / Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito. Vol. 6, n. 1 (jan./dez. 2011) - Catanduva: Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito, 2006, p. 60.