Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito - FD/UnB

PEDRO LAWALL DE RESENDE

A CONSTITUCIONALIDADE DE UM SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO ANTE O SISTEMA PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO.

Crítica às decisões das cortes superiores brasileiras sobre a legalidade e a constitucionalidade de artigos do Código de Processo Penal com características inquisitórias.

Brasília-DF

15 de setembro de 2022.

PEDRO LAWALL DE RESENDE

A CONSTITUCIONALIDADE DE UM SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO ANTE O SISTEMA PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO.

Crítica às decisões das cortes superiores brasileiras sobre a legalidade e a constitucionalidade de artigos do Código de Processo Penal com características inquisitórias.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Orientador: Professor Doutor Paulo de Souza Queiroz.

BANCA EXAMINADORA:

_____

Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz
Professor Orientador
Universidade de Brasília – UnB

_____

Prof. Me. Marcelo Turbay Freiria
Membro da Banca Examinadora
Universidade de Brasília – UnB

_____

Me. Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves
Membro da Banca Examinadora
Universidade de Brasília – UnB

RESUMO:

O presente trabalho possui como escopo o estudo crítico sobre a validade de normas infraconstitucionais que possibilitam uma maior ou menor autonomia ao julgador no processo penal nacional. O maior ou menor grau de atribuições de ofício ao juiz será interpretado à luz da Constituição Federal de 1988, com o cotejo analítico vinculado à interpretação dos sistemas processuais penais possivelmente verificados em nossa legislação infraconstitucional. Será analisada a validade das normas infraconstitucionais que possibilitam a produção da prova de ofício pelo juiz e a possibilidade de condenação precedida de pedido de absolvição do Ministério Público, bem como o reconhecimento de agravantes pelo juiz que não tenham sido alegadas pelo órgão acusador. Em paralelo à validade das normas mencionadas, será analisada a alteração legislativa relacionada a prisão preventiva e suas respectivas consequências. Por fim, será apresentada uma análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre os artigos 156 e 385 do Código de Processo Penal, demonstrando sua concordância com os dispositivos inquisitoriais ainda vigentes. O trabalho conclui que os artigos 156 e 385 do Código de Processo Penal está em contradição com os valores processuais acusatórios previstos em nossa Constituição Federal de 1988, bem como, com o Estado Democrático de Direito.

Palavras Chaves: Processo penal; Constituição Federal; constitucionalismo; sistemas processuais penais; sistema inquisitório; sistema acusatório; produção de prova; condenação com pedido de absolvição; poderes de ofício do juiz.

“Em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. A contrario sensu, no Estado totalitário, em que a repressão é a mola mestra e há supressão dos direitos e garantias individuais, o sistema inquisitivo encontra sua guarida”.
Paulo Rangel

“A história do processo penal pode ser traçada também em termos de quem o domina, ou seja, de quem são seus atores relevantes no seu desenvolvimento”
Aury Lopes Júnior.

“Tornou-se revolucionário cumprir a Constituição”
Antônio Carlos de Almeida Castro (Kakay)

“A pergunta que sempre fica é: se o que os tribunais (e juízes) dizem que é o direito, direito não é, o que seria isso então? O não direito, o torto, o arbítrio? E o que seria o direito?”
Paulo Queiroz

Agradecimentos:

Inicialmente, a Deus, por caminhar sempre ao meu lado e permitir que eu nunca desistisse dos meus sonhos.

À minha mãe, Sandra; ao meu pai, Celmo; aos meus irmãos, Arthur e Gabriela; e à minha vó, Naelê, por entenderem os momentos em que precisei estar ausente para me dedicar exclusivamente a este trabalho e por sempre acreditarem na minha capacidade, enquanto eu mesmo já não acreditava.

Este apoio da minha família se estende por todo o período da graduação, apesar de todas as dificuldades destes anos, o sonho da minha formação sempre esteve visível nos olhos de cada um de vocês.

Aos velhos amigos que sempre acreditaram em mim e me impulsionaram, seja por meio de palavras e de atitudes, seja pelo exemplo – principalmente os amigos do ensino médio, que tenho como irmãos até hoje. Em especial: Gabriel Dias, Lucas Parente, Luís Felipe, Marco Antônio e Rafael Carvalho.

À Isabela, pelo amor incondicional, carinho, companheirismo e paciência. Você, com certeza, foi a minha maior aliada e incentivadora nesta caminhada, sem você nada disso seria possível.

Ao meu orientador, Paulo, inicialmente pelas aulas de processo penal, onde descobri a paixão pelo tema e, em seguida, pela orientação neste trabalho.

Aos demais professores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, em especial, aos docentes da área das ciências criminais, por toda paciência, aprendizado e conselhos.

À Universidade de Brasília, por oportunizar uma vivência tão rica de ideias e tão cheia de diversidade. Sem dúvidas, o período vivenciado na UnB marca uma nova pessoa na minha vida.

Ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, pelas discussões no Laboratório do Distrito Federal de 2021, que me trouxeram o despertar pelo tema que agora desenvolvo.

Por fim, eu diria o mais importante, ao Caetano, meu filho, que ainda se encontra em formação. Meu ponto de força e equilíbrio para todos os meus objetivos. Apesar desta mensagem de agradecimento só fazer sentido para você daqui alguns anos, saiba que

você participou dos pensamentos do papai durante toda essa jornada, sendo o meu maior incentivo para acreditar em tudo isso.

Sumário

1. INTRODUÇÃO 8

2. MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO 13

2.1. HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO 13

2.2. O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO 16

2.3. DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO. HIERARQUIA DAS NORMAS 23

2.4. ORIENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL 25

2.5. GARANTISMO PENAL CONSTITUCIONAL 29

3. O PROCESSO PENAL 34

3.1. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO PENAL 36

3.2. AS FASES DO PROCESSO PENAL 39

3.3. O JUIZ DAS GARANTIAS 42

3.4. A MEDIDA CAUTELAR NAS ADI´S n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 45

4. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS 48

4.1. SISTEMA INQUISITORIAL 51

4.2. SISTEMA ACUSATÓRIO 56

4.3. SISTEMA MISTO 59

4.4. IMPOSSIBILIDADE DE UM SISTEMA NACIONAL MISTO. EM DEFESA DE UM SISTEMA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO 62

5. A LEI 13.964, DE 2019 - EXPRESSA POSITIVAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO 65

6. A ORIGEM DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA. A PERMANÊNCIA DO ANSEIO PUNITIVISTA E O CRESCIMENTO DO ENCARCERAMENTO 66

7. ARTIGOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUE SE CONTRAPÕEM AO SISTEMA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO 69

7.1. PRISÃO PREVENTIVA 69

7.2. PRODUÇÃO DE PROVA *EX OFFICIO* 72

7.3. CONDENAÇÃO PRECEDIDA DE PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO ÓRGÃO ACUSADOR 77

8. JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA SOBRE A VALIDADE (CONSTITUCIONALIDADE) DOS DISPOSITIVOS TIDOS COMO INQUISITÓRIOS 79

9. CONCLUSÃO 94

10. REFERÊNCIAS 97

1. INTRODUÇÃO

Promulgada no dia 5 de outubro de 1988, a Constituição em vigor, conhecida por "Constituição Cidadã", é a sétima adotada no país. O novo texto constitucional é resultado de amplo esforço popular e político pela redemocratização e constitui-se símbolo do fim do autoritarismo dos militares.

Das sete Constituições, quatro foram promulgadas por assembleias constituintes, duas foram impostas (D. Pedro I e Getúlio Vargas) e uma aprovada pelo Congresso por exigência do regime militar (1967).

Desde já, chama atenção a data de criação do Código Penal e do Código de Processo Penal, criados respectivamente em 1940 e 1941, sob a vigência da Constituição autoritária de Getúlio Vargas. Não assusta observar que o texto normativo de tais diplomas legais, apesar de terem passado por uma série de reformas, ainda carregam traços do período de sua criação.

Diferentemente da Constituição de 1937, a Constituição Federal de 1988 significa um marco no cenário nacional relacionado, sobretudo, a recuperação plena dos direitos. Observado o período anterior marcado pelo autoritarismo da ditadura militar, que percorreu os anos de 1964 a 1985, de manifesta supressão de direitos dos cidadãos, a CF/88 significa a concretização legal de garantias e direitos fundamentais aos indivíduos.

Mais do que isso, a CF/88 traduz o sentimento da população que ansiava por eleições diretas e pela redemocratização do país, com a possibilidade de escolha do chefe do executivo através do voto popular e universal. Diante dos anseios, a Assembleia Constituinte da atual Constituição, inaugurou um novo arcabouço jurídico-institucional no país, com ampliação das liberdades civis e dos direitos e garantias individuais. A nova Carta consagrou cláusulas inovadoras com o objetivo de alterar relações econômicas, políticas e sociais.

Através da promulgação do novo texto, foi possível observar uma intensa transformação dos denominados direitos fundamentais que, inevitavelmente, caminham conjuntamente com as transformações e o progresso da sociedade nas mais diversas áreas. Em outras palavras, entendemos que a evolução dos direitos fundamentais traduz a transformação e o progresso da sociedade como um todo.

Nesse sentido, a visão do Direito de Norberto Bobbio nos traz grandes ensinamentos. Segundo o filósofo, são teses fundamentais do Direito: a) “os direitos naturais são direitos históricos”, b) “nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade”, c) “tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico”[1]

O processo de criação das leis e o Direito são, portanto, fruto de adaptações às condições históricas da sociedade em que se encontram inseridos, sendo fruto do conflito de interesses entre as classes, dos meios de produção disponíveis, das ideologias predominante e etc.[2].

Adotaremos, assim, a visão dos direitos fundamentais como progresso, resultado da historicidade da humanidade, marcada pela conquista de direitos e garantias individuais. Por esse motivo, a importância da noção temporal do momento histórico vivenciado à época de criação dos diplomas penal e processual penal, que traduziram as vontades daquele tempo nas leis, e, como será demonstrado ao decorrer da monografia, colidem frontalmente com os objetivos da atual Constituição.

Naquele tempo, a estrutura penal e processual penal estavam alinhadas à estrutura estatal do Estado Novo de Getúlio Vargas, que possuía traços claramente autoritários, fascistas e inquisitórios, sendo tais características ainda vistas nos diplomas legais penais constituídos naquele período e válidos até hoje. Nesse sentido, o que se busca neste projeto, é uma interpretação das mudanças constitucionais que versem sobre direitos fundamentais relacionados ao processo penal, de modo a demonstrar as possíveis incompatibilidades com a legislação infraconstitucional ainda vigente.

É essencial, para tanto, uma conceituação e classificação dos direitos fundamentais e sua posição no constitucionalismo moderno adotado pela Constituição Federal Brasileira.

O modelo constitucionalista, mais precisamente o constitucionalismo ocidental, surgiu como forma de limitação ao poder do Estado. A ideia central é marcada pela possibilidade de se resguardar garantias aos indivíduos ante possíveis abusividades do Estado. A forma de se validar essa intenção foi com a adoção de um texto

---

[1] BOBBIO, Norberto. Era dos direitos. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier. Trad. Regina Lyra. 2004.

[2] *Ibidem*. pg. 14.

hierarquicamente superior a todas as demais normas estatais, que deveriam seguir os parâmetros advindos deste diploma central.

Este diploma superior possui como substrato a organização do poder estatal e a consolidação de garantias fundamentais aos indivíduos. O conceito do constitucionalismo sofreu inúmeras transformações desde sua concepção, sendo ponto comum, até os dias atuais, a concretização do princípio da supremacia da Constituição, que assegura o nível hierárquico máximo ao texto constitucional, sendo as demais normas estatais a ele subordinadas, com dever de compatibilidade, sob pena de invalidação.

Ao fundo, emerge do conceito de constitucionalismo a ideia de sistema, em que as normas devem guardar determinada compatibilidade entre si, sob pena de um Estado incoerente, podendo ser o resultado da incompatibilidade um Estado de injustiça.

De modo a iniciar a conceituação dos direitos fundamentais, que também não é, de um todo, tarefa simples, podemos considerar que tratam de direitos predominantemente carregados de subjetividade, em que possuem como plano de fundo uma ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana. Nessa medida, há de se convir que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”[3]

Nessa linha, cabe observar o que seria a dignidade humana, para que se alcancem as exigências que daí derivam. Nas palavras de Alexandre de Morais:

> “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade” [4].

Portanto, os direitos fundamentais se relacionam com a própria essência das necessidades inerentes à espécie humana, tratam de direitos garantidos aos cidadãos para que se alcance o mínimo exigível para uma vida em sociedade. Nessa linha, decorrem também as garantias fundamentais, previstas na Constituição, relacionadas ao

---

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Diretos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 110.

[4] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

processo penal de modo amplo, garantias que limitam o exercício do poder estatal em sua função punitiva.

O processo penal não deixa de ser considerado como o instrumento desenvolvido pelo direito para concretização do poder punitivo estatal, contudo, é necessário se observar a dualidade de sua função, porquanto, ainda que seja considerado instrumento para efetivação do poder punitivo estatal, é igualmente o instrumento para a efetivação das garantias fundamentais previstas aos indivíduos que se submetem a persecução estatal. O processo penal é, assim, palco de tensão entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis.*

A CF/88, em seu Título II, dispõe acerca dos direitos e garantias fundamentais, onde, no artigo 5º, que integra o referido Título, elenca os direitos e deveres individuais e coletivos dispostos em setenta e oito incisos. Na seara penal como um todo, a Carta Constitucional produziu diversas garantias fundamentais aos seus cidadãos, destacando-se a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, o juiz natural, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, a publicidade dos atos, a presunção de inocência do acusado e a explícita separação das funções de julgar, acusar e defender.

A Constituição Federal atual realmente promove uma ideia de amplas garantias processuais penais aos acusados no processo penal diante da expressa limitação do poder punitivo do estado, assim como uma escorreita delimitação dos limites processuais do julgador. Trata-se de um modelo que se alinha ao proposto por Luigi Ferrajoli, em sua teoria do Garantismo Penal[5].

Novamente, a partir de uma análise historiográfica do processo penal brasileiro, mais especificamente após a Constituição de 1988, é notória a mudança de perspectiva quanto às garantias fundamentais relacionadas ao processo penal. Sob um aspecto amplo, trata-se de manifestações históricas da sociedade em que vivia na época da promulgação do novo texto constitucional.

Isso revela que as sociedades anteriores se resguardavam através de manifestações contrárias, uma vez que as características previstas em outros textos eram plenamente cabíveis e desejáveis aos anseios punitivistas daquela época, mesmo que se reconheça ser ainda este o desejo de parte da população nos dias contemporâneos.

---

[5] Ver: FERRAJOLI, L. Derecho y razón.

Diante das manifestações de cada tempo, decorrem Constituições e legislações infraconstitucionais que com ela se assemelham. No processo penal, as manifestações culturais e políticas e as legislações que delas se originam, marcam uma sistematização pela doutrina dos sistemas processuais penais, que decorrem de modelos adotados por cada Estado para dar efetividade ao seu sistema de garantias fundamentais e de persecução penal.

Pode-se falar da existência de dois sistemas processuais penais históricos, identificados como inquisitório e acusatório. Da abordagem inicial sobre os sistemas originários decorre uma terceira classificação doutrinária, reconhecida como sistema misto. As classificações perpassam pela observação dos mecanismos da persecução penal que, no curso da história, iniciou-se por meios privados de resolução de conflitos, passando por procedimentos arbitrários (impostos ao réu) e hodiernamente estão atrelados ao respeito dos direitos fundamentais do acusado.

Neste trabalho, pretende-se demonstrar que, para que seja executável o modelo de garantias fundamentais processuais penais previstos constitucionalmente, é necessário um olhar do ponto de vista dos sistemas processuais penais. Contudo, é imprescindível que se observe a dicotomia entre sistema inquisitório e acusatório e a ramificação para o sistema misto. É necessário um olhar sobre a constitucionalidade do processo penal brasileiro, e o respeito do modelo previsto constitucionalmente, que transcende a pretérita discussão.

Perpassa por essa ideia das garantias processuais penais constitucionais, a corrente em que este trabalho se adere, qual seja a escola da orientação constitucional do processo penal, que supera o mérito do saber prático das formas e trâmites do processo penal, para adequar as normas processuais penais aos sistemas de garantias enunciados na Constituição e nos pactos internacionais de direitos humanos.

Portanto, o que aqui se busca demonstrar é se ainda existem normas dispostas em nosso diploma processual penal nacional que confrontam o sistema processual penal disposto no texto constitucional. Do mesmo modo, é necessário analisar como está o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal quanto a matéria e, por fim, realizar uma abordagem sobre possíveis soluções para a controvérsia.

Dado o esboço temático do trabalho, sua primeira parte está focada em apresentar ao leitor o modelo constitucional disposto na Constituição Federal de 1988, assim como sua relação com o processo penal e sua definição acerca das garantias fundamentais

processuais penais, que nos transmitem uma ideia de sistema processual penal constitucional democrático.

Em seguida, busca-se a conceituação do processo penal como ciência autônoma. Neste tópico, será observada a instrumentalidade do processo penal e as suas funções no modelo brasileiro. Após isso, será feita uma classificação histórica dos sistemas processuais penais e suas devidas características essenciais. Nesse tópico, será feito um contraponto entre o sistema processual penal misto e o sistema constitucional disposto na CF/88. Nessa perspectiva, será analisado o advento da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, e suas consequências práticas e teóricas no sistema processual penal brasileiro vigente.

Na segunda metade da monografia, será feito um estudo sobre os dispositivos entendidos como confrontantes ao sistema processual penal constitucional democrático e a interpretação das cortes superiores nacionais quanto sua aplicação e sua constitucionalidade. Pretende-se, nesse espectro, a demonstração de que, apesar do modelo constitucionalmente adotado, atestado pela legislação infraconstitucional, por ora com eficácia suspendida, ainda vigoram em nosso cenário jurídico nacional práticas de caráter inquisitorial, em ampla dissonância aos preceitos constitucionais.

Por fim, tendo como objetivo precípuo deste trabalho, busca-se demonstrar que não subsistem razões doutrinárias para a classificação do sistema processual penal brasileiro como um sistema misto ante o sistema processual penal constitucional democrático, que deverá, sob todos os efeitos, ser estritamente seguido, sem ressalvas para possíveis interpretações dissonantes. Nesse ínterim, propõe-se observar que, assim como outros dispositivos anteriormente confrontantes, é necessária uma nova interpretação dos dispositivos inquisitórios ainda entendidos como válidos por nossa jurisprudência pátria.

Soma ao interesse do presente estudo, uma análise quanto a suspensão de eficácia das regras da Lei 13.964/2019, no que toca o sistema acusatório e o juiz das garantias, no teor das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305.

2. MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

2.1. HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Antes de partirmos para o estudo do modelo constitucional brasileiro, demonstra-se importante entender a expressão *constitucionalismo* e as suas consequências práticas. José Joaquim Gomes Canotilho assinala que o Constitucionalismo é a teoria ou ideologia que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Para ele, o Constitucionalismo é uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.[6]

Para Luís Roberto Barroso[7], Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de Direito, *rule of the law, Rechtsstaat*). O nome sugere a existência de uma constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira.

A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: *organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.* [8]

Para Canotilho[9], o Estado Constitucional (Estado com qualidades) é uma tecnologia política de equilíbrio político-social através da qual se combateram dois arbítrios ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso, em um Estado Constitucional existem três ordens de limitação do poder:

> Em primeiro lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fundamentais que hão de ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Em segundo lugar, há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e

---

[6] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2 ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1998.

[7] BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a Construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

[8] MORAES, Alexandre D. Direito Constitucional. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597027648. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/. Acesso em: 18 jul. 2022. Pg. 32.

[9] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Almedina, p. 87. Apud: MORAES, Alexandre D. Direito Constitucional, 2021. Pg. 35

> julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (*checks and balances*). Por fim, há as limitações processuais: os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meios ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade). Na maior parte dos Estados ocidentais instituíram-se, ainda, mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. [10]

Para Alexandre de Morais, o Estado Constitucional configura-se como uma das grandes conquistas da humanidade, que, para ser um verdadeiro Estado de qualidades no constitucionalismo moderno deve ser um Estado democrático de direito. Dessa forma, são duas as "grandes qualidades" do Estado Constitucional: Estado de direito e Estado democrático.[11]

A ideia de Estado de Direito[12] implica a limitação jurídica do governo. Isso significa o controle de constitucionalidade como conhecemos atualmente, ou seja, a possibilidade de o poder judiciário imparcial realizar o controle de compatibilidade dos atos públicos e da legislação infraconstitucional com a Lei Maior.

Por outro lado, de maneira complementar, a integração do conceito de Estado Constitucional depreende-se o conceito de Estado Democrático, que pode ser caracterizado com a consolidação de preceitos fundamentais que expressem a busca pelo distanciamento ao autoritarismo e a concentração de poder.

O Estado democrático se contrapõe ao Estado autoritário marcado pela concentração no exercício do poder, ausência de separação entre os poderes, incompatibilidade com a vontade dos governados, valorização da vontade de uma

---

[10] BARROSO, Luís R. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786555596700. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/. Acesso em: 20 jul. 2022. Pg. 12.

[11] MORAES, Alexandre D. Direito Constitucional. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597027648. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/. Acesso em: 18 jul. 2022. Pg. 35.

[12] Para Alexandre de Morais, "o Estado de Direito caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei, (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo". *Ibidem.*

minoria. Decorre do Estado democrático a ideia de soberania popular, com participação de todos os cidadãos no processo político do país.

Adotaremos neste trabalho a ideia de um Estado Democrático de Direito Constitucional, como previsto expressamente no art. 1º da Constituição Federal de 1988[13].

Para este fim, a Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.[14]

2.2. O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A história do constitucionalismo brasileiro está intimamente ligada à independência da Colônia, que, por sua vez, é vinculada a Monarquia Portuguesa. O contexto social-político daquela época compatibiliza com os movimentos que deram origem ao constitucionalismo moderno, quais sejam a emancipação das colônias da América do Norte e a Revolução Francesa, ambas influenciadas pelas ideias iluministas.

Os anseios revolucionários que se reverberaram nas 13 colônias inglesas e na França burguesa foram de grande significado para o continente sul-americano no final do século XVIII, o que inclui o cenário brasileiro. Apesar da independência do Brasil ser datada de 7 de setembro de 1822, movimentos separatistas revolucionários já aconteciam nas províncias, e regiões que formavam as colônias portuguesas em solo americano já demonstravam o anseio da população pela independência.

---

[13] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.

[14] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Almedina, p. 87. Apud: MORAES, Alexandre D. Direito Constitucional, 2021. Pg. 37

Na contramão dos movimentos regionais separatistas, a independência do Brasil se deu através do príncipe D. Pedro I, apoiado unicamente por uma elite brasileira que visava à manutenção de seus privilégios, suas propriedades, e da ordem escravista.

Após a independência, o Imperador D. Pedro I outorgou, em 25 de março de 1824, a primeira Constituição do Brasil, imposta sem a participação de uma Assembleia Constituinte. A Carta Maior impôs a monarquia como modelo de governo, estabelecendo a passagem do poder de maneira hereditária. Além disso, a divisão de poderes se deu por meio de quatro poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador.

Apesar das peculiaridades desse modelo constitucional, a Constituição de 1824 perdurou por sessenta e sete anos, ainda que grande fosse a insatisfação dos partidos políticos de oposição à época. Nesse contexto de descontentamento, e movido pelos ideais republicanos, que já demonstravam raízes consolidadas em outros cantos do globo, em 1891, foi promulgada a nova Constituição da agora República Federativa do Estados Unidos do Brasil.

Após 40 anos de manutenção do modelo de governança resultante da República Velha, em 1930, diante da denominada Revolução Liberal, Getúlio Vargas chega ao poder através de um Governo Provisório.

Tal fato representou a quebra da política baseada na elite agrária ligada à produção cafeeira no Brasil. Não era, por um todo, um governo que se distanciava dos anseios elitistas mas, de modo geral, significava a expansão de outros grupos econômicos que seriam também atendidos.

O novo governo significou, assim, a ideia de ruptura com o modelo pretérito, o que indicava a necessidade de uma nova ordem legal. Nesse contexto, em 16 de julho de 1934, no bojo da imensa crise de reformulação da sociedade e do Estado, é promulgada uma nova Constituição, através de uma Assembleia Constituinte.

A nova Carta Constitucional teve, em seu processo de criação, a participação de diferentes classes sociais, proporcionando a Constituição mais democrática e social que o Brasil já tivera em sua história até aquele momento.

Apesar das valiosas inovações da Carta de 1934, pouco foi o tempo de sua vigência. O cenário nos anos seguintes à Constituição Democrática de 1934 foi de instabilidade política e grande disputa por poder. O momento era concomitante ao fim da primeira guerra e emergiam no mundo movimentos políticos denominados de totalitários,

tais como o *stalinismo* soviético, o *nazismo* na Alemanha, o *fascismo* na Itália, o *franquismo* na Espanha e o *salazarismo* em Portugal.

Foi nesse contexto de crise política, sob a justificativa de manutenção da ordem estatal e afastamento das ideias comunistas que seriam uma ameaça ao povo brasileiro, que, em 10 de novembro de 1937, Vargas ordenou o cercamento do Congresso Nacional e obrigou os parlamentares a retornarem para suas casas. Ato contínuo, uma nova Constituição foi apresentada e outorgada à nação, momento em que Vargas decretou o fim das atividades dos partidos políticos no país.

Getúlio Vargas outorgou a nova Constituição, que possuía como característica máxima o governo autoritário e centralizador implantado pelo Estado Novo. Como se espera de uma Constituição autoritária e de um regime ditatorial, a Carta Constitucional significou um imenso retrocesso ao controle de constitucionalidade nacional.

Os poderes estavam todos centralizados no presidente, no que podemos denominar de hipertrofia do poder executivo. Durante o Estado Novo, não se elegeram integrantes ao Parlamento, ficando autorizado o Chefe do Executivo dispor sobre todas as matérias, inclusive emendas constitucionais, através de decretos-leis.

As características autoritárias e centralizadoras do Estado Novo ultrapassam a Constituição outorgada no período, sendo possível observar os traços do governo igualmente na legislação infraconstitucional, que possuía grande interferência do chefe do executivo, sendo a legislação penal, através do Código Penal de 1940 e o Código de Processo Penal de 1941, retrato das características daquele período.

O Estado Novo se prolongou até 29 de outubro de 1945, quando, através de um novo Golpe de Estado, introduziu-se uma nova fase de restauração constitucional do sistema representativo. Diante dessa nova perspectiva, promulgou-se uma nova Constituição, através de uma Assembleia Constituinte, em 18 de setembro de 1946.

Nesse contexto, a Carta Constitucional de 1946 buscou expressamente a redemocratização do país, consagrando eleições diretas e o retorno do controle de constitucionalidade pelo poder judiciário nos moldes da Carta de 1934.

Apesar dos avanços no controle de constitucionalidade, na redemocratização e na recuperação de direitos, a Constituição de 1946 enfrentou intensas crises políticas, que elevaram problemas de corrupção que se enraizavam no regime presidencial ao chegar da metade do século XX.

Foi então que, no dia 31 de março de 1964, os militares chegaram ao poder com a deposição do presidente João Goulart. Ato contínuo, em 9 de abril deste mesmo ano, foi editado o Ato Institucional nº 1, que manteve a Constituição de 1946, as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes no Ato, que estabeleceu as diretrizes iniciais do novo governo e suspendeu diversos direitos e garantias constitucionais.

Não obstante, os atos institucionais e as emendas à Constituição não se mostravam suficientes para legitimação do novo Governo autoritário, era necessário um novo texto Constitucional que fosse capaz de atender todos os objetivos do sistema implantado, dando a ele ares de legitimidade. É nesse contexto que em 15 de março de 1967 foi promulgada a nova Constituição do regime autoritário e ditatorial militar.

Nas palavras de Paulo Bonavides[15]:

> "As comoções políticas de raiz social fizeram-na desembocar, por obra da corrupção do regime presidencial, na segunda ditadura do século, a mais longa e perniciosa por haver mantido aberto um Congresso fantoche, debaixo de uma Constituição de fachada outorgada pelo sistema autoritário, que ao mesmo tempo censurava a imprensa e reprimia a formação, pelo debate livre, de novas lideranças, sacrificando assim toda uma geração."

A Constituição de 1967, portanto, marcou um dos períodos de maior restrição de direitos aos cidadãos brasileiros diante do irrestrito arbítrio estatal. Apesar disso, vislumbram-se avanços no controle de constitucionalidade que, à época, beneficiavam somente a própria ordem estatal, sem embargo, possuíssem um grande potencial em um possível regime democrático constitucional.

Em contraposição ao regime autoritário, repressivo e antidemocrático, eclodiram, no final da década de 70, movimentos da sociedade civil que reivindicavam a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, assim como a realização de eleições diretas para a escolha de seus representantes. Foi nesse período que se revogou o Ato Institucional n. 5, em 1979, quando foi permitida a criação de novos partidos políticos, abrindo espaço para o novo período democrático em ascensão.

Após a transição do último governo militar para um governo civil, depois de duros anos de ditadura militar, foi encaminhada uma proposta de Emenda à Constituição para a

---

[15] BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. Estud. av., São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176, Dec. 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300016. Acesso em: 07 de agosto de 2019.

convocação de uma nova Assembleia Constituinte, em consonância com os anseios da população por uma nova Carta Constitucional democrática, através do então Presidente, José Sarney.

Aprovada em 27 de novembro de 1985, a emenda constitucional possuía a seguinte redação: “Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”.

Segundo Gilmar Mendes[16], “a Emenda convocou uma Assembleia Nacional Constituinte “*livre e soberana*”. Os anseios de liberdade, participação política de toda a cidadania, pacificação e integração social ganharam preponderância sobre as inquietações ligadas a conflitos sociopolíticos, que marcaram o período histórico que se encerrava”.

A nova Constituição significa o marco no cenário nacional da redemocratização e na luta contra o autoritarismo e supressão de direitos. É por essa razão que a nova Carta traz uma significativa amplitude dos direitos fundamentais, sendo então apelidada de Constituição Cidadã.

Lênio Streck[17] descreve que a Constituição de 1988, inspirada nas Constituições do segundo pós-guerra, filia-se ao constitucionalismo dirigente, compromissário e social, que rendeu bons frutos nos países em que foi implantado. O catálogo de direitos fundamentais, os direitos sociais, as ações constitucionais, enfim, tudo o que havia sido reivindicado pela sociedade no processo constituinte, foi positivado.

O Retrato desta nova Constituição estava disposto destacadamente em seu artigo primeiro, que assegurava que o Brasil é uma República que se constitui em *Estado Democrático de Direito*, promovendo, assim, todas as decorrências deste paradigma. Vale destacar que, pela positivação ampla de direitos sociais, estudiosos ampliam esta classificação para um *Estado Social e Democrático de Direito.*

A Carta Constitucional de 1988 traduz, assim, os anseios da população por democracia e direitos e garantias no campo social, significa uma Carta marcada pela

---

[16] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017. – (Série IDP)

[17] STRECK, Lenio L. Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. 9788530987497. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/. Acesso em: 02 ago.2022.

ampliação dos direitos humanos de terceira geração, caracterizados pelos ideais de fraternidade e solidariedade que significaram um modelo valorativo, agregado a um eficaz mecanismo de garantia do texto constitucional.

Gilmar Mendes discorre:

> "A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais. O Estado se comprometia a não interferir no que fosse próprio da autonomia das pessoas e a intervir na sociedade civil, no que fosse relevante para a construção de meios materiais à afirmação da dignidade de todos." [18]

A Constituição de 1988 amplia significativamente os mecanismos de proteção judicial, e, assim também, o controle de constitucionalidade das leis.

Após a Constituição de 1988, a competência para verificação da conformidade do direito local em face ao direito federal ordinário foi transferida ao Superior Tribunal de Justiça - STJ. Em relação ao controle abstrato das normas, a nova Carta Política, aperfeiçoada pela Emenda Constitucional n.45 de 2004, trouxe importantes inovações.

Primeiramente, o novo texto constitucional consolidou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), que possui como pressuposto tornar efetiva norma constitucional, em razão de omissão de qualquer dos Poderes ou de órgão administrativo, sendo legitimados o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesa de uma Assembleia Legislativa, Governador do Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

De igual modo, a grande novidade do novo texto estava no rol de legitimados para a propositura das ações de (in)constitucionalidade. O rol de legitimados para a propositura das ações de constitucionalidade e inconstitucionalidade era o mesmo da ADO, ou seja, a Constituição Cidadã representou o fim do monopólio do Procurador-Geral da República para a provocação do STF, em matérias de controle de constitucionalidade das leis.

---

[18] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017. – (Série IDP)

Gilmar Mendes[19] defende que tal fato fortalece a impressão de que, a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretende com que o constituinte reforce o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.

A Constituição Federal de 1988 constitui, assim, um marcante ponto de partida de ruptura com o estado autoritário, intolerante e repressivo dos governos militares. O texto significou uma abundante positivação de direitos e garantias, por vezes criticados por alguns pensadores, que defendem ser utópica a ideia de se alcançar todos os pressupostos que foram disciplinados.

Igualmente, por toda sua ideia de preservar a segurança jurídica do Texto Maior, importantes são as inovações do controle de constitucionalidade, que preservam a impossibilidade de normas contraditórias com os princípios constitucionais, com uma ampla gama de legitimados para o questionamento de incongruências da legislação infraconstitucional, no intuito de preservação de um *sistema* coerente entre si.

Nas lições de Luís Roberto Barroso:

> "Em inúmeras áreas, a Constituição de 1988 consolidou ou ajudou a promover avanços dignos de nota. No plano dos direitos fundamentais, a despeito da subsistência de deficiências graves em múltiplas áreas, é possível contabilizar realizações. A centralidade da dignidade da pessoa humana se impôs em setores diversos. Para que não se caia em um mundo de fantasia, faça-se o registro indispensável de que uma ideia leva um tempo razoável entre o momento em que conquista corações e mentes até se tornar uma realidade concreta. Ainda assim, no âmbito dos direitos individuais, as liberdades públicas, como as de expressão, reunião, associação e direitos como o devido processo legal e a presunção de inocência incorporaram-se com naturalidade à paisagem política e jurídica do país. É certo que não ainda para todos. Os direitos sociais têm enfrentado trajetória mais acidentada, sendo a sua efetivação um dos tormentos da doutrina e da jurisprudência. Nada obstante, houve avanços no tocante à universalização do acesso à educação, apesar de subsistirem problemas graves em relação à qualidade do ensino. Os direitos coletivos e difusos, por sua vez, como a proteção do consumidor e do meio ambiente, disciplinados por legislação específica, incorporaram-se à prática jurisprudencial e ao debate público." [20]

---

[19] MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. Curso de direito constitucional (Série IDP. Linha doutrina). São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786553620506. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620506/. Acesso em: 08 ago. 2022. Pg. 614.

[20] BARROSO, Luís R. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786555596700. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/. Acesso em: 08 ago. 2022. Pg. 144.

Lado a lado com as importantes inovações observadas no controle de constitucionalidade e no plano dos direitos fundamentais, observa-se no processo judicial brasileiro, em seu sentido amplo, significativo aperfeiçoamento em consonância com a nova perspectiva de um *Estado Democrático de Direito*, que abarca o processo penal nacional.

É possível identificar, na Constituição Cidadã, um amplo rol de garantias processuais penais, dentre as quais o princípio do *devido processo legal,* disposto no art. 5º, LIV, que dispõe: *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"*, assegurando que o processo seja um campo sem arbitrariedades, com regras pré-definidas, na busca da imparcialidade do órgão julgador.

É nessa perspectiva de orientação constitucional do processo penal que este trabalho se desenvolve. Trabalharemos a ideia do direito processual penal como um direito constitucional aplicado sendo, a Constituição, o ponto inicial para a interpretação de todo o sistema processual penal e, o Texto Magno, o efetivo limitador do poder punitivo estatal.

2.3. DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO. HIERARQUIA DAS NORMAS

O Sistema jurídico nacional é sustentado em princípios que revelam pressupostos gerais a serem seguidos por todas as demais normas. Entre tais princípios destaca-se o princípio da supremacia da Constituição, que significa o reconhecimento do texto constitucional e dos pactos internacionais de direitos humanos, aos quais o Brasil é signatário, como norma hierarquicamente superior sobre todas as demais normas jurídicas infraconstitucionais, e que toda interpretação jurídica deve iniciar-se pela Constituição e nunca a partir da própria lei ordinária.

Nessa linha, a Constituição Federal de 1988 e os pactos de direitos humanos se sobressaem frente as demais normas ordinárias, como o caso do Código de Processo Penal, que compõe o ordenamento jurídico brasileiro, devendo as demais normas estarem em conformidade com os preceitos constitucionais.

O sistema preconizado por uma norma superior as demais, que resguardava uma coerência interpretativa a todo o sistema jurídico de um país, foi pensado por Hans Kelsen. Em suas palavras:

> "Devido ao caráter dinâmico do direito, uma norma vale porque e até ser produzida através de outra norma, isto é, através de outra determinada

> norma, representando esta o fundamento da validade para aquela. O escalonamento (*stufenbau*) do ordenamento jurídico – e com isso se pensa apenas no ordenamento jurídico estatal único – pode ser representado talvez esquematicamente da seguinte maneira: o pressuposto da norma fundamental coloca a Constituição na camada jurídico-positiva mais alta – tomando-se a Constituição no sentido material da palavra – cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral, ou seja, da legislação.” [21]

Assim, conforme assegurado pelo princípio da supremacia da constituição, os preceitos ou normas (regras ou princípios), assegurados na Carta Magna, em decorrência da sua característica de abrangência e unicidade, encontram-se em um patamar hierarquicamente superior às demais normas infraconstitucionais, devendo haver uma concordância entre tais dispositivos, o que significa o respeito da norma ordinária aos preceitos constitucionais.

Por consequência, é dada ao Estado a legitimidade de regular as normas ordinárias para que estejam em conformidade com as regras previstas na Constituição Federal, tal prática refere-se ao Controle de Constitucionalidade desenvolvido nos capítulos anteriores.

Isto é, qualquer conflito ou contradição que venha agredir a Constituição Federal viola, por consequência, ao menos um princípio de caráter essencial, qual seja a *“Supremacia da Constituição”*, contribuindo para a desarmonia do ordenamento, gerando a inconstitucionalidade, que poderá ser analisada através do Controle de Constitucionalidade.

Em referência ao modelo de sistema processual penal adotado pelo Constituição Federal de 1988, como será amplamente detalhado neste trabalho, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no entendimento que a CF/88 estabeleceu o sistema processual penal acusatório, quando explicitamente separa as funções de acusar e julgar.

Além disso, o extenso rol de garantias fundamentais nos incisos do art. 5.º da CF/88, demonstram claramente sua orientação ao sistema acusatório, devendo tal pressuposto ser seguido pelas demais leis ordinárias, sendo os dispositivos inquisitoriais disposições inconstitucionais, e, por óbvio, ilegais.

---

[21] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito. Tradução: J.Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 103.

2.4. ORIENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL

A Carta Constitucional de 1988 predispõe uma série de garantias aos indivíduos em contrariedade à possibilidade de se vislumbrar possíveis arbítrios estatais no exercício do poder punitivo, sendo sua principal característica um modelo processual específico condicionado a um processo legítimo, o *due process of law*.

A intenção do legislador constituinte realmente se debruça na ideia de rompimento com o modelo anterior, caracterizado pela supressão de direitos. No processo penal, diante da ideia inquisitiva imposta pelo Código de Processo Penal de 1941 e pela Constituição de 1937, sem muitas garantias, com visíveis abusos do poder, buscou o novo Texto Constitucional alcançar as aspirações sociais contemporâneas, prestigiando um processo penal acusatório, bem como conferindo ao investigado e ao acusado direitos e garantias até então desconhecidas no âmbito nacional.

Aury Lopes Jr. com base na ideia de J. Goldschmidt, observa que:

> "Como aponta J. Goldschmidt, os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa senão o segmento da sua política estatal em geral; e o processo penal de uma nação, não é outra coisa que um *termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição*. A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista. Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo." [22] ,

Para Fábio Gusman[23], a Constituição de 1988 superou a concepção processual que animou a produção do Código de Processo Penal de 1941 e já não se pode pensar o direito processual penal com "objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do

---

[22] GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, p. 67. Apud: JÚNIOR, Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786553620582. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620582/. Acesso em: 25 jul. 2022. p. 13.

[23] GUSMAN, Fábio. A prisão preventiva de ofício: análise crítica à luz do sistema constitucional acusatório. 2015. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08042016-162346/pt-br.php. Acesso em: Agosto/2022.

Estado contra os que delinquem", como propunha Francisco Campos[24] na exposição de motivos do Código ainda vigente.

Entretanto, a realidade não se amolda com a desenhada facilidade que a Carta Constitucional procurou estabelecer. A ideia de um modelo inquisitório e autoritário é perpassada por décadas e ainda parece assombrar o cenário jurídico nacional[25]. Não se pode olvidar os inquestionáveis avanços na legislação, que demonstram uma importante tentativa de esquecimento ao modelo passado. Contudo, o anseio punitivista manifesto da população ainda reflete na legislação e nos Tribunais nacionais, demonstrando raízes, por ora, indissolúveis.

É nesse contexto de perpetuação do modelo passado, ainda que não seja esse o sistema previsto na Constituição, que se deve direcionar para uma abordagem constitucional do processo penal, com vistas a fazer valer a ideia impositiva dos preceitos constitucionais, reconhecidamente superiores na hierarquia das normas e, por esse motivo, vinculantes em face à legislação infraconstitucional.

A ideia de inserir na Carta Maior direitos e garantias penais e processuais penais diz respeito a um fenômeno denominado de constitucionalização do processo penal ou orientação constitucional do processo penal. A intenção da respectiva orientação é dar *status* constitucional a direitos e garantias penais e processuais penais, promovendo uma verdadeira força vinculante em face à legislação infraconstitucional, atribuindo, a estes preceitos constitucionais, imperatividade sobre as demais leis.

Como aponta Aury Lopes Jr.:

> "Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui a ação), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá por meio da sua instrumentalidade constitucional.

---

[24] A exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941 idealizado por Francisco Campos dispõe: *"as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrantes ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudo-direitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade não pode invocar, em face do Estado, outras franquias e imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada fora do interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente código".*

[25] E esse é um nó que não conseguimos desatar, porque a cultura inquisitória e autoritária é fortíssima. A Constituição é deixada de lado e as práticas autoritárias se perpetuam. Mudamos as leis processuais penais, mas não conseguimos mudar a cultura, a mentalidade inquisitória e autoritária". JÚNIOR, Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. Pg. 13.

> Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição.” [26]

Além do mais, é indissociável a própria natureza política do processo penal, que se associa à ideia constitucional, observado que Constituição nada mais é do que o retrato da conjuntura política que lhe antecedeu, na busca de consolidação dos ideais políticos defendidos por diferentes grupos com o propósito de consolidação de direitos por vezes opostos. Essa relação é explicada com maestria por BETTIOL:

> “Quase não há um instituto de processo penal que não revele a sua intrínseca natureza política e não seja, portanto, a expressão duma idéia que supera o plano da realidade prática e a espelha em termos conter numerosas disposições de actuação imediata no campo processual, se por um lado demonstra o cuidado vigilante que o Constituinte dedica a um sector tão delicado das relações entre o Estado e o cidadão, indica por outro a natureza constitucional – e portanto política – de tais regras fundamentais do processo” [27]

A ideia da orientação constitucional do processo penal é pensar no processo criminal como parte integrante da Constituição, em contraposição à ideia da Carta Maior como mera fonte de diretrizes e princípios para a legislação infraconstitucional processual penal. A ideia é um processo penal produzido e interpretado à luz das normas constitucionais e das normas internacionais supralegais, sob pena de um sistema ilegal e incoerente, porquanto é pressuposto constitucional a hierarquia da norma maior, assim como, das normas internacionais recepcionadas pela nossa Constituição em face a legislação infraconstitucional.

O desafio paira exatamente nesse ponto, fazer valer os pressupostos constitucionais e internacionais com *status* constitucionais na interpretação e criação das leis infraconstitucionais. Segundo Aury Lopes Jr.:

> "atualmente, existe uma inegável crise da teoria das fontes, em que uma lei ordinária acaba valendo mais do que a própria Constituição, não sendo raro aqueles que negam a Constituição como fonte, recusando sua eficácia imediata e executividade. Essa recusa é que deve ser combatida”. [28]

---

[26] JÚNIOR, Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786553620582. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620582/. Acesso em: 25 jul. 2022.

[27] BETTIOL, Giuseppe. Instituições de Direito e Processo Penal, trad. De Manuel da Costa Andrade, do original italiano Istituzione di diritto e procedura pelnale, Coimbra: Coimbra Editora, Lda, 1974.

[28] JÚNIOR, Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786553620582. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620582/. Acesso em: 25 jul. 2022. p. 13.

Não se busca, nesses termos, a legalidade das normas processuais, mas a necessidade de um processo penal que esteja em conformidade com a Constituição Federal, até porque é notório que a própria legislação ainda socorre a traços autoritários e inquisitórios. 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.[29]

A constitucionalização dos direitos processuais penais é inquestionável, bastando o olhar para o amplo rol de garantias dadas aos sujeitos frente ao poder punitivo estatal na relação processual, como se pode depreender da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, artigo 5º, XXXV), do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), do pleno acesso à Justiça (CF, artigo 5º, LXXXIV), do juiz e do promotor natural (CF, artigo 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário e equidistante das partes (CF, artigo 5º, caput e I), da ampla defesa (artigo 5º, LV, LVI, LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (artigo 93, IX) e da presunção da inocência (CF, artigo 5º, LVII).

Esses pressupostos tratam-se, na verdade, da própria concretização do Estado Democrático de Direito, como destaca o brilhante comentário de Gilmar Mendes[30], quando constata que *"talvez não haja qualquer exagero na constatação de que esses direitos de caráter penal e processual-penal cumprem papel fundamental na concretização do moderno Estado Democrático de Direito*".

Diante desse cenário é que se busca alcançar um processo penal constitucional, em que o seu princípio fundante está amparado no Estado Democrático de Direito previsto expressamente na Carta Maior. Não há espaço para uma interpretação da legislação infraconstitucional que não se adeque aos novos pressupostos constitucionais, é necessária uma estrita interpretação das normas sob o marco referencial da Constituição. [31]

---

[29] JÚNIOR, Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786553620582. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620582/. Acesso em: 25 jul. 2022. p. 15.

[30] MENDES, Gilmar F. Estado de direito e jurisdição constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553605330. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553605330/. Acesso em: 12 ago. 2022. Pg. 24

[31] Feito isso, é imprescindível marcar esse referencial de leitura: o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da CADH e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem

A atual orientação constitucional do processo penal preza por uma ressignificação do sujeito passivo quando se inicia a persecução penal. Tratar da perspectiva constitucional do processo penal sob o paradigma democrático em um Estado Democrático de Direito, é pensar na inversão de valores do sujeito passivo que, enquanto no direito material penal estava na vítima, no direito processual penal passa a estar na pessoa do acusado. Como dispõe Aury Lopes Jr.:

> "Nessa democratização do processo penal, o sujeito passivo deixa de ser visto como um mero objeto, passando a ocupar uma posição de destaque enquanto parte, com verdadeiros direitos e deveres. É uma relevante mudança decorrente da constitucionalização e democratização do processo penal." [32]

É sob essa perspectiva de um sujeito passivo na imagem do acusado, que não trata de um mero objeto em face a atuação do poder punitivo estatal, mas, em contrapartida, um sujeito de direitos e garantias, que se propõe visualizar o direito processual penal contemporâneo brasileiro. Para isso, é importante visualizar as disposições da nossa Constituição Federal, que predispõem um sistema garantista de normas alinhado ao sistema proposto pelo ilustre mestre Luigi Ferrajoli.

Com todo o respeito à dimensão da corrente doutrinária proposta pelo eminente professor italiano, se pretende aqui fazer apenas uma introdução e mostrar a identidade do modelo pensado por Ferrajoli com o sistema disposto em nossa Carta Constitucional.

2.5. GARANTISMO PENAL CONSTITUCIONAL

De início, é importante destacar que o sistema proposto pelo grande autor italiano não se restringe à área penal (processual penal) mas, de modo geral, é proposto como um pressuposto para todo o direito subjetivo. Apesar disto, neste estudo será feito um

---

que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941. JÚNIOR, Aury L. Fundamentos do processo penal.

[32] JÚNIOR, Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786553620582. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620582/. Acesso em: 25 jul. 2022. Pg. 15.

recorte do garantismo penal de Ferrajoli, por convergência lógica ao objetivo da presente monografia.

Segundo Álvaro Chaves, citando o conceito de Ferrajoli para garantias:

> "O ponto comum em todas as garantias é a percepção de que, se não as houvesse, o direito que é seu objeto poderia ser violado, caracterizando-se, como destaca Ferrajoli, um tipo de desconfiança ao espontâneo cumprimento e respeito aos direitos no exercício legítimo de poder, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. "[33]

Decorre de tal conceito a ideia de que as garantias são, na verdade, o meio para que os direitos subjetivos dos indivíduos não sejam violados, ou seja, seria este o ponto limite para que se pondere um direito, como mais valoroso, em detrimento de outro fundamental que, na seara penal, está relacionado a liberdade.

Não se busca aqui a irrestrita defesa da liberdade em promoção da impunidade[34], como observado em dizeres populares que defendem a correspondência entre pessoas ligadas ao garantismo penal e a impunidade. Não há correspondência entre os institutos, não deve haver ponderação entre liberdade e impunidade.

A liberdade é pressuposto do próprio ser humano, e só deve ser violada (suprimida) quando provada, de forma inconteste, a violação da lei penal em um devido processo penal, com a preservação de todas garantias ao acusado. O garantismo seria, no sentido penal (processual penal), o meio para impedir abusos no exercício do poder punitivo estatal, através da estrita observância da lei.

Nesse espectro, Álvaro Chaves ensina que "a linha condutora do garantismo penal, na perspectiva jurídica, é a minimização da violência, potencializando a liberdade,

---

[33] CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. Prisões preventivas da operação lava jato (2014-2017) : pesquisa empírica e crítica garantista. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/43096. Acesso em: 15/08/2022.

[34] "Contudo, nesse interregno, verificou-se um crescente processo de estigmatização, cujo resultado final foi a atribuição de um rótulo pejorativo ao termo "garantista" que, no senso comum jurídico, passou a ser frequentemente lido como algo ou alguém favorável à impunidade". KHALED JR., Salah H. Garantismo à la carte: integral, desnatado ou semi-desnatado? Disponível em: http://www.justificando.com/2015/09/26/garantismo-a-la-carte-integral-desnatado-ou-semi-desnatado/. Acesso em 06 jan. 2020.

mediante a imposição de limites e de vínculos ao poder punitivo estatal, em benefício dos direitos e garantias do cidadão”. [35]

Na mesma linha, o autor cita Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho, que elucidam que "o garantismo penal é a teoria destinada a instituir critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, bem como deslegitimar sistemas de controle social que privilegiam a defesa social em prejuízo de direitos e garantias individuais”. [36]

Nesses termos, o garantismo na seara penal ganha grande relevância, observada a dicotomia entre liberdade individual e poder punitivo estatal, sendo esta corrente doutrinária, um meio de efetivação de garantias individuais em face à violência estatal, que percorrem toda a persecução penal até o cumprimento da pena.

Na ideia do professor italiano, o garantismo poderia ser entendido como um modelo normativo de direito, nomeado por ele de estrita legalidade ou de sistema de garantias.

> [...] sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, consequentemente, ‘garantista’ todo o sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. O garantismo penal, em outras palavras, seria a concretização do direito penal mínimo, “condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza”. [37]

E, para a classificação do grau do direito penal, se tendente ao direito penal mínimo ligado a estados democráticos ou ao direito penal máximo característico de estados autoritários, o grande professor italiano enumera uma lista de 10 axiomas do garantismo, princípios do direito penal e processo penal, que quanto maior for o seu grau incidência na legislação de determinada nação, maior seria a inclinação ao direito penal mínimo, a seguir listados:

---

[35] CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. Prisões preventivas da operação lava jato (2014-2017) : pesquisa empírica e crítica garantista. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/43096. Acesso em: 15/08/2022.

[36] CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 19. Apud: CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. Prisões preventivas da operação lava jato (2014-2017): pesquisa empírica e crítica garantista. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/43096. Acesso em: 15/08/2022.

[37] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: a teoria do garantismo penal. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 102

> i) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; ii) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; iii) princípio da necessidade ou da economia no direito penal; iv) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; v) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; vi) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; vii) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; viii) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; ix) princípio do ônus da prova ou da verificação e x) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.[38]

Portanto, o sistema proposto pelo garantismo penal converge com a ideia de um direito penal mínimo, marcado pela preservação máxima do direito fundamental à liberdade do indivíduo, sendo pressuposto para violação deste direito a racionalidade e a certeza. Seria, portanto, a seara penal (processual penal) marcada pela prestação negativa estatal, relacionada a uma expectativa de não lesão - preservação da liberdade.

Ultrapassado o conceito do garantismo penal de Ferrajoli, torna-se importante para os fins deste trabalho, adentrar no conceito interligado do constitucionalismo garantista dado pelo autor. Segundo suas lições, o constitucionalismo garantista seria a contraposição ao constitucionalismo principialista, sendo, este último, a corrente que se contrapõe ao positivismo jurídico e a ideia de separação entre a moral e o direito, em defesa da ideia que os dispositivos constitucionais constituem princípios, e não regras, devendo haver uma ponderação ao tempo de sua aplicação.

De outro modo, o constitucionalismo garantista, corrente em que este trabalho se filia, é marcado por uma normatividade forte, ou seja, ligado ao positivismo jurídico no intuito de redução de margens interpretativas e possíveis arbítrios na produção normativa e na interpretação judiciária. É nesse sentido que o autor italiano busca distanciar a interpretação em favor da separação entre regras e princípios.

Segundo Ferrajoli, “não existe uma diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e as regras: a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou obrigações correspondentes”.[39]

Ao final, o que se observa de um constitucionalismo principialista é o distanciamento da ideia vinculante dos preceitos constitucionais, tese expressamente

---

[38] *Ibidem*. p. 91.

[39] FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 41.

defendida no capítulo anterior, que impediria possíveis interpretações contrárias à Constituição Federal, como hoje ainda se observa.

Portanto, a ideia do constitucionalismo garantista, proposto por Ferrajoli, é um sistema em que não há, sob nenhuma hipótese, a ideia de conexão entre direito e moral, como tão somente a interpretação restrita aos dizeres da lei. Nesse sentido, pode-se caracterizar o garantismo como um sistema de estrita legalidade, sendo necessário, por fim, fazer valer a referida legalidade, ou seja, dar efetividade ao sistema de garantias.

Diante desse quadro, que se observa, no processo penal, mais efetivamente no papel do poder judiciário e do juiz, a força para dar efetividade ao sistema de garantias. É necessário o estrito seguimento do devido processo legal, que, como observado, quando em respeito à Constituição Federal de 1988, será um processo democrático e garantista, restando ao judiciário dar efetividade a estes pressupostos. Segundo Aury Lopes Jr.:

> "A efetividade da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal." [40]

O processo penal será, nesse espectro, um meio indispensável para a concretização do sistema garantias, por ser ele um instrumento dual[41], qual seja o único para que se alcance a pena ao indivíduo, confirmando a função punitiva estatal. Assim como o instrumento consagrador de garantias, sendo este último, aspecto de maior relevância, como se pode observar de uma Constituição com traços garantistas que pretendem priorizar as garantias negativas, marcadas no *não fazer* estatal, em respeito da garantia à liberdade.

---

[40] JÚNIOR, Aury L. A instrumentalidade garantista do processo penal. Disponível em: http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17675/material/Instrumentalidade%20Garantista.pdf. Acesso em 16/08/1998.

[41] Importantes lições sobre a dualidade do processo penal são dadas por Aury Lopes Jr.: "O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal 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)" JÚNIOR, Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786553620582. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620582/. Acesso em: 25 jul. 2022.

3. O PROCESSO PENAL

O Ministro Gilmar Mendes, citando Cintra, Grinover e Dinamarco, descreve:

> "Em uma perspectiva mais ampla, todo o processo judicial é construído a partir da premissa de que as partes envolvidas em um conflito abrem mão da sua vontade para que o Estado resolva a questão de um modo justo. Aqui está a base do conceito clássico de jurisdição: "substituição da vontade das partes para aplicação do direito objetivo pelo Estado". (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. Teoria Geral do Processo. 31ª ed. Malheiros, 2014. p. 165). "[42]

Assim, processo, em sentido amplo, é o conjunto de procedimentos que dão movimento a uma demanda levada ao Estado-Juiz, detentor da palavra final sobre a parte vencedora no caso concreto em discussão.

No arcabouço penal, o Direito Penal em *latus sensu* representa o campo do ordenamento jurídico de legitimação, regulação e eficácia do poder punitivo estatal. Através desta premissa, a área penal é responsável por definir condutas consideradas crimes ou contravenções penais e suas respectivas penas. "O direito penal é o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas"[43]

Há, portanto, a necessidade de se definir regras claras de como será a investigação, o processamento e o julgamento das condutas tidas como criminalizadas, de forma que seja possível se observar a legalidade no poder punitivo na busca pela aplicação da pena aos pacientes infratores.

Diante desse quadro que se encontra o processo penal, qual seja, o instrumento legal que determina as regras do jogo, para que as penas possam ser aplicadas dentro de uma perspectiva de legalidade, e com o respeito às garantias que o Estado deve seguir. Segundo Aury Lopes Jr., "fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois o processo penal é o caminho necessário para a pena". [44]

---

[42] Voto do Min. Gilmar Mendes no RHC 144615 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 26-10-2020 PUBLIC 27-10-2020

[43] CIRINO DOS SANTOS. Juarez. Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006. p. 3.

[44] JUNIOR, Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. 9786553620520. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620520/. Acesso em: 31 ago. 2022.

É nesse sentido que se pode afirmar que não há crime sem pena, nem pena sem processo – *nullum crimen, nulla poena sine iudicio.*

O professor Aury Lopes Jr. descreve essa ligação entre pena e processo penal nas seguintes palavras:

> "Existe uma íntima relação e interação entre a história das penas e o nascimento do processo penal, na medida em que o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal." [45]

O processo penal é, portanto, o caminho necessário para se alcançar a pena mas, principalmente, o caminho que condiciona o exercício do poder punitivo.

Portanto, trataremos aqui a definição de processo penal como instrumento determinante para a produção de regras de caráter processual, que não se confundem com regras materiais, capazes de garantir aos sujeitos processuais direitos e obrigações recíprocas para que o Estado punitivo alcance ou não a aplicação da pena, reservado às partes processuais (acusação e defesa), todas as premissas para que se alcance uma sentença favorável, utilizando-se dos meios e armas que o sistema lhes proporcionam.

Novamente, destaca-se que se trata de um instrumento de duas faces. Não se cogita a ideia de um instrumento que somente verse sobre o lançamento de meios que possibilitem a efetivação do poder punitivo estatal, como, igualmente, o instrumento capaz de prever e fazer valer garantias aos sujeitos processuais para que estes possam dentro das regras previamente dispostas obter o melhor resultado na relação processual. Garantias estas, previstas através de uma norma maior, que deverão ser estritamente respeitadas.

Neste ponto encontra-se a verdadeira dualidade do processo penal. Existe uma necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais, sendo essa a difícil missão do processo penal.[46]

---

[45] JUNIOR, Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. 9786553620520. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620520/. Acesso em: 31 ago. 2022. p. 16.
[46] *Ibidem*.

3.1. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO PENAL

Inicialmente, importa destacar que este trabalho se vincula à corrente doutrinária defensora do processo como meio de aplicação do direito material, agindo como instrumento desse direito, buscando a resolução da controvérsia. Sendo o processo um instrumento, não um fim em si mesmo. [47]

No processo penal, por sua vez, a instrumentalidade indicada por grande parte da doutrina diz respeito ao processo como instrumento pelo qual se valerá o Estado para verificar a existência ou não de um crime, possibilitando ou não a aplicação de uma sanção penal.

Para além desta visão limitadora de processo penal como mero instrumento confirmador do poder punitivo estatal, após a Constituição Federal de 1988, foi possível observar uma nova vertente, defendida por alguns doutrinadores, no que convencionou em chamar de instrumentalidade constitucional do processo penal.

A instrumentalidade constitucional do processo penal consiste em considerar o processo como instrumento de efetivação das garantias constitucionais ao acusado, ou seja, trata-se de um instrumento necessário para que possa ser aplicada uma sanção penal, mas, primordialmente, devem ser observadas as garantias individuais processuais e constitucionais, como limite ao poder de punir do Estado, em detrimento de um possível Estado de punição irrestrita.

A legitimação do processo penal como instrumento para efetivação do direito penal somente é possível quando observada a ideia de processo penal constitucional, tratada nos capítulos anteriores, ou seja, é necessário se observar a instrumentalidade constitucional do processo penal como ponto de partida, para que o processo penal alcance sua função final de resolução da controvérsia no campo material.

Neste espectro, não se pode vislumbrar possíveis mitigações de pressupostos constitucionais no que se convencionou denominar de ponderação de princípios para alcance da ordem social. Os princípios constitucionais, como a presunção de inocência do acusado, o juiz natural, a vedação à utilização de provas ilícitas, o contraditório e a ampla

---

[47] WAMBIER et al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

defesa, devem ser estritamente observados em todas as fases processuais, para que o processo seja legítimo.

Em resumo, "o processo penal é instrumento de legitimação do direito de punir do Estado e, para que a intervenção estatal opere nas liberdades individuais com legitimidade, é necessário o respeito à legalidade estrita e às garantias fundamentais".[48]

Dito isso, observa-se que a instrumentalidade decorre de duas faces: uma que aproxima o processo penal como o instrumento para que o Estado Juiz, como poder punitivo, alcance a pena do sujeito infrator, como forma da manutenção de uma suposta ordem social, e a segunda, que demonstra que o processo penal é o instrumento necessário para estabelecer garantias aos sujeitos processuais com a definição de regras claras e direitos aos acusados para que estes não sejam alvo do arbítrio estatal.

É de se observar, ao mesmo tempo, características de um instrumento legal para alcançar as penas, assim como um sistema pautado em garantias aos sujeitos, para que se alcance um julgamento minimamente justo e equânime. Nas palavras de Paulo Rangel:

> "O caráter instrumental do processo demonstra que ele (o processo) é meio para se efetivar os direitos e garantias individuais assegurados na Constituição e nos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte, não sendo, como pensam alguns autores, instrumento para se aplicar o direito penal, única e exclusivamente." [49]

Se observarmos, a primeira face não demonstra a legitimidade suficiente à existência de um processo penal. Isso porque, caso fosse observada somente a necessidade de um instrumento capaz de satisfazer o anseio punitivo, quanto menos as regras fossem claras e pré-determinadas, assim como, quanto menor fossem as garantias aos sujeitos passivos do processo penal, maior seria a possibilidade de se alcançar a punição do indivíduo.

Em outras palavras, me parece que, quanto mais ausente o procedimento (processo) para o alcance da pena, maior será a facilidade para o respectivo alcance da punição. Veja, em períodos de restrição de direitos as punições demonstram inequívoco

---

[48] HC 202.557, Rel. Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 03/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 10-08-2021 PUBLIC 12-08-2021)

[49] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. 9786559770526. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770526/. Acesso em: 30 ago. 2022. Pg. 44.

crescimento, o que se justifica quando pensado que tais períodos são retratos da mitigação às garantias e ao respeito dos ditames processuais, confirmando a ideia de que estamos diante de variáveis inversamente proporcionais.

É nesse sentido que devemos pensar no processo penal como instrumento confirmador do poder punitivo estatal, tão somente quando este mesmo processo penal seja o instrumento consagrador do estrito respeito às garantias dos sujeitos passivos levados ao juízo do Estado Juiz. Isso significa um processo penal como instrumento estabilizador de garantias.

Como decorrência, acredita-se que o verdadeiro fundamento legitimador da existência do processo penal democrático contemporâneo é sua instrumentalidade prevista na nossa Constituição Federal, ou seja, o processo enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas. Ou ainda, pensarmos no processo penal desde seu inegável sofrimento, a partir de uma lógica de redução de danos.

O processo penal não deixa de ser entendido como o único meio hábil para aplicação do direito penal, entretanto, deve-se observar um processo judicial dirigido por um terceiro imparcial, dotado de poder estatal para solucionar o conflito e atribuir sanção com o devido respeito a todas as garantias do paciente acusado.

Segue o ensinamento de Khaled Jr.

> "O processo deve ser um limite ao poder; se não fosse esse o seu sentido, sequer precisaria existir. Trata-se de um meio de redução da complexidade que condiciona a manifestação do poder punitivo a um conjunto de requisitos, exigindo que o processo seja o caminho necessário – o único possível – para a imposição da pena."[50]

O que se pretende demonstrar com essas proposições é que o processo penal é o instrumento hábil para a aplicação do direito penal. Entretanto, não se trata unicamente de um meio legitimado para exercer a punição estatal, como também um meio constitucionalmente positivado para proteger os direitos e garantias fundamentais dos acusados, como forma de ser aplicada uma punição justa e imparcial.

---

[50] KHALED JR, Salah H. A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial. São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 142.

Concluímos que a instrumentalidade do processo penal é o fundamento da sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. (LOPES JR., 2019, Pg. 62).

Portanto, o processo penal é, na verdade, o instrumento confirmador do direito penal, mas sobremaneira, simultaneamente, garantidor de direitos e garantias fundamentais, previstas especialmente em nossa Lei Maior, que não poderão ser, de forma alguma, ignoradas.

3.2. AS FASES DO PROCESSO PENAL

De maneira a ser um verdadeiro instrumento de proteção aos direitos e garantias individuais, assim como meio legalmente válido para se efetivar o direito penal, o processo penal é definido por fases claras com regras próprias e diferentes pressupostos. Dividem-se, inicialmente, em duas específicas etapas, sendo estas, a fase pré-processual e a fase processual.

Na fase pré-processual, encontra-se a investigação preliminar, sendo o gênero da qual são espécies, o inquérito policial, as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias etc. Em síntese, revela-se como o conjunto de atividades realizadas por órgãos estatais, em que, a partir da notícia de uma possível infração penal, com caráter prévio e de natureza preparatória, em relação ao processo penal, são realizadas investigações a fim de estruturar, fundamentar e dar justa causa ao início do processo penal ou não. Em suma, trata-se da fase preparatória à ação penal.

Como destacado, existem diferentes espécies de investigações preliminares que significam a fase pré-processual. Destacamos o estudo do inquérito policial, meio mais frequente no cotidiano criminal. Inicialmente, ressalta-se que a fase pré-processual, como já dito na própria denominação, revela-se como parte prévia e externa ao processo penal, apesar de inerente a este. Portanto, a natureza jurídica desta fase deve ser considerada como um procedimento administrativo pré-processual.

Quanto ao inquérito policial, como delimitado pelo artigo 4º do CPP[51], será realizado pela polícia judiciária, englobando a Polícia Civil estadual e a Polícia Federal.

---

[51] Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.
Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Em regra, o inquérito policial possui caráter sigiloso, consagrando a incomunicabilidade do indiciado, o que, todavia, não está recepcionado por nossa Constituição.

Contudo, o indiciado (também o ofendido) poderá acompanhá-lo, propor diligências (CPP, art. 14) e acessar os atos de investigações ou de prova já documentados através de defensor técnico (cf. SM n° 14 e Estatuto da Ordem).

Importante observação paira acerca dos princípios elementares do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Sinteticamente, essas garantias fundamentais, na fase investigatória estão mitigadas, significa que, de forma geral, existem, mas precariamente. Fato é que o próprio inquérito poderá ser instaurado, desenvolver-se e concluir-se regularmente, sem conhecimento ou participação dos possíveis investigados, que poderão ser ouvidos apenas no final do procedimento.

Todavia, como já adiantado, existem prerrogativas aos investigados, que amparam a garantia ao contraditório e a ampla defesa, contudo, mitigados. Trata-se, no modelo brasileiro, de uma fase de natureza inquisitiva por seus próprios elementos.

Há de se ponderar que, como o inquérito policial não é processo, em que não existe contraditório e ampla defesa em sua totalidade, os elementos ali colhidos não se prestam a legitimar a condenação, que deve ser precedida das garantias inerentes ao devido processo legal.

Não é por ser um procedimento administrativo que não se vislumbra atuação de um Juiz na fase pré-processual. Nesta fase, o magistrado já possui algumas funções, sendo possível, desde já, o contato com o indivíduo que, possivelmente, será levado a julgamento.

E qual o papel do magistrado nos poderes de Estado-Juiz nessa fase pré-processual? Nesse tema, importante observação será feita no próximo capítulo, acerca do denominado *"juiz de garantias"*. Como relatado anteriormente, o protagonismo da fase pré-processual está ligado à autoridade policial, sendo a figura do juiz subsidiária na investigação criminal.

Na fase pré-processual, o juiz está vinculado a duas hipóteses de intervenção: a primeira na defesa das garantias e direitos fundamentais dos investigados, assegurando a legalidade do procedimento administrativo, e a segunda relacionada à aplicação de

medidas de caráter restritivo ao investigado - desde que imprescindíveis - na ambição de tornar a investigação precisa.

É esperado que o magistrado mantenha o distanciamento durante a investigação da colheita do material probatório, como forma de evitar sua contaminação pelos elementos colhidos na fase pré-processual, ainda que involuntariamente.

Contudo, o cotidiano forense demonstra que o magistrado está em constante contato com este material probatório e, até mesmo o CPP[52], permite ao juiz antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Da mesma forma, o magistrado é o responsável por autorizar a colheita de provas que, de alguma maneira, ultrapassem algum direito fundamental do acusado, como no caso de interceptação telefônica e busca e apreensão domiciliar. Nesses casos, é de se observar que essas provas, igualmente, serão analisadas pelo juiz em momento anterior ao processo, pois este foi o responsável por sua autorização e, mais uma vez, o contato com o material probatório torna evidente sua contaminação inevitável.

A problemática do contato com o material probatório antes da fase processual encontra-se exatamente na possível contaminação do magistrado, ainda que inconscientemente, por atos da investigação que foram colhidos unilateralmente, com o contraditório e a ampla defesa bastante mitigados em contraposição ao devido processo legal.

A fase processual, por sua vez, é onde encontra-se a natureza jurídica de processo em si. Trata-se de procedimento inteiramente judicial. A depender do sistema processual penal, tema abordado posteriormente, existem diferentes formações do processo penal, contudo, é matéria comum a todos eles que a fase processual se inicia com a ação penal.

A ação penal possui como pressuposto a formação de uma relação tríade, entre acusação, defesa e julgador. É pressuposto elementar no processo penal brasileiro o respeito ao devido processo legal e todos os direitos e garantias inerentes a ele previstos na nossa Constituição Federal.

---

[52] Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

Na fase processual podemos identificar três subdivisões, a primeira é identificada como o recebimento ou rejeição da denúncia, a segunda denominada de instrução e, por fim, o sentenciamento. Todas estas etapas estão amparadas por todos os direitos e garantias previstos aos acusados, sendo que qualquer violação poderá ser possível objeto de anulação da ação penal.

3.3. O JUIZ DAS GARANTIAS

A Lei 13.964/2019, denominada popularmente como *"Lei anticrime"*, ainda que tal nomenclatura não produza efeitos positivos, entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, e significa, quiçá, uma das maiores alterações na legislação material e processual penal desde a entrada em vigor do Código Penal e do Código Processual Penal brasileiro.

Entre as inovações, destaca-se a figura intitulada de *juiz de garantias*. O nome em si já carrega uma cognitiva presunção de seu significado, trata-se, resumidamente, de um magistrado responsável pela mencionada fase pré-processual, que intervém no feito para assegurar as garantias fundamentais do acusado, na hipótese de restrição de liberdade, ou para permitir a produção de provas que ultrapassem a esfera dos direitos fundamentais.

Em síntese, trata-se das funções descritas no tópico anterior, relacionadas ao papel do magistrado na fase pré-processual, sem embargo, com a explícita separação dos juízes, ou seja, dois julgadores distintos para as diferentes fases processuais. Cabe ao juiz de garantias a intervenção para a garantia da norma somente na fase pré-processual.

Nas palavras do Ministro Luiz Fux:

> "Os artigos 3º-B a 3º-F, do Código de Processo Penal, incluídos pelo artigo 3º da Lei n. 13.964/2019, instituem a figura do juiz de garantias, "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" (Art. 3º-B, caput). Nos termos do artigo 3º-F, do mesmo diploma legal, "a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa". Por sua vez, o artigo 3º-D determina que o juiz de garantias "ficará impedido de funcionar" na ação penal posterior ao inquérito no âmbito do qual ele tomou deliberações. Os artigos 3º-D, parágrafo único, e 3º-E tratam da implantação do juiz de garantias pelos Tribunais. O primeiro afirma que, nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados"; o segundo, "o juiz de garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando os critérios objetivos a serem

> periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal". Por fim, o artigo 3º-F impõe deveres ao juiz de garantias quanto ao tratamento dos presos." [53]

Como anteriormente dito, as funções do magistrado na fase pré-processual são restritas e sua intervenção, nesta fase investigativa, está amparada em situações excepcionais. Contudo, a sua intervenção, ainda que de forma inconsciente, demonstra uma incontestável tendência à imparcialidade na fase processual. Nesse sentido, dizemos que aquele magistrado que atuou na fase investigativa está contaminado para a atuação na fase processual e, dessa forma, resta comprovada a importância de juízes distintos para cada fase processual, como determina o instituto juiz das garantias.

A atuação deste magistrado está restrita a fase pré-processual. Sua atividade se prolongará até o recebimento ou a rejeição da denúncia. No caso de recebimento, será determinada a citação do acusado e os autos serão remetidos a outro magistrado, denominado juiz de julgamento para realização da instrução e do julgamento (CPP, art. 3º-B, XIV, art. 3º-C, §1º).

Sem o juiz das garantias, o mesmo magistrado que deferiu medidas em detrimento do investigado (como prisão preventiva, sequestro de bens, quebra de sigilo bancário, interceptação telefônica, busca domiciliar etc.), tem sua competência fixada para julgar a ação penal (regra de prevenção). Diferentemente, com a efetivação do juiz das garantias, o juiz que atua na investigação está impedido de atuar no processo criminal.

O surgimento do juiz das garantias no cenário nacional trata-se de uma das mais importantes inovações da Lei 13.964/2019, vinculada a uma esfera ainda maior, relacionada ao sistema processual penal acusatório, expressamente previsto no pacote de inovações, disposto no Art. 3º-A do CPP, também proposto pela Lei 13.964/2019, o qual será devidamente tratado em tópico posterior.

O instituto do juiz de garantias, já consagrado há décadas em diversos países, significa o sistema do *"duplo juiz"*, em que o primeiro intervém para a garantia dos direitos do acusado ou, quando invocado pela autoridade policial, na fase pré-processual até o recebimento da denúncia e o segundo e distinto juiz atua na instrução e julgamento, buscando a imparcialidade do segundo julgador que não terá atuado na fase pré-processual instrutória, que possivelmente estaria contaminado para a causa.

---

[53] Decisão Liminar do Relator Min. Luiz Fux nas s ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305. 22/01/2020. DJE nº 19, divulgado em 31/01/2020.

Aury Lopes Jr., com reconhecida habilidade, leciona:

> "O juiz das garantias é o controlador da legalidade da investigação realizada pelo MP e/ou Polícia, na medida em que existem diversas medidas restritivas de direitos fundamentais que exigem uma decisão judicial fundamentada (reserva de jurisdição). Também é fundamental como garantidor da eficácia de direitos fundamentais exercíveis nesta fase, como direito de acesso (contraditório, no seu primeiro momento), defesa (técnica e pessoal), direito a que a defesa produza provas e requeira diligências do seu interesse, enfim, guardião da legalidade e da eficácia das garantias constitucionais que são exigíveis já na fase pré-processual."[54]

A relevância e importância do instituto é inquestionável. Trata-se de uma tendência global que desde muito tempo era esperada por estudiosos e pesquisadores do campo penal nacional.

A razão de ser do *duplo juiz* reside exatamente na preservação da imparcialidade do julgador, quando um mesmo juiz participa da produção probatória, ou ainda, esteja em contato com a prova na fase pré-processual, decidindo posteriormente a partir desta mesma prova. É inegável sua contaminação para o julgamento, promovendo, nessa linha, manifesta incompatibilidade com a matriz acusatória constitucional.

Apesar do importantíssimo avanço previsto pelo instituto para o processo penal brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, através do Min. Luiz Fux, a partir da concessão de liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, **suspendeu**, *sine die*, a implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E, 3º-F, do Código de Processo Penal). Como se trata de medida liminar, o dispositivo legal poderá ter sua vigência restabelecida a qualquer momento. Fica registrado aqui, neste trabalho, o desejo para o restabelecimento da sua eficácia, com as devidas alterações que prescindem o sistema judiciário brasileiro.

Portanto, enquanto estiver valendo a medida liminar, a implantação do juiz das garantias está suspensa. Contudo, como o instituto pode ter a sua eficácia restabelecida a qualquer momento, imperioso se faz esta apresentação, haja vista a magnitude que o tema representa para o processo penal brasileiro e a sua importância para a discussão sobre os sistemas processuais penais.

---

[54] JUNIOR, Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. 9786553620520. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620520/. Acesso em: 01 set. 2022.

3.4. A MEDIDA CAUTELAR NAS ADI´S n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305

Apesar de não coincidir com o tema central desenvolvido na respectiva monografia, é forçoso que se façam breves considerações acerca da decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, que concedeu a medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, para suspender a implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E, 3º-F, do Código de Processo Penal).

Segundo o relator, *"a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país"*[55].

Para o Relator:

> "(...) a evidência que emerge acima de qualquer dúvida razoável é a de que a implantação dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal requer, em níveis poucas vezes visto na história judiciária recente, a reestruturação de unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos".[56]

Assim:

> "[...] a instituição do juiz de garantias altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em tal nível que demanda uma completa reorganização da justiça criminal do país". Finaliza dizendo que, "é inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária".[57]

Além disso, quanto ao aspecto da constitucionalidade orçamentária sustenta o relator:

> "[...] é inegável que a implementação do juízo das garantias causa impacto orçamentário de grande monta ao Poder Judiciário, especialmente com os deslocamentos funcionais de magistrados, os necessários incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas, as reestruturações e as redistribuições de recursos humanos e materiais, entre outras possibilidades. Todas essas mudanças implicam despesas que não se encontram especificadas nas leis orçamentárias anuais da União e dos Estados".[58]

---

[55] Decisão Liminar do Relator Min. Luiz Fux nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305. 22/01/2020. DJE nº 19, divulgado em 31/01/2020. p. 19.

[56] *Ibidem*. p. 19.

[57] *Ibidem*. p. 21.

[58] *Ibidem*. p. 22.

Acrescenta que o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foi desrespeitado na medida em que a nova política processual criminal não teve sua propositura acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.

No aspecto relacionado à constitucionalidade material descreve o Ministro Relator:

> "[...] o simples argumento do "sucesso" da implementação do "Juiz de Garantias" em outros países (e.g. Alemanha, Portugal e Itália) merece cautela, sob pena de se realizar um verdadeiro transplante acrítico de ideias e de instituições".[59] Prossegue dizendo, "[...] percebo que existe uma diversidade superlativa em relação a esse tópico. Em países que adotam o sistema acusatório no microssistema processual penal, há variações consideráveis em relação à distinção de competências entre os juízes que acompanham a investigação e os juízes que acompanham o julgamento".[60]

Ainda no aspecto material, discorre o Ministro:

> "[...] a existência de estudos empíricos que afirmam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. Mais ainda, também não se pode inferir, a partir desse dado científico geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução".[61]

Finaliza o relator dizendo:

> "[...] permitir a entrada em vigor, ainda que parcialmente, de legislação que suscita questões de inconstitucionalidade formal e material de alta complexidade ensejaria forte probabilidade de dano ao funcionamento da justiça criminal, com efeitos irreversíveis, especialmente se o julgamento de mérito redundar na declaração de inconstitucionalidade de alguns ou de todos os dispositivos".[62]

Nos moldes dos argumentos acima expostos, foi determinada a suspensão da eficácia dos artigos 3ºA a 3º-F, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 13.964/2019.

---

[59] Decisão Liminar do Relator Min. Luiz Fux nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305. 22/01/2020. DJE nº 19, divulgado em 31/01/2020. p. 26.

[60] *Ibidem*. p. 27.

[61] *Ibidem*. p. 29.

[62] *Ibidem*. p. 30.

O tema realmente carece de maiores contornos, a criação e implementação do juiz das garantias no cenário nacional possui dimensão que de fato não está restrita a uma mera emenda de iniciativa parlamentar em um Projeto de Lei já em discussão.

Apesar do amplo conhecimento de que o tema já pairava no Congresso Nacional desde a década passada, maiores iniciativas para implementação do instituto, como a reorganização judiciária, dotação orçamentária, comunicação entre os poderes e participação da sociedade civil, não foram planejadas, dificultando a sua concretização. As carências formais do instituto previstas pela Lei n. 13.964/2019 sem dúvidas ofuscaram sua significativa importância.

Em que pese suas deficiências formais, este trabalho não se vincula às possíveis deficiências materiais aventadas pela decisão liminar do Colendo Supremo Tribunal, defende-se, nestes termos, que o instituto do juiz das garantias traduz uma valiosa inovação no sistema processual penal nacional. Isso porque, acredita-se fielmente que o juiz que atua na fase pré-processual contamina-se para a posterior atuação na fase processual em inevitável comprometimento de sua imparcialidade, violando assim o juiz natural e o devido processo legal.

Os estudos nessa linha, conduzidos pela inclusão de fundamentos *psicológicos,* constatam a inafastabilidade da contaminação da figura humana, ainda que inconscientemente, com elementos preliminares da investigação no momento de decretar a culpabilidade para o caso concreto. Tal fenômeno é conhecido como *tunnel vision* ("visão de túnel"), para tanto, Cristiano Zanin Martins e Graziella Ambrosio citando Mark Godsey, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Cincinnati, explicam:

> "[...] Mark Godsey, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Cincinnati, afirma que o *tunnel vision* ocorre toda vez que os diferentes atores do sistema desenvolvem uma crença ou suspeita inicial, agarram-se a ela e, então, interpretam toda a informação posterior de maneira tal que seja consistente ou confirme a crença inicial. Esclarece que esse fenômeno é uma tendência humana natural, pois os vieses cognitivos são parte da maneira como funciona o cérebro humano, sendo capaz de afetar a qualidade das investigações criminais, das evidências obtidas e, como consequência necessária, a qualidade das decisões que os juízes tomam com base nessas informações."[63]

[63] GODSEY, Mark. Blind injustice. Oakland: University of California Press, 2017. p. 172. Apud: ZANIN, Cristiano. Ambrosio. Gabriela; O juiz das garantias e a tunnel vision — Parte 1. 20 de setembro de 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-set-20/zanin-ambrosio-juiz-garantias-tunnel-vision-parte. Acesso em 02/09/2022.

Os avanços decorrentes da efetivação do juiz das garantias no cenário nacional ainda não podem ser confirmados ante a suspensão da inovação legislativa, contudo, a presente monografia se agrupa aos defensores da implementação do instituto no Brasil, ainda que se reconheça as fragilidades no aspecto estrutural e orçamentário que não caminharam na mesma magnitude que o referido instituto merecia.

Não impede destacar o tempo em que os referidos dispositivos relacionados ao juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E, 3º-F, do Código de Processo Penal) estão suspensos, a medida liminar foi publicada em 31/01/2020, e até o momento não há previsão para o julgamento final do feito.

Essa inovação é o mais claro retrato do sistema processual acusatório que será discutido posteriormente, implementado no Estado Brasileiro desde a Constituição de 1988, contudo, ainda mitigado em uma suposta defesa de outros interesses de ordem social. Fato é que a respectiva medida liminar deferida suspende também o art. 3º-A, que prevê expressamente o sistema processual penal acusatório, se ajustando sobremaneira com o tema central deste estudo.

4. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Iniciarei o estudo sobre sistemas processuais penais com o próprio significado da palavra *sistema.* Etimologicamente, segundo descreveu o saudoso José Maria Othon Sidou, em seu Dicionário Jurídico[64]:

> SISTEMA. S. f. (Gr. systema) Filos. Conjunto de elementos, materiais ou ideais, unidos por um princípio ou por um fim, no qual se possa achar ou definir alguma relação. Cognatos: sistematizar (v.), formar ou adotar um sistema; sistematização (s. f.), ato de sistematizar; sistemática (s. f.), o próprio sistema, como conjunto de normas, regras e institutos sobre determinado assunto ou matéria; sistemático (adj.), que segue um sistema, ou lhe está concorde; sistêmico (adj.), relativo a um sistema.

Destaco a seguinte passagem: *"conjunto de elementos, materiais ou ideais, unidos por um princípio ou por um fim".* Dessa forma, é pressuposto elementar de *sistema*, seja ele no sentido jurídico ou no sentido geral, a ideia de um princípio unificador ou uma finalidade geral que une todos os seus elementos. Essa concepção de conexão entre os

---

[64] SIDOU, J. M O. Dicionário Jurídico, 11ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. E-book. 9788530973056. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530973056/. Acesso em: 02 set. 2022.

elementos pode ser entendida como unidade, essência de um *sistema* para sua perfeita marcha.

A unidade, nesses termos, está ligada ao respeito a um princípio unificador do sistema. Assim, na esfera jurídica, soma-se a ideia de *sistema* o conceito de princípio, o qual resgataremos a ideia do pensador Robert Alexy[65].

> [...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Diante do respectivo conceito, é necessário um olhar crítico à nossa Carta Política, para que se alcance qual seria este mandamento maior de otimização do sistema em que seguimos. De modo geral, como já amplamente destacado neste trabalho, o pressuposto orientador da nossa Carta Constitucional e das normas supralegais, ao qual o Brasil é signatário, é de um espaço democrático com amplo acesso à justiça a todos os cidadãos.

No processo penal, a ideia parece se reforçar ainda mais. É necessário que se observe o mandamento constitucional do nosso processo penal, que determina um processo mais acusatório possível, conceito que será amplamente detalhado nos tópicos posteriores.

Assim, nos parece que o princípio unificador do nosso sistema processual penal democrático constitucional é um sistema acusatório, que não poderá ser corrompido por normas que vão contra seu pressuposto fundante, sob pena de uma multiplicidade de normas desconexas, que terão como resultado a insegurança jurídica das partes processuais. É imprescindível, ao funcionamento do sistema, uma unidade.

Segundo desenvolve Fábio Gusman[66], citando Hans Kelsen:

> Para Kelsen, a unidade da pluralidade de normas é o fundamento de validade de todas estas normas: a norma fundamental. Uma norma que não tem relação de unidade com o todo do sistema não faz parte dele, e pode-se dizer, está em oposição a ele. A coerência interna é dada na

---

[65] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

[66] KELSEN, H. Teoria pura do direito. p228. Apud: GUSMAN, Fábio. A prisão preventiva de ofício: análise crítica à luz do sistema constitucional acusatório. 2015. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08042016-162346/pt-br.php. Acesso em: Agosto/2022.

> forma de hierarquia que as normas inferiores guardam com as superiores. Ao quebrar a unidade, a norma contraria o princípio ao mesmo tempo em que desnatura o sistema. Se contraria o princípio e faz desativar todo o sistema, a norma pe inválida (inconstitucional, ou até mesmo ilegal, quando contrariar o sistema supralegal de normas oriundas de pactos internacionais sobre direitos humanos).

O respeito à unidade do sistema, ou ainda, a forma em que se expulsam normas que a contrariem, é o ponto principal deste trabalho. Será possível a manutenção de normas que divergem do princípio fundante do nosso sistema processual penal? Essas normas estão sendo validadas pelo nosso ordenamento jurídico?

Esse pressuposto de impossibilidade de normas que confrontem o princípio unificador constitucional do nosso processo penal é o que se defende, em prol de um sistema coeso, para que não se visualize a deturpação de toda a ordem.

Em um recorte puramente processual penal, segundo o conceito do doutrinador Paulo Rangel[67], sistema processual penal:

> [...] é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória.

Dito isso, observa-se que o curso do processo penal é seguido por regras claras, que são determinadas através de um sistema processual previamente adotado, que dosam de certa forma a autonomia do juiz para a produção e gestão das provas e sua atuação na fase pré-processual, assim como a sua atividade no que diz respeito a funções evidentes da acusação na fase processual.

Aury Lopes Jr.[68], trabalhando com conceitos de Goldschmidt, traça um paralelo entre a posição do julgador e os sistemas processuais penais.

> [...] a posição do juiz no processo penal é fundante do sistema processual. Significa compreender que o processo penal – enquanto um sistema de reparto de justiça por um terceiro imparcial (já que a Imparcialidade é o Princípio Supremo do Processo [Werner Goldschmidt]) – está estruturado

---

[67] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. 9786559770526. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770526/. Acesso em: 02 set. 2022.

[68] JÚNIOR, Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. 9786553620582. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620582/. Acesso em: 02 set. 2022.

> a partir da posição ocupada pelo juiz. Nesta estrutura dialética (*actum trium personarum*, Búlgaro), a posição do juiz é crucial para o (des)equilíbrio de todo o sistema de administração da justiça (e do processo, por elementar). Se a imparcialidade é o Princípio Supremo, deve ser compreendido que somente um processo penal acusatório, que mantenha o juiz afastado da iniciativa e gestão da prova, cria as condições de possibilidade para termos um juiz imparcial. Impossível a imparcialidade do juiz em uma estrutura inquisitória.

Nessa lógica, diante da posição do magistrado, a literatura processual penal global divide os sistemas processuais penais em três modalidades distintas, ainda que existam críticas sobre a existência ou não da terceira modalidade, quais sejam o Sistema Processual Penal Inquisitório, Sistema Processual Penal Acusatório e a terceira via, com status especial, denominado de Sistema Processual Penal Misto.

Sustento ainda uma quarta categoria, a qual será pormenorizada após as demais, denominada de sistema processual penal constitucional democrático, que, basicamente, se resume ao processo penal constitucional previsto pela nossa Carta Magna.

Esses sistemas que caracterizam a estrutura do processo penal nas nações variaram amplamente ao longo da história, conforme o predomínio da ideologia punitiva ou libertária. Goldschmidt afirma que a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição.[69]

4.1. SISTEMA INQUISITORIAL

O sistema penal inquisitorial é característico da sociedade europeia pós Império Romano, caracterizada pela grande força da Igreja Católica. Esta Instituição, como forma de manter seu poder, adotou um sistema processual penal capaz de conciliar nas mãos do julgador as funções de acusar e julgar, fazendo com que a pessoa acusada fosse, na maioria das vezes, condenada. Tal sistema estava positivado no Direito Canônico do século XIII e se propagou por toda Europa através dos Estados Absolutistas. Nas palavras do professor Renato Brasileiro[70]:

> Adotado pelo Direito canônico a partir do século XIII, o sistema inquisitorial posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII. Típico dos sistemas

[69] Goldschmidt. Apud: JUNIOR, Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620520. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620520/. Acesso em: 02 set. 2022.

[70] Lima, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 42

> ditatoriais, tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor.

A principal característica deste sistema é a concentração de poderes nas mãos do julgador, apto a buscar provas, inquirir testemunhas e torturar o acusado, em um comprometimento inevitável de sua imparcialidade. Parece claro que o juiz que atua como sujeito ativo na busca e na gestão da prova em um processo penal está psicologicamente tendencioso a condenar aquele em que é acusado, uma vez que empenhou esforço para que o fato punitivo fosse comprovado.

Sobre a contaminação do juiz que atua na busca da prova, Jacinto de Miranda Coutinho[71] nos ensina:

> Quando inaugurada a estrutura inquisitorial, sobretudo no século 13, tinha-se justo o objetivo de que o juiz fosse buscar as informações que justificassem juízos prévios (inevitáveis) sobre os acusados e seus crimes, confirmados ou não à medida que produzisse o conhecimento necessário para sua decisão. Não por outro motivo, o sistema inquisitorial foi moldado para o combate à heresia e a determinadas pessoas que professavam certa ideologia. Ou seja, tratava-se de processo cuja base inicial era uma postura prévia ao processo em si. O inquisidor era, por excelência, alguém que sabia o que iria fazer no processo no qual entrava: buscar, como regra (porque existiam exceções), a condenação de hereges!

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (*juizator*) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.[72] (AURY LOPES JR, 2022, p.19)

Importante destacar que princípios essenciais do processo penal, positivados em nossa Constituição Federal, estão suprimidos no sistema inquisitorial penal. É o caso do princípio do contraditório, inviabilizado diante da ausência de uma contraposição entre acusação e defesa, visto que o juiz é quem está em posse das ações acusatórias.

---

[71] MIRANDA COUTINHO, Jacinto. O juiz das garantias e a audiência pública dos dias 25 e 26 de outubro no STF. 8 de outubro de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-08/limite-penal-juiz-garantias-audiencia-publica-stf. Acesso em 05/09/2022.

[72] JUNIOR, Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620520. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620520/. Acesso em: 02 set. 2022.

Nos ensinamentos novamente de Jacinto Coutinho[73]:

> "[...] ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido". Com a Inquisição, são abolidas a acusação e a publicidade. O juiz-inquisidor atua de ofício e em segredo, assentando por escrito as declarações das testemunhas (cujos nomes são mantidos em sigilo, para que o réu não os descubra)."

Neste sistema, em sua forma precípua, não existe a obrigatoriedade de a acusação ser feita por um órgão público específico ou pela vítima, sendo possível ao julgador coordenar o processo criminal *ex officio*.

Está é a razão pela qual este sistema perde espaço em soberanias democráticas. Não é possível defender a imparcialidade de um magistrado que atua nas diferentes e antagônicas posições do processo penal, "em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar".[74] (LOPES JR., Aury, 2022. p. 19)

Nos sistemas inquisitoriais atuais, ou sistemas que carregam traços inquisitoriais, a acusação tende a ser feita por um órgão público específico ou pela vítima, entretanto, a gestão da prova oscila entre o domínio do julgador e da acusação. Neste sistema, o juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa probatória, sendo disposto ao julgador de ofício a determinação de colheita de provas, independente da proposição (pedido) da acusação ou da defesa.

Além disso, vislumbra-se, em um sistema inquisitório, a possibilidade do julgador contestar o reconhecimento de uma hipótese de absolvição pelo órgão acusatório, em inequívoco prejuízo ao acusado, mais uma vez demonstrando a transgressão da imparcialidade do magistrado, e o excesso aos limites da função de julgar.

A premissa utilizada para validação da iniciativa probatória nas mãos do julgador está marcada na presumida reconstrução fidedigna dos fatos com objetivo de se alcançar a suposta verdade real. O princípio da verdade real absoluta, portanto, seria o princípio

---

[73] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (Coord). Crítica a Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18-19.

[74] JUNIOR, Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620520. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620520/. Acesso em: 02 set. 2022.

legitimador da iniciativa probatória do julgador. Contudo, há de se observar o detrimento de alguns princípios constitucionalmente positivados, em razão da mencionada busca pela verdade real, assim como a relativização da verdade como ponto de partida para um processo legítimo.

Por outro lado, a premissa para a aceitação da posição do magistrado de prejudicialidade ao acusado, ainda que o órgão responsável pela acusação tenha decidido pela liberdade ou abrandamento da pena, paira sobre o princípio do livre convencimento motivado, que assegura que o magistrado possui autonomia para decidir, desde que motivadamente, com base nas provas judiciais produzidas sob o condão do contraditório.

O sistema inquisitorial penal é fruto de sistemas absolutistas e ditatoriais marcados na força do juiz inquisidor, que possui em suas mãos, prerrogativas para alcançar a suposta verdade real de forma excessiva, deslegitimando o Estado Democrático de Direito. Neste sistema, características como tortura de acusados e vedação ao contraditório são possíveis formas de se alcançar a condenação do réu através das ações do julgador.

Apesar de claramente contrário à atual ordem constitucional vigente, não é forçoso concluir que o anseio punitivo ainda presente em nossa sociedade possui raízes indissolúveis, que acarreta, seguramente, na *legitimação* de uma atuação protagonista do magistrado na *caça* à condenação do acusado.

Os últimos anos vividos pela sociedade brasileira são o retrato fiel desse cenário, seja pelo aumento de parlamentares e apoiadores que defendem o encarceramento em massa e o aumento das penas restritivas de liberdade, seja pela atuação de um magistrado em nível nacional que foi considerado parcial pela Corte Suprema.

Sobre a cultura inquisitória ainda presente e dominante no processo penal brasileiro, Aury Lopes Jr.[75], citando CASARA e TAVARES explica:

> “Como explica CASARA e TAVARES, ao tratar da cultura inquisitória ainda presente e dominante no processo penal brasileiro e nas práticas judiciárias, “a confusão entre acusador e juiz, que é uma característica historicamente ligada ao fenômeno da inquisição e à epistemologia

---

[75] TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. Prova e Verdade. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2020, p.13. Apud: JUNIOR, Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. 9786553620520. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620520/. Acesso em: 05 set. 2022.

> autoritária. No momento em que o juiz protofascista se confunde com a figura do acusador e passa a exercer funções como a de buscar confirmar a hipótese acusatória, surge um julgamento preconceituoso, com o comprometimento da imparcialidade. Tem-se, então, o primado da hipótese sobre o fato. A verdade perde importância diante da 'missão' do juiz, que aderiu psicologicamente à versão acusatória".

Apesar do enraizamento cultural do aspecto punitivista e inquisitório da sociedade brasileira, são necessários avanços que dependem do poder judiciário, legitimado por sua função contramajoritária. O Direito, o processo, não está vinculado aos anseios populacionais, "é necessário que, quando todos — ou quase — pensarem de uma só maneira, aquele na posição de decidir leve a razão a um nível mais amplo de certeza decisória, o que é essencial para a garantia da ordem constitucional e só pode ser realizado por um juiz colocado em um lugar de equidistância" (JACINTO COUTINHO[76]).

Não restam dúvidas acerca da distorção de um sistema inquisitivo com os pressupostos da Constituição Federal de 1988 e a clara contrariedade com o Estado Democrático de Direito determinado por ela. É manifesta a incompatibilidade do referido sistema com os direitos e garantias individuais presentes na CF/88, assim como a violação dos mais elementares princípios processuais penais.

Não há por que se buscar princípios que justifiquem a possibilidade de mitigação do sistema acusatório, enquanto a totalidade de nosso sistema constitucional democrático só nos leva a um só caminho. É necessária a atuação do poder judiciário, mais precisamente das nossas Cortes Superiores, em seu papel contramajoritário, para a extirpação de normas de caráter inquisitório, resquícios de um período manchado pelo autoritarismo e pela supressão de direitos, como será melhor detalhado em capítulos posteriores.

Por fim, precisas são as lições de Jacinto Coutinho[77] quanto a necessidade do esquecimento do modelo passado:

> Isso é imprescindível pois demonstra, desde logo, o que seria um processo penal adequado à Constituição, que não é o caso daqueles dos ritos vigentes. Princípios constitucionais como imparcialidade, juiz natural, devido processo legal, ampla defesa, contraditório e presunção de inocência são compatíveis apenas com um processo no qual o lugar do

---

[76] MIRANDA COUTINHO, Jacinto. O juiz das garantias e a audiência pública dos dias 25 e 26 de outubro no STF. 8 de outubro de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-08/limite-penal-juiz-garantias-audiencia-publica-stf. Acesso em 05/09/2022.

[77] *Ibidem*.

> juiz é aquele da equidistância dos interesses em jogo. No processo democrático, o juiz não está vinculado a nenhuma parte, mas está lá para defender a ordem estabelecida e, se necessário, contramajoritariamente.

4.2. SISTEMA ACUSATÓRIO

A origem do sistema acusatório remonta aos tempos do direito grego e o romano pré-imperial. Segundo Fábio Gusman[78], citando Illuminati:

> Conforme ensina Illuminati, na fase da República Romana a natureza privada da persecução penal fez emergir as características que mais tarde constituíram a base do sistema acusatório, como o poder discricionário para dar início a uma persecução penal, o ônus da prova nas mãos da acusação, a paridade de armas entre as partes e seu controle da prova, o princípio da publicidade e oralidade do julgamento e, mais relevante para o presente trabalho, o papel passivo do juiz como um árbitro da disputa.

Apesar de anterior ao sistema inquisitório, o sistema acusatório perdeu seu espaço nos tempos de feudalismo e absolutismo, ressurgindo suas características somente com o advento do Iluminismo, fundado na ideia da liberdade dos indivíduos e na restrição do poder indiscriminado do Estado.

Nesse aspecto, visualiza-se a ligação dos sistemas processuais penais e a ideia do constitucionalismo, trabalhada nos primeiros capítulos deste trabalho, fazendo jus a afirmativa de que o modelo processual penal de um Estado oscila de acordo com as características daquele determinado período histórico, e, por esta razão, se diz que o processo penal de uma nação, não é outra coisa senão o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição.

De forma distinta ao inquisitório, o sistema penal acusatório é marcado pela clara distinção entre as funções de acusar, julgar e defender que estão impreterivelmente dispostas nas mãos de diferentes órgãos ou pessoas. Trata-se de um desenho processual tripartido entre atores distintos a desempenhar funções díspares – investigação/acusação, defesa e julgamento, ou seja, um sistema baseado na atuação de três personagens – *actum trium personarum* –, a saber, as partes (autor e réu) e um terceiro imparcial (juiz).

---

[78] Guilio Illuminati, The Accusatorial Process from the Italian Point of View, 35 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg. 297 (2009). Available at: http://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol35/iss2/2. Apud: GUSMAN, Fábio. A prisão preventiva de ofício: análise crítica à luz do sistema constitucional acusatório. 2015. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08042016-162346/pt-br.php. Acesso em: Agosto/2022.

Em relação a separação entre as atividades de acusar e julgar como pressuposto estrutural do sistema acusatório, importantes são as lições do mestre Luigi Ferrajoli[79]:

> De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente, é a separação entre juiz e acusação. Essa separação, exigida por nosso axioma [...] *nullum iudicium sine accusatione*, forma a primeira das garantias orgânicas estipuladas em nosso modelo teórico [...]. Ela comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o conseqüente papel de espectadores passivos e desinteressados reservado aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas também, e sobretudo, o papel de parte - em posição de paridade com a defesa - consignado ao órgão da acusação e a conseqüente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado. Entendida nesse sentido, a garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa, que, como veremos, é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e, de outro, um pressuposto dos ônus da contestação e da prova atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais do juízo.

Além disso, é característica impreterível deste sistema, a gestão/iniciativa probatória disposta entre as partes, na qual não cabe ao julgador interferir em tais produções, sendo sua função, somente ao final do processo, a partir do material instrutório colacionado aos autos exclusivamente pelas partes, que não contou com sua participação de ofício, decidir o futuro do acusado, quando a parte vinculada à acusação confirmar o seu desejo pela condenação do réu.

Trata de “um sistema que mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), o que fortalece a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura a imparcialidade do julgado” (AURY LOPES JR. 2022. p. 20).[80]

Sobre a atribuição da carga probatória no processo penal acusatório, Aury Lopes Jr.[81], citando James Goldschmidt, desenvolve:

> Considerando que no processo penal a atribuição da carga probatória é inteiramente do acusador (pois – como já ensinava James Goldschmidt – não existe distribuição de carga probatória, mas sim a “atribuição” ao acusador, pois a defesa não tem qualquer carga probatória, pois marcada

---

[79] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 454-455

[80] JUNIOR, Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620520. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620520/. Acesso em: 12 set. 2022.

[81] JUNIOR, Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. 9786553620520. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620520/. Acesso em: 05 set. 2022.

> pela presunção de inocência), qualquer invasão nesse terreno por parte do juiz representa uma "substituição da atuação probatória do acusador". Ademais, esse raciocínio decorre do próprio conceito de sistema acusatório: radical separação de funções e iniciativa/gestão da prova nas mãos das partes (ainda que a defesa não tenha "carga", obviamente pode ter iniciativa probatória) mantendo o juiz como espectador (e não um juiz-ator, figura típica da estrutura inquisitória abandonada). Nada impede, por elementar, que o juiz questione testemunhas, após a inquirição das partes, para esclarecer algum ponto relevante que não tenha ficado claro (na linha do que preconiza o art. 212 do CPP, que se espera agora seja respeitado), ou os peritos arrolados pelas partes.

A iniciativa/produção probatória é característica fundamental para a distinção dos dois sistemas processuais penais. Não é possível distinguir as funções de acusar e julgar e permanecer o julgador com poderes probatórios, interferindo claramente na sua imparcialidade no deslinde do processo penal.

Em última análise, é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive[82] (AURY LOPES JR. 2022. Pg. 20). Mais uma vez, com o perdão da insistência, este trabalho defende expressamente que o juiz que atua na determinação de provas de ofício e assume posição de protagonismo na gestão probatória está contaminado para o posterior julgamento do réu, ante o inevitável comprometimento de sua imparcialidade.

O problema da atuação do magistrado que se adere à acusação, para investigar e buscar a condenação, está na formação de hipóteses que orientam a sua postura posterior considerando as respectivas preconcepções. "Trata-se, principalmente, daquilo descrito como "primado das hipóteses sobre os fatos", um pensamento paranoico que se configura no momento em que o juiz busca o lastro probatório que embasará a sua própria decisão".[83] (CORDERO, 2000. p. 23)

A imparcialidade é princípio central do processo e, na seara penal, ganha ainda mais contornos quando observada a possível violação ao direito à liberdade do indivíduo. Não há razão para a manutenção de uma estrutura que coloca em dúvida a parcialidade do magistrado enquanto há um mecanismo que prevê expressamente a separação das funções de investigar, acusar e julgar, distanciando o julgador de qualquer iniciativa

---

[82] *Ibidem*. pg. 20.

[83] CORDERO, Franco. Procedimiento Penal – Tomo I. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 23.

probatória e preconcepções, em um possível cenário de máximo distanciamento à contaminação.

É claro que não se espera encontrar um julgador completamente neutro no cotidiano forense, vez que os elementos de vida, como contexto familiar, social e político não desaparecem magicamente no momento da atuação de um juiz togado, contudo, o esforço é para que a quebra da neutralidade se limite ao aspecto subjetivo inerente a cada ser humano[84].

Por último, o sistema acusatório também não parece compatibilizar com a possibilidade de o magistrado determinar a condenação do acusado, enquanto o órgão constitucionalmente responsável pela função acusatória (art. 129, I, da CF) conclui pela absolvição. Nesta hipótese, estamos diante de uma clara violação ao sistema acusatório, com a ampliação das funções do magistrado que ultrapassam os seus limites de jurisdição, que está programado a julgar imparcialmente.

É essencial que acusação e órgão julgador exerçam as inconfundíveis funções que lhe foram determinadas. Se o titular da ação penal conclui, finda a instrução criminal, que a solução jurídica adequada ao caso concreto é a absolvição do réu, não pode o magistrado, sob pena de violação ao sistema acusatório, condenar o acusado.

Em síntese, o sistema acusatório reflete a posição de igualdade entre os sujeitos processuais, sendo prerrogativa essencial a exclusividade de produção do material probatório pelas partes, observados os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade. Portanto, o referido sistema está marcado pela inequívoca separação das funções de acusar, defender e julgar, além da importantíssima vedação ao juiz de gestão/produção probatória.

4.3. SISTEMA MISTO

O sistema processual penal misto é entendido como a conciliação entre o sistema inquisitório e o acusatório. O surgimento desse sistema está ligado ao governo napoleônico francês. Trata-se de um modelo inovador à época, funcionando como uma fusão dos dois modelos anteriores, que surge com o *Code d'Instruction Criminelle francês*,

[84] Por óbvio, não se fala aqui em uma neutralidade metafísica. Todo julgador é humano, inserido em um contexto e uma realidade, um ser-no-mundo, que parte de suas experiências e vivências. O que não se pode admitir é que o julgador saia de sua posição equidistante das partes e se aproxime dos interesses de

de 1808. Por essa razão o sistema misto penal também é denominado de sistema francês.

Sua síntese está na utilização do sistema inquisitorial na fase de instrução preliminar, na qual o procedimento é conduzido por um juiz, que procede as investigações, de modo sigiloso, para que se possa futuramente reunir os elementos e oferecer a acusação perante o tribunal competente. Dessa forma, não é possível observar as características do contraditório e da ampla defesa nesta fase inicial.

Em contraposição, na fase posterior, efetivamente processual, surge a acusação propriamente dita, onde existe uma clara distinção das funções de acusar, julgar, em que as partes iniciam o debate oral e público e ao acusado é reservado o contraditório e a ampla defesa.

Nas palavras de Renato Brasileiro[85]:

> É chamado de sistema misto porquanto abrange duas fases processuais distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, destituída de publicidade e ampla defesa, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Sob o comando do juiz, são realizadas uma investigação preliminar e uma instrução preparatória, objetivando-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade, a oralidade, a isonomia processual e o direito de manifestar-se a defesa depois da acusação.

De início, cabe registrar que o sistema processual penal misto não pode ser entendido como um sistema processual penal impuro, resultado de uma a fusão do inquisitório e do acusatório que estariam em constante mescla. Trata-se de um sistema com duas fases distintas e pré-determinadas, no qual não se cogita a possibilidade de aspectos acusatórios na primeira fase e aspectos inquisitórios na segunda fase.

Para além disso, é forçoso que se observe que a gestão e iniciativa probatória estão nas mãos do julgador, ainda que na fase preliminar, o que acarreta todos os efeitos

---

algum dos lados. (MAYA, André M. Imparcialidade e processo penal. Lumen Juris, 2011. p. 56-72). Voto do Ex.mo Min. Gilmar Mendes no RHC 144615 AgR.

[85] Lima, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 45

contrários à imparcialidade do juízo e ao devido processo legal, anteriormente delimitados. Paulo Rangel[86] ,sobre a colheita da prova no sistema misto, desenvolve:

> Entendemos que o sistema misto (juizado de instrução), não obstante ser um avanço frente ao sistema inquisitivo, não é o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar da acusação.
> A função jurisdicional deve ser ao máximo preservada, retirando-se, nos Estados democráticos de direito, o juiz da fase persecutória e entregando-se a mesma ao Ministério Público, que é quem deve controlar as diligências investigatórias realizadas pela polícia de atividade judiciária, ou, se necessário for, realizá-las pessoalmente, formando sua opinio delicti e iniciando a ação penal.

O sistema processual penal misto é, portanto, um sistema próprio que aglutina em duas fases distintas pré-estabelecidas, características inicialmente de um modelo inquisitório e posteriormente de um modelo acusatório, de modo que uma fase influencia em outra, sem, contudo, as características de um sistema que interfere na fase em que o outro predomina. De modo geral, os aspectos da fase inquisitiva são utilizados na condenação do acusado, sendo o juiz que participou da fase inicial de investigação apto ao julgamento.

Nos parece que a imparcialidade do magistrado no modelo misto também resta comprometida, observada a atuação do magistrado na colheita da prova na fase de investigação. Além disso, a própria ideia de *sistema* desenvolvida neste trabalho está corrompida nesse modelo, como falar em princípio unificador ou unidade quando se operam concomitantemente sistemas antagônicos ora ligados ao autoritarismo, ora ligados à democracia.

Diante desse cenário, apesar de se reconhecer a existência histórica do denominado mecanismo processual misto ou francês, entende-se que tal modelo não se caracteriza como *sistema,* por definição, por ausência de princípio unificador ou unidade. Além disso, não é possível considerar como mistos, sistemas que misturam elementos ora inquisitórios, ora acusatórios, porquanto, no desenho histórico do sistema misto, no qual as fases são expressamente separadas e com características próprias, fato que impede uma possível classificação do nosso sistema pátrio como misto.

---

[86] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. 9786559770526. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770526/. Acesso em: 06 set. 2022.

4.4. IMPOSSIBILIDADE DE UM SISTEMA NACIONAL MISTO. EM DEFESA DE UM SISTEMA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

Apesar das considerações acima, no Brasil ainda existem estudiosos que classificam o nosso sistema penal pátrio como um sistema processual penal misto (ainda que tal concepção tenha se esvaziado após a entrada em vigor da Lei 13.964/2019), no qual se faz inquisitório na primeira fase (fase pré-processual) e acusatório na fase efetivamente processual.

Segundo o professor Aury Lopes Jr.[87]:

> A doutrina brasileira, majoritariamente, aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto (predomina o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório, na processual).
> Ora, afirmar que o "sistema é misto" é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.

A respectiva classificação acaba por ser reducionista e prejudicial ao processo penal constitucional democrático previsto em nossa Constituição Federal. Quando tratamos a ideia de *sistemas,* desenvolveu-se que o ponto central para a devida conceituação é a existência de um princípio unificador entre as normas que o compõem, que possibilite a inexistência de possíveis normas antagônicas. Com base nesse conceito, parece impossível visualizar a compatibilidade de um sistema misto, que esteja fundado em mais de um princípio unificador, por sua vez, contrários entre si.

Aury Lopes Jr.[88], citando Jacinto Coutinho traduz essa contradição.

> 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

---

[87] JUNIOR, Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. 9786553620520. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620520/. Acesso em: 05 set. 2022.
[88] COUTINHO. Jacinto Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001. Apud: JUNIOR, Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. 9786553620520. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620520/. Acesso em: 05 set. 2022.

> elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.

Em relação ao antagonismo das características de cada sistema, pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam a liberdade individual e possuem uma sólida base democrática, em contrariedade ao sistema inquisitório se solidifica historicamente em países de maior repressão e viés ditatorial, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, nos quais o interesse coletivo sufoca o individual, fortalecendo-se a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais. (FERNANDO CAPEZ[89])

Diante do reducionismo que seria classificar um sistema processual penal como misto, é necessário que se observe quais são os princípios fundantes do nosso processo penal atual e onde se abriga a sua unidade. Não se olvida que CF/88 estabeleceu a inequívoca separação entre os atores processuais penais, ao afirmar que compete privativamente ao Ministério Público promover a ação penal pública, na forma da lei, apesar disto, a separação entre as funções processuais só parece se concretizar quando aos atores não são dadas liberdades que ultrapassem a sua esfera de atuação.

Nesse ponto, sem que se ultrapasse a conceituação da *prova* no processo penal, que será detalhada posteriormente, parece inequívoco que o processo penal tem por finalidade buscar a reconstituição de um fato histórico (o crime sempre é passado, logo, fato histórico), de modo que a gestão da prova se eleva à posição de núcleo do processo penal.

A prova é, portanto, o meio para que se alcance alguma conclusão no processo, e neste sentido, a responsabilidade pela produção probatória e pela gestão probatória pode ser considerada a unidade de um processo penal. Assim, Jacinto Coutinho[90] nos ensina:

> Quando a missão é dada primordialmente ao juiz (porque as partes também podem fazê-lo), o sistema é inquisitório (veja-se o artigo 156, do CPP, por exemplo) e, portanto, o sistema é regido pelo princípio inquisitivo, ou seja, é dele que se parte para ordenar e organizar todo o sistema e vincular os elementos presentes nele. Ou seja: a iniciativa probatória é do juiz.

---

[89] CAPEZ, Fernando. Sistema acusatório e garantias do processo penal. 7 de outubro de 2021, Disponível em:https://www.conjur.com.br/2021-out-07/controversias-juridicas-sistema-acusatorio-garantias-processo-penal. Acesso em 07/09/2022.

[90] MIRANDA COUTINHO, Jacinto. O juiz das garantias e a audiência pública dos dias 25 e 26 de outubro no STF. 8 de outubro de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-08/limite-penal-juiz-garantias-audiencia-publica-stf. Acesso em 05/09/2022.

> Quando a missão é dada às partes, afastando-se do juiz a iniciativa probatória, o sistema é acusatório e, portanto, é regido pelo princípio dispositivo (para alguns acusatório), ou seja, é dele que se parte para ordenar e organizar todo o sistema e vincular os elementos presentes nele. Ou seja: a iniciativa probatória é das partes.

O reducionismo da classificação de um sistema como misto possibilita a ilusória sensação de que a separação entre os atores processuais penais é meio suficiente para garantir a imparcialidade do julgador, enquanto, ao fim, emerge a coabitação de dispositivos inquisitórios na legislação infraconstitucional que, de modo inequívoco, sustentam as raízes punitivas e inquisitoriais da sociedade brasileira.

É por essa razão que não seria errado sustentar que, no Brasil, ainda vivemos um sistema inquisitório por natureza, onde ao juiz ainda é dado o poder de gerir a prova. Dito isso, apesar de disciplinado na Carta Magna, o sistema acusatório não passa de um modelo ideal, buscado constantemente por processualistas garantistas que ainda não viram o seu desejo se concretizar.

A ilusória classificação de um sistema penal misto possibilita a gestão e iniciativa probatória a critério do juiz, assim como a utilização de princípios que ocultam as características inquisitórias, como a busca da verdade real e o livre convencimento motivado, em contrariedade a princípios vinculados ao sistema acusatório, como o contraditório, a ampla defesa e o *in dubio pro reo*.

A possível compatibilização de princípios seria claramente uma contradição com a Constituição Federal. Ora, não é possível falarmos de um sistema processual penal misto, quando em uma das fases estamos claramente contrariando princípios expressamente dispostos na nossa Carta Magna.

Não há dúvidas de que a classificação de sistemas penais, entre acusatórios, inquisitórios e mistos são meras abstrações, em que, na verdade, os sistemas se interligam e formam diferentes modelos de processo penal. Atualmente, não há espaço para se falar de sistemas puros, contudo, há a necessidade de se identificar a base formadora, o princípio fundante, que nos países democráticos encontra-se em sua Constituição e, neste diapasão, segui-lo, em vista de evitar contradições irreparáveis.

Nesse ínterim, defende-se, neste trabalho, que a classificação de um sistema processual penal como misto trata, ao fundo, de uma mera possibilidade de dar legalidade a traços inquisitórios que ainda permanecem em nosso sistema. Há, sobretudo, de se observar o sistema processual penal constitucional democrático, determinado em nossa

lei maior, que sedimenta a base acusatória, que deverá ser estritamente seguida no curso do processo penal.

Apesar disto, nem tudo são críticas. A reforma trazida pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, realmente parece ter colocado fim a discussão sobre qual é o princípio fundante do processo penal brasileiro, quando assegura, no art. 3º-A do CPP, que "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação". Contudo, como já trabalhado neste ensaio, a respectiva norma permanece suspensa diante da concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Min. Luiz Fux.

5. A LEI 13.964, DE 2019 - EXPRESSA POSITIVAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

A Lei 13.964/2019, publicada em 24 de dezembro de 2019, apresentou uma intensa reforma no sistema penal brasileiro, alterando e acrescentando dispositivos no Código Penal, Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais.

A referida lei retromencionada, consagrou expressamente a estrutura acusatória, enxertada no art. 3.º-A do Código de Processo Penal. *In verbis*:

> Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Por conseguinte, parece que após a expressa positivação do sistema acusatório no Código de Processo Penal, em concordância com os artigos constitucionais que determinam expressamente que a função de acusar é privativa do Ministério Público (artigo 129, I), e consagram os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, previstos no artigo 5º, LV e LIV, como cláusulas pétreas, perde espaço para os artigos com viés inquisitorial ainda vigentes.

Como defendido anteriormente, é incompatível com o modelo constitucional democrático a conservação de artigos com viés inquisitorial que possibilitam ao órgão julgador ultrapassar o limite de sua parcialidade. Apesar de amplamente reconhecido o sistema ao qual a legislação pátria se diz vinculada, não é necessário muito esforço para que se observe a manutenção de dispositivos de matriz inquisitorial.

É nesse sentido que grande parte da doutrina processualística penal empenhava esforços para a expressa positivação da estrutura acusatória, pois, apesar do

reconhecimento dos Tribunais de que o sistema pátrio estava fundado no sistema acusatório, deu-se por comum o acatamento de dispositivos claramente inquisitórios. A expressa previsão de um sistema acusatório traduz a revogação tácita destes dispositivos, impossibilitando a utilização de possíveis outros princípios para que se pondere a utilização de artigos inquisitórios.

A grandiosidade da reforma proposta pelos artigos 3º-A e seguintes, que preveem, respectivamente, o sistema acusatório e o juiz de garantias, é de enorme magnitude para o processo penal constitucional democrático que ora se defende. Trata-se, efetivamente, da impossibilidade de se abrir margens para uma interpretação em favor da imparcialidade e dos abusos do juiz togado.

Não se esquece da suspensão da eficácia do art. 3º-A, do CPP, levada a cabo pelo Min. Fux, na Medida Cautelar em ADI n.º 6299/DF. Apesar disto, não se pode, de maneira alguma, desmerecer a importância da inovação legislativa, uma porque se trata de mera suspensão em que a lei poderá ser restabelecida a qualquer momento, duas porque o núcleo fundante da medida cautelar é o juiz das garantias, o que não impede que se reconheça expressamente o sistema acusatório, mesmo que não se possibilite a instituição do juiz das garantias.

Nesse sentido, já é possível observar jurisprudências estaduais que caminham na linha de reconhecimento do respectivo art. 3º-A do CPP[91].

6. A ORIGEM DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA. A PERMANÊNCIA DO ANSEIO PUNITIVISTA E O CRESCIMENTO DO ENCARCERAMENTO

Nos capítulos iniciais deste trabalho, valorizou-se uma releitura histórica do constitucionalismo brasileiro, como forma de demonstrar que o processo de criação das leis e do Direito são fruto de adaptações às condições históricas da sociedade em que se encontram inseridos.

Nessa linha, é importante uma análise histórica sobre o período vivenciado à época da criação do Código de Processo Penal Brasileiro. O respectivo Diploma foi decretado

---

[91] Ver: TJSP; Habeas Corpus Criminal 2200070-67.2021.8.26.0000; Relator (a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Campinas - 5ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 07/02/2022; Data de Registro: 07/02/2022 e TJSP; Habeas Corpus Criminal 2188778-22.2020.8.26.0000; Relator (a): Amable Lopez Soto; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Barretos - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/10/2020; Data de Registro: 15/10/2020.

pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas, através do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Atenta-se ao fato do ano de criação da referida legislação, que completou 80 anos de existência.

O ano de criação do CPP nos remete ao período da ditadura vivenciado no Estado Novo. Como já apresentado neste trabalho, no ano de 1937, Getúlio Vargas outorgou a nova Constituição, que possuía como característica máxima o governo autoritário e centralizador implantado pelo Estado Novo. Tal período vigorou até o ano de 1945, quando a ordem democrática foi restabelecida. Sobre a Constituição de 1937, Dirley da Cunha Jr.[92] afirma:

> A Constituição de 1937 foi a mais autoritária de todas. Outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, teve a preocupação de fortalecer o Poder Executivo, consubstanciando-se num documento de inegável caráter fascista, em razão especialmente do fechamento do Congresso Nacional, da extinção dos partidos políticos e da concentração dos poderes Executivo e Legislativo nas mãos do Presidente da República, que legislava por meio de decretos-leis, (CUNHA Jr, 2012, p. 526).

Dito isso, emerge que a nossa atual codificação processual penal foi criada sob a égide da referida Constituição de 1937, ou seja, não foge ao viés notadamente autoritário, consequência do regime totalitário presenciado à época.

Mas não é só isso. O Código de Processo Penal Brasileiro possui reconhecida inspiração no Código de Processo Penal Italiano de 1930, chamado *Codice Rocco*, concebido no período totalitário e fascista de Mussolini. É nesse sentido que o Código de Processo Penal brasileiro prevê, em sua exposição de motivos, – assinada por Francisco Campos – discursividade idêntica à declarada pelo legislador italiano de 1930, qual seja: dar *"maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem"*.

A legislação italiana, assim como a brasileira, demonstra raiz enfática no sistema inquisitório, cuja principal característica é a concentração de poder nas mãos do julgador, que detém a gestão da prova. Sobre a iniciativa probatória pensada à época de criação do Código de Processo Penal, Marco Aurélio Silveira[93], citando a ideias de Francisco Campos, elucida:

---

[92] CUNHA Jr, Dirley da. Curso de direito constitucional. Salvador: Juspodivm, 2012.

[93] SILVEIRA. Marcos Aurélio. A Cultura Inquisitória e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. Revista EMERJ 67. 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_sumario.htm. Acesso em 07/09/2022.

> Estruturalmente, as reformas processuais (penal e civil) encabeçadas por Francisco Campos, trataram o processo, no melhor sentido inquisitório, como uma busca quase ilimitada da verdade, adjetivada neste momento histórico como “verdade autoritária”: o “que se pode considerar como corollario da funcção activa e *autoritaria* do juiz é, seguramente, o papel, attribuido ao juiz em relação á prova”; “A direcção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observancia formal das regras processuaes por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este attinja, pelos meios adequados, o objectivo da investigação dos factos e descoberta da verdade”. Assim, a gestão da prova é confiada ao magistrado, que é o senhor todo-poderoso do processo, na medida em que o papel das partes é reduzido ao mínimo para que se justifique sua existência.

A Exposição de Motivos do CPP, ainda vigente, já entoava as finalidades e características do Diploma Legal, marcada pela supressão de garantias individuais, progressão do punitivismo e uma suposta valorização da coletividade.

> Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem se mostrar rebelde a disciplina jurídico-penal da vida em sociedade não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o asseguram contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social, (BRASIL, 1941).

Não restam dúvidas quanto a distorção de dispositivos com matrizes inquisitoriais do CPP/41 com o nosso ordenamento jurídico atual, fundado na matriz democrática da Constituição Cidadã de 1988, que demonstra claramente sua contribuição com a transição de um regime autoritário para um regime democrático, assegurando um rol extensivo de direitos e garantias fundamentais.

Segundo os ensinamentos dos autores Leonel e Felix [94](2017):

> Não podemos olvidar que o Código de Processo Penal, promulgado (1941) em pleno Estado Novo de Getúlio Vargas e inspirado no Código de Processo Penal Italiano da década 30 (Codice Rocco), possui um nítido viés fascista, policialesco e de inegável matriz autoritária. Por conseguinte, é indefectível o choque ideológico entre o Código de Processo Penal de índole ditatorial e a Constituição Federal de 1988 democrática

A incongruência das ideias, do período, e do regime político vividos à época da criação do CPP com a Constituição de 1988 e o período democrático atual da sociedade brasileira é latente. Quando observado o ano de criação dos demais códigos, não se

---

[94] LEONEL, Juliano; FELIX, Yuri. Tribunal do júri: aspectos processuais / Juliano de Oliveira Leonel, Yuri Felix. Florianópolis: 2ª impressão. Empório Modara, 2017.

assusta reconhecer que o Código Penal e o Código Processual Penal estão entre os mais antigos ainda em vigência, confirmando a tamanha disparidade com o momento atual.

Nos parece que o caminho ideal a ser perseguido está na elaboração de um novo Código de Processo Penal, com ampla participação de estudiosos, juristas e da sociedade, e, foi com esse objetivo que foi elaborado um projeto de novo código por uma comissão juristas reunidos pelo Senado Federal, que desde 2019 está em análise na Câmara Federal, onde se criou até o Grupo de Trabalho do novo Código de Processo Penal (CPP) da Câmara dos Deputados no ano de 2021.

Enquanto uma nova legislação não é aprovada pelo Poder Legislativo Nacional, resta aos operadores do direito comemorar as pequenas reformas que caminham em direção a um processo penal acusatório e democrático como previsto na Constituição Federal de 1988, e, dos Tribunais Superiores, se espera o efetivo papel contra majoritário de fazer valer a interpretação do nosso processo penal constitucional democrático, conforme pensado por nossa Lei Maior.

7. ARTIGOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUE SE CONTRAPÕEM AO SISTEMA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

7.1. PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva encontra-se no rol de prisões cautelares previstas na legislação penal brasileira. Atualmente, segundo a doutrina majoritária, consideram-se cautelares ao lado da prisão preventiva, a prisão em flagrante e a prisão temporária. O conceito de prisões cautelares pode ser resumido como uma espécie de prisão que é decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, fundamentada na garantia das investigações ou do próprio processo penal para que se atinja o seu objetivo.

De pronto, é inevitável observar que as prisões cautelares se relacionam intimamente com o princípio da presunção de inocência, disposto em nosso ordenamento jurídico expressamente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República.

Quanto ao princípio de presunção de inocência, valiosas são as lições de julgados do Supremo Tribunal Federal:

> *"Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público,*

> *comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado"* [95]

> *"Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). (...) Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita".* [96]

Nesse aspecto, há quem as considere absolutamente incompatíveis com o devido processo legal e o sistema de garantias que encerra, como exemplo, o mestre Luigi Ferrajoli, que propõe a abolição da prisão preventiva.

Ao lado das prisões cautelares, o legislador nacional inaugurou, com a Lei nº 12.403/2011, diversas medidas cautelares diversas da prisão, como alternativa à custódia preventiva, as quais constam atualmente nos artigos 319 e 320 do Diploma Processual Penal, que deverão ser utilizadas quando se mostrarem suficientes para atingir o fim buscado pela investigação ou pelo processo.

Dito isso, a prisão preventiva se posiciona como a *ultima ratio* entre as medidas cautelares, trata-se da própria restrição de liberdade do indivíduo frente a diversas outras medidas menos gravosas que poderiam alcançar o mesmo resultado útil ao processo. Nessa linha, o professor Paulo Queiroz[97] faz um alerta:

> De todas as medidas cautelares pessoais, a prisão preventiva é a mais violenta forma de intervenção sobre a liberdade, razão pela qual a sua decretação – e manutenção – só poderá ocorrer em *ultima ratio*, isto é, quando forem insuficientes, e enquanto o forem, outras medidas de coação menos lesivas e mais adequadas. A prisão preventiva será abusiva, portanto, sempre que for substituível por medida cautelar diversa (monitoramento eletrônico etc.).

Essa é a própria percepção do legislador pátrio que prevê no §6º do art. 282 do CPP, que *"a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não*

---

[95] HC 84.580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/8/2009

[96] HC 88.875, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 7/12/2010

cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada".

Vencidas as caraterísticas gerais, tendo a prisão preventiva como a mais gravosa medida cautelar e a mais violenta forma de intervenção sobre a liberdade, passemos ao estudo dos requisitos para a sua decretação.

Inicialmente, o art. 312, caput, do CPP, prevê os requisitos positivos relacionados à prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, isto é, a certeza de que o fato ilícito existiu e alta probabilidade de correspondência entre o sujeito investigado e a responsabilidade pelo crime.

Para a doutrina processual penal os requisitos da processualística civil, reconhecidos como *fumus bonus iuris* e *periculum in mora* são substituídos pelo *fumus commissi delicti,* relacionado a comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria e *periculum libertatis,* que, segundo a redação legal, está ligado à garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Desde já, merece nota o tamanho de vagueza e abstratividade da norma. A doutrina é forte quanto às críticas relacionadas aos respectivos requisitos subjetivos legais ora apresentados.

Apesar das valiosas lições que poderiam ser tecidas sobre o tema, para a finalidade deste trabalho, interessa tratar sobre a possibilidade de se decretar, pelo juiz, de ofício, a prisão preventiva. Neste ponto, iniciamos com o cotejo analítico das alterações promovidas pela Lei nº 13.964, de 2019.

Anteriormente a respectiva Lei, os artigos 311 e 312 do CPP possuía a seguinte redação:

> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, **de ofício**, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.
> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

---

[97] QUEIROZ, Paulo de Souza. Prisão preventiva e temporária. 9 de maio de 2017. Disponível em: https://www.pauloqueiroz.net/prisao-preventiva-e-temporaria-5/. Acesso em: 08/09/2022.

> Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Após a Lei 13.964, de 2019, as redações assim foram estabelecidas:

> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, **a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.**
> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.
> § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).
> § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Não restam dúvidas quanto a importância da inovação da redação legal do instituto, que caminha exatamente com as disposições relacionadas ao sistema acusatório constitucional, também previsto expressamente pela inovação legislativa, ainda que suspenso. A retirada do termo ***de ofício*** significou a reinterpretação do dispositivo legal em consonância ao sistema acusatório.

Em outras palavras, significou a impossibilidade do magistrado, sem o requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial decretar a prisão preventiva. Quanto ao juízo, era possibilitado realizar a função claramente acusatória, em dissonância ao sistema acusatório, a imparcialidade do magistrado.

Atualmente, a posição do juiz no que toca à decretação da prisão preventiva se restringe a deferir ou não o pedido da acusação, observado os requisitos legais previstos na legislação, em consonância ao sistema acusatório, que começa a ganhar maiores contornos na cultura legislativa e judiciária nacional.

7.2. PRODUÇÃO DE PROVA *EX OFFICIO*

A possibilidade de produção de provas antecipadas, mesmo antes de iniciada a ação penal, consideradas urgentes e relevantes, ou antes de proferir a sentença para dirimir dúvida sobre ponto relevante a pedido do Juiz, é um dos pontos mais controversos do Código de Processo Penal ora vigente.

Segundo o artigo 156 do CPP:

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

O referido artigo 156 do Código de Processo Penal, ora em discussão neste presente estudo, foi alterado pela Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008, acrescentando-lhe dois novos incisos autorizando a produção antecipada de provas e a atuação de ofício pelo juiz para realização de diligências em qualquer fase do processo.

O dispositivo em análise trata de um dos temas centrais do estudo de sistemas processuais penais, qual seja a gestão da prova no processo penal. Quando se está no poder do magistrado, estaremos diante de uma estrutura inquisitória e, quando à disposição unicamente das partes, observa-se uma estrutura acusatória.

Seria um reducionismo imenso pensar que o sistema acusatório está satisfeito somente com a explícita separação entre as funções de acusar, julgar e defender, possibilitando ao juiz, suposto *rei* do processo, a busca da prova a qualquer custo e momento sob o fundamento de uma suposta verdade.

É por essa razão que este trabalho se filia a doutrina que defende a ideia de que o sistema acusatório só se satisfaz quando a gestão da prova está exclusivamente a cargo das partes, impondo ao juiz uma função de espectador inerte e equidistante.

Se pensarmos no princípio da presunção de inocência resgatado no tópico anterior, perceberemos que é pressuposto básico do nosso processo penal constitucional a atribuição da carga probatória inteiramente ao acusador, pois à defesa não é necessário provar nada, quando é presunção do processo a inocência do réu. Nenhuma acusação penal se presume provada, é necessária a comprovação inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, da culpabilidade do acusado.

Nesse sentido, quando o juiz interfere na produção de provas do processo penal, é presuntiva sua atuação em prol da acusação, ou seja, há uma nítida interferência do julgador na acusação, contagiando a separação inequívoca de funções, o sistema acusatório e, por fim, a imparcialidade do julgador.

Aury Lopes Jr.[98] citando James Goldschmidt discorre:

> Considerando que no processo penal a atribuição da carga probatória é inteiramente do acusador (pois – como já ensinava James Goldschmidt – não existe distribuição de carga probatória, mas sim a "atribuição" ao acusador, pois a defesa não tem qualquer carga probatória, pois marcada pela presunção de inocência), qualquer invasão nesse terreno por parte do juiz representa uma "substituição da atuação probatória do acusador".

Não serão feitas repetições neste capítulo sobre a contaminação do magistrado que atua na fase pré-processual em contato com o material probatório, onde já criará suas preconcepções. Mas, não é só isso. A atuação do magistrado, em qualquer momento processual na gestão probatória, indicará sua predisposição a uma das partes, que, como demonstrado anteriormente, tendo em vista que a carga probatória é atribuição da acusação, será tendente à acusação.

Apesar das considerações, a doutrina não é unânime em relação à gestão da prova sob o poder do juiz ser um elemento de incompatibilidade com o sistema acusatório, ou ainda com o sistema processual penal constitucional democrático. Segundo estes defensores, a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício não transforma o sistema processual em inquisitivo, uma vez que tal poder é compatível com o sistema acusatório e com a inércia da jurisdição. Ada Pellegrini Grinover[99] sustenta essa posição, segundo a doutrinadora:

> Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social. O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir as deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par conditio*. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova.

Contudo, a meu ver, tais argumentos só reforçam a violação ao sistema acusatório. Se analisarmos o trecho *"o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico"*, nos perguntamos, inicialmente, o que seria a

---

[98] JUNIOR, Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620520. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620520/. Acesso em: 08 set. 2022.

[99] GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal. Revista Nacional do Conselho de Política Criminal, Brasília, v.1, p. 15-26, jan./jun.2005.

integridade do ordenamento jurídico. Em segundo lugar, quem seria o responsável por decidir se o sistema é integro. O próprio juiz que determinou a colheita da prova para sustentar a sua condenação? Não nos parece ser esse o caminho da razoabilidade.

A gestão da prova, que permite ao magistrado a procura da prova que este julga necessária, nada mais significa que a possibilidade do juiz de procurar demonstrar uma hipótese por ele mesmo criada como possível. Quando se entra nesse jogo, o juiz assume um dos lados, sendo que, em regra, a queda é para o lado da acusação, uma vez que para a absolvição, basta que se proclame a dúvida.

Por último, é importante que se faça um paralelo entre os sistemas processuais penais, a gestão da prova e a busca pela *verdade real*. De modo constante, surge entre os defensores da gestão probatória sob o poder do juiz, sem que isso interfira na imparcialidade do julgador e viole o processo penal acusatório, o argumento de que o ordenamento jurídico vigente permite que o juiz, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessária para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade.

Na linha desta corrente, Guilherme de Souza Nucci[100] leciona:

> "O magistrado, no processo penal, está autorizado a determinar a produção de provas (denominada pela lei de realização de diligências), em qualquer sentido (pró-acusação ou pró-defesa), desde que busque a satisfação de seu convencimento, a fim de mais adequadamente decidir a causa. É lógico que a menção à busca de providências para aclarar dúvidas incidentes sobre pontos relevantes do feito pode dar-se em qualquer prisma, razão pela qual utilizamos os termos 'pró-acusação' e 'pró-defesa'. Poderíamos dizer que o juiz procuraria apenas as provas da verdade, mas seria somente um eufemismo, vez que a verdade processual é satisfatória ao interesse de uma das partes. Descartado o empate, a demanda é julgada procedente ou improcedente, logo, buscar prova que implique na condenação, noutros termos, cuida-se de prova pró-acusação. Atingir prova que acarrete a absolvição pode significar prova pró-defesa. A terminologia, nesse cenário, é irrelevante. O foco principal é a licença legal para que o magistrado torne-se coadjuvante na arena das provas, produzindo as que julgar convenientes. É a ação do sistema processual misto.

Neste aspecto, é necessário, inicialmente, que se conceitue o que é verdade. Contudo, é neste ponto que se encontra a grande chave – a verdade – que, assim como o processo penal, é uma tentativa de reconstrução de um fato histórico (passado) e,

---

[100] NUCCI. Guilherme de Souza. Provas no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26.

portanto, carregada de subjetivismo, porque nunca será possível resgatar com fidedignidade a complexidade e a totalidade do fato histórico. Segundo Paulo Queiroz[101]:

> A verdade não é objetiva, isto é, não é uma qualidade das coisas ou uma simples relação entre as coisas, mas uma relação entre o sujeito/sujeitos e as coisas. E o sentido das coisas não é dado pelas próprias coisas, mas por nós, ao atribuirmos um determinado sentido num universo de possibilidades, aí considerada a falta de sentido, inclusive. Ou seja, nós introduzimos nossos valores nas coisas por meio da interpretação – e a verdade é um valor, logo, é relativa, e, como tal, (diversamente) interpretável. A verdade, como as cores, admite mil variações.

É por esta razão que Luigi Ferrajoli divide a conceituação de verdade entre uma verdade material ou substancial e a uma segunda categoria, denominada de verdade formal ou processual. Nas palavras de Wagner Marteleto[102] citando Ferrajoli:

> "Para o autor, a verdade a que aspira o modelo substancialista (antigarantista) é a chamada material ou substancial, ou seja, absoluta e onicompreensiva, carente de limites e confins legais, alcançável por qualquer meio. Ao contrário, a verdade perseguida pelo modelo formalista (garantista) é a formal ou processual, alcançada pelo respeito às regras do jogo; mais controlada quanto aos meios de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo (FERRAJOLI, 2002, p. 38)".

Diante deste quadro, parece que somente uma verdade pode ser perseguida nos autos de um processo penal democrático, qual seja a verdade formal ou processual, em contrariedade ao mito da suposta *verdade real*.

A verdade que se legitima no processo penal previsto pelo nosso processo penal constitucional é a verdade formal ou processual, que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras do jogo previamente previstas. Aceitar o pressuposto da busca da verdade real a qualquer custo, mesmo que através de um *juiz-ator,* é permitir que se alcance uma verdade por meios de prova ilegais, como um dia já se justificou a confissão através de tortura.

Após as considerações sobre a gestão da prova no processo penal e a possibilidade legal, prevista no art. 156 do CPP, da produção probatória de ofício pelo magistrado em qualquer fase do processo penal, nos parece que é inequívoca a

---

[101] QUEIROZ. Paulo de Souza. Verdade e mentira no processo penal. 16 de julho de 2019. Disponível em: https://www.pauloqueiroz.net/verdade-e-mentira-no-processo-penal/. Acesso em 08/09/2022.

[102] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Apud: MARTELETO FILHO. Wagner. Sistema Acusatório e Garantismo - Uma Breve Análise das Violações do Sistema Acusatório no Código de Processo Penal. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 12, 2009. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/16015839.pdf. Acesso em 08/09/2022.

contradição do respectivo dispositivo com o processo penal constitucional acusatório, que se pretende concretizar em detrimento da cultura punitiva e inquisitória que ainda nos permeia.

A redação legal do art. 156 e seus incisos já se apresentava contrária à ordem constitucional e reforçou-se como ilegal após a inovação legislativa advinda pela Lei

Parece que, após a expressa determinação de um sistema acusatório, previsto pelo art. 3º-A do CPP, não há mais espaços para produção de provas de ofício pelo juiz, ante a revogação tácita do dispositivo que lhe permitia. Apesar disso, com a suspensão do art. 3º-A do CPP, e a cultura inquisitória nacional, a realidade não se amolda ao texto.

Como demonstrado, a gestão da prova nas mãos do julgador e a possibilidade de sua atuação para a produção probatória de ofício, violam, invariavelmente, sua imparcialidade, ainda que de forma inconsciente.

Todavia, apesar de mostrar-se completamente contrário ao nosso sistema constitucional vigente, e ao expresso sistema acusatório, determinado pela atualização legislativa advinda da Lei 13.964/2019, que veda expressamente “a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, as decisões das nossas Cortes Superiores, em concordância com a cultura nacional punitiva e inquisitorial, ainda permanecem acatando a possibilidade de incidência do referido dispositivo. .

7.3. CONDENAÇÃO PRECEDIDA DE PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO ÓRGÃO ACUSADOR

Quanto ao tema, não serão necessárias maiores considerações sobre o dispositivo, observada a sua redação autoexplicativa. O artigo 385 do CPP está redigido da seguinte forma:

> Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Mais uma vez, estamos diante de inconteste violação ao nosso sistema processual penal democrático constitucional, que possui como princípio fundante o sistema acusatório.

A CF/88, define expressamente que é função do Ministério Público promover, **privativamente,** a ação penal pública, na forma da lei. Não há possibilidade de o juiz promover a ação penal pública, ou seja, parece que não restam dúvidas que, da mesma forma, não há possibilidade de o magistrado condenar quando o Ministério Público tenha optado pela absolvição, ou ainda reconhecer agravantes, embora nenhuma delas tenha sido alegada a quem constitucionalmente competia fazer a sua alegação.

A violação ao sistema acusatório e a Constituição Federal é indene. A possibilidade de o juiz condenar o acusado enquanto o titular da ação penal pública, e único legitimado a requerer a acusação do paciente roga por sua absolvição, não demonstra a mínima razoabilidade. Contudo, os movimentos das nossas Cortes Superiores ainda caminham em defesa da legalidade de tal dispositivo, em concordância com parte da doutrina que também entende por sua validade.

Guilherme de Sousa Nucci[103], ao dissertar sobre o tema sustenta:

> "do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso (art. 385, CPP)"

Em síntese, a doutrina que admite a possibilidade de manutenção e constitucionalidade da regra do art. 385, ampara seu posicionamento no princípio da indisponibilidade da ação penal, na independência funcional, e no livre convencimento motivado do juiz.

Em sentido contrário, outra grande parte da doutrina processual penal se posiciona no sentido da impossibilidade de condenação do julgador após o pedido de absolvição pelo órgão acusador. Nessa linha, Paulo Rangel[104] sustenta:

> O art. 385 do CPP não foi recepcionado pela Constituição da República. Não está mais autorizado o juiz a decidir, em desfavor do acusado, havendo pedido do Ministério Público em sentido contrário. O titular exclusivo da ação penal é o Ministério Público e não o juiz. A busca da verdade, pelo juiz, compromete sua imparcialidade na medida em que

---

[103] NUCCI. Guilherme de Sousa. Manual de processo penal e execução penal, 14. ed. rev., atual. e amp. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 635.

[104] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559770526. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770526/. Acesso em: 08 set. 2022.

> deseja decidir de forma mais severa para o acusado em desconformidade com o órgão acusador, que é quem exerce a pretensão acusatória.
> [...] a ação deflagra a jurisdição e instaura o processo. O processo tem um objeto que é a pretensão acusatória. Se a pretensão deixa de ser exercida pelo MP, não pode o juiz, no sistema acusatório, fazê-lo. Nesse caso, sustentada a desclassificação ou a absolvição pelo MP, deverá o juiz atender. O exercício da pretensão acusatória é a energia que anima todo o processo. Retirada a pretensão, deve o acusado ser absolvido, ou, conforme o caso, a infração penal ser desclassificada.

Mais uma vez, em defesa de um sistema processual penal constitucional democrático, que não se vislumbre possibilidades inquisitoriais frente uma suposta justificativa da legalidade de normas processuais mistas, diante de um sistema processual nacional impuro, este trabalho se alinha por definitivo à segunda corrente.

Não há razões para ponderações de princípios, porquanto é possível sustentar inúmeras violações quando o julgador, ultrapassando os seus limites, determina a condenação do acusado ou reconhece agravantes que não foram abordadas pelo órgão acusador. Nessa hipótese, o julgador estaria ultrapassando os limites da inércia da jurisdição, como até mesmo o contraditório e a ampla defesa.

É necessário que se aborde o tema sob uma perspectiva extensiva, sob pena de sempre se cair no reducionismo das classificações dos sistemas processuais penais e permitir a perpetuação dos dispositivos inquisitoriais. Não é necessário esforço para se observar que o art. 385 do CPP é contrário ao sistema processual penal pensado pela Constituição da República, fundada no princípio acusatório e, por essa razão, deverá ser revogado.

8. JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA SOBRE A VALIDADE (CONSTITUCIONALIDADE) DOS DISPOSITIVOS TIDOS COMO INQUISITÓRIOS

A metodologia de pesquisa utilizada para análise da jurisprudência pátria sobre o tema central desta pesquisa envolve o contato direto do pesquisador com o texto, através da plataforma digital de jurisprudência própria dos Tribunal, sem intermédio de outros mecanismos, com a leitura integral dos votos, decisões e acórdãos.

Em relação a prisão preventiva, breves serão as considerações sobre a jurisprudência das Cortes Superiores quanto ao tema, porquanto, após a alteração legislativa da Lei 13.964/2019 se firmou o entendimento que *“não é mais possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva sem provocação do Ministério Público,*

da autoridade policial, do assistente ou do querelante, mesmo nas situações em que não é realizada a audiência de custódia".

Apesar de já pacificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores Pátrios, importantes são as lições dos julgamentos paradigmas sobre a impossibilidade de decretação da prisão preventiva *de ofício*, sem prévio requerimento da acusação para o tema central deste trabalho, qual seja o nosso sistema processual penal constitucional democrático.

Da ideia da impossibilidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva *de ofício* pelo juiz, se pacificou a ideia da impossibilidade, sob qualquer hipótese, desta decretação sem prévio requerimento. Para tanto, importa, para este trabalho, trechos das decisões vanguardistas das Cortes Superiores Nacionais quanto ao tema, todas elas proferidas após a reforma advinda pela Lei nº 13.964/2019, representadas pelo Recurso em Habeas Corpus nº 131263/GO do STJ e o Habeas Corpus nº 188.888/MG do STF.

No RHC nº 131263/GO, de relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior, o relator consignou:

> "[...] após o advento da Lei n. 13.964/2019, não é mais possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva sem provocação por parte ou da autoridade policial, do querelante, do assistente, ou do Ministério Público, mesmo nas situações em que não ocorre audiência de custódia".[105]

Continuou:

> "[...] essa é a interpretação que faço, considerando o disposto no art. 3º-A do CPP, que, a meu ver, reafirma o sistema acusatório em que o juiz atua, vinculado à provocação do órgão acusador; no art. 282, § 2º, do CPP, que vincula a decretação de medida cautelar pelo juiz ao requerimento das partes ou quando, no curso da investigação criminal, à representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público; e, finalmente, no art. 311, também do CPP, que é expresso ao vincular a decretação da prisão preventiva a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou à representação da autoridade policial".[106]

Em sentido contrário, o Min. Rogério Schietti Cruz, após uma irretocável narrativa histórica dos modelos processuais penais brasileiros, defendeu:

---

[105] Voto do Min. Sebastião Reis Júnior no RHC n. 131.263/GO, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 24/2/2021, DJe de 15/4/2021.

[106] *Ibidem*. p. 10.

> "[...] não obstante a proclamada adoção, entre nós, de um processo com estrutura acusatória, a praxe judiciária tem agasalhado diversas situações em que se realizam atividades judiciais com inclinação inquisitorial. É preciso, portanto, considerar que a praxe judiciária não temacolhido dogmas ou princípios de modo absoluto".[107]

Seguindo sua linha de pensamento, o Ministro Schietti sustenta:

> "[...] com o propósito de concretizar a jurisdição penal – que, sublinhe-se, não interessa tão-somente às partes, mas a toda a coletividade – e oferecer uma prestação jurisdicional que corresponda aos anseios de justiça e que atenda aos interesses superiores que subjazem à persecução penal (liberdade, honra, dignidade da pessoa humana etc.), não haveria por que deixar de se permitir ao juiz, se necessário e nos limites e condicionamentos legais, a tomada de decisões, como a de decretar a prisão preventiva do acusado, em situações de extrema e excepcional urgência ou de possível perda da eficácia da medida, mesmo sem, antes, o requerimento do órgão de acusação".[108]

Neste ponto cabe um apontamento, com a devida vênia ao pensamento defendido pelo ilustre Ministro, quem é o órgão responsável por decidir o que será considerado "situações de extrema e excepcional urgência ou de possível perda da eficácia da medida". Veja, o próprio julgador, por suas concepções acerca do processo que já demonstram sua predisposição à acusação, é o responsável por decidir o que é urgência, restando mitigado ao réu qualquer garantia de contraditório ou ampla defesa.

O Min. Schietti sustentou que é necessário se pontuar a diferença entre a decisão judicial que decreta uma prisão preventiva, ou qualquer medida cautelar, pessoal ou probatória, e a que converte, por força de comando legal, a prisão em flagrante em alguma(s) medida(s) cautelar(es), inclusive a prisão preventiva, a mais gravosa entre todas.

A partir dessa diferenciação, o Ministro expôs seu entendimento, em que assevera:

> "[...] não existir propriamente uma atividade oficiosa do juiz nesta hipótese (conversão do flagrante em preventiva), porque, a rigor, não apenas a lei obriga o ato judicial, mas também, de um certo modo, há o encaminhamento, pela autoridade policial, do auto de prisão em flagrante para sua acurada análise, na expectativa, derivada do dispositivo legal (art. 310 do CPP), que tocará ao juiz, após ouvir o autuado, de que adote uma das providências ali previstas, inclusive a de manter o flagranciado preso, já agora sob o título da prisão preventiva".[109]

---

[107] Voto do Min. Rogerio Schietti Cruz no RHC n. 131.263/GO, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 24/2/2021, DJe de 15/4/2021.

[108] *Ibidem*. p. 27.

[109] *Ibidem*. p.30.

Por fim, como forma de sustentar o seu voto, o Ministro Schietti afirma que não são improváveis as oportunidades em que a audiência de custódia se realize com ausência, justificada ou não, do membro do Ministério Público, hipótese que não é concebível impedir a decretação oficiosa da preventiva pelo juiz, que é o *responsável por acautelar os meios ou os fins do processo.*

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela ilegalidade, da conversão, *ex officio*, da prisão em flagrante em prisão preventiva. Restaram vencidos Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antônio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz.

A matéria no Supremo Tribunal Federal foi pacificada no julgamento do Habeas Corpus 188.888/MG, pela Segunda Turma do Pretório Excelso de relatoria do Min. Celso de Mello. Segundo o Relator:

> "[...] a Carta Política optou inequivocamente pelo sistema acusatório como modelo de persecução penal, acentuando, por esse motivo, com especial ênfase, que o monopólio da titularidade da ação penal pública pertence ao Ministério Público, que age, nessa condição, com exclusividade , em nome do Estado".[110]

Para o Relator:

> "[...] a reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 ("Lei Anticrime") modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro".[111]

O ilustre Min. Celso de Mello, afirma que a Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão "de ofício" que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio "requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. Assim:

> "[...] a interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, também do estatuto processual penal, a

---

[110] Voto do Min. Celso de Mello no HC 188888, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-292 DIVULG 14-12-2020 PUBLIC 15-12-2020

[111] *Ibidem*. p. 4.

> significar que se tornou inviável a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, anterior e formal provocação".[112]

Na defesa de sua linha de pensamento, o Ministro assevera a impossibilidade que se alegue que o auto de prisão em flagrante constitua "uma espécie de representação tácita ou implícita" da autoridade policial para decretação da prisão preventiva, porquanto o auto é uma mera documentação formal de comunicação do auto delituoso, sendo imprescindível à privação cautelar da liberdade individual, a demonstração inequívoca da presença dos requisitos abstratos – juridicamente definidos em sede legal – autorizadores da decretação da prisão cautelar.

Do mesmo modo, o Ministro Relator rechaçou qualquer possibilidade de se invocar o argumento de que a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva justificar-se-ia, em face do poder geral de cautela, do magistrado penal. *In verbis*:

> "É preciso advertir, na linha de autorizado magistério doutrinário que inexiste, em nosso sistema jurídico, em matéria processual penal o poder geral de cautela dos Juízes, notadamente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade das pessoas, vedada, em consequência, em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da legalidade estrita, a adoção, em detrimento do investigado, do acusado ou do réu, de provimentos cautelares inominados, atípicos ou inespecíficos".[113]

Na mesma linha do voto do Relator, o ilustre Min. Edson Fachin, ressalta que o próprio art. 310 do CPP, ao disciplinar a audiência de custódia, prevê, de maneira expressa, a participação do membro do Ministério Público e da defesa no referido ato processual, de modo que, se não fossem para fazer requerimentos a serem deliberados por um terceiro imparcial, não teria razão a lei prever a participação das partes neste ato processual.

Segundo Fachin:

> "[...] o art. 310 do CPP não deve ser interpretado de forma topológica ou isolada, mas sim, a partir do sistema acusatório consagrado pela Constituição Federal e, de forma sistemática, com os demais dispositivos reguladores da prisão preventiva (art. 311 e seguintes). Além disso, o Ministro sustenta que não há razões para se vislumbrar através de um auto de prisão em flagrante um possível pedido implícito de representação pela prisão preventiva por parte da autoridade policial, posto que "toda representação por prisão, seja preventiva, seja temporária, sobretudo

---

[112] *Ibidem*. p.12.

[113] *Ibidem*. p.20.

> porque eminentemente restritiva à liberdade individual, deve ser formal e expressa".[114]

Nesses termos, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, reconheceu a ilegalidade, da conversão *"ex oficio"* da prisão em flagrante em prisão preventiva. Votaram nesse sentido, os Srs. Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Edson Fachin.

É importante destacar que, em ambos os julgamentos, foi expressamente afirmado pela totalidade dos Ministros, que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional impõem o exercício do processo penal pátrio sob as luzes do sistema acusatório, ainda que alguns Ministros defendam a existência de um sistema impuro que determine uma matriz acusatória.

Lado outro, restou nítida a resistência de alguns ministros quanto ao respeito pleno ao sistema acusatório, ainda que a legislação fosse expressamente modificada para esse sentido. Em verdade, a mudança na interpretação legislativa só restou possível a partir da modificação da redação dos dispositivos que, como será melhor trabalhado adiante, talvez seja o único meio eficaz para o abandono completo dos traços inquisitórios.

Apesar dos grandes avanços que puderam ser observados a partir dos julgamentos paradigmas acima ventilados, nem tudo soa como o esperado na filtragem dos dispositivos ainda inquisitoriais que persistem em contracenar no nosso judiciário nacional, até mesmo após a alteração legislativa que prevê expressamente a estrutura acusatória, e veda a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

A produção de prova de ofício pelo julgador (art. 156 do CPP) e a possibilidade de o julgador proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada (art. 385 do CPP), ainda são comportamentos aceitos no nosso judiciário nacional.

À vista disso, procurou-se selecionar alguns julgados das nossas Cortes Superiores sobre cada um dos institutos para uma análise especifica, relacionada aos argumentos que ainda são lançados por nossos Ministros, como fundamento da permanência de tais dispositivos.

---

[114] Voto do Min. Edson Fachin no HC 188888, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-292 DIVULG 14-12-2020 PUBLIC 15-12-2020

Para a seleção dos julgados levou-se em conta a tentativa de selecionar ao menos um julgamento de cada turma (5ª e 6ª no STJ e 1ª e 2ª no STF) para cada dispositivo, proferidos após a Lei 13.964 de 2019.

Em relação ao art. 156 do Código de Processo Penal, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça utilizou-se da plataforma de busca de jurisprudência[115] da Corte, sendo o termo de pesquisa: ["156" "oficio" "CPP"]. Enquanto no Supremo Tribunal Federal utilizou-se do sítio eletrônico do próprio Tribunal[116], sendo o termo de pesquisa: ["sistema acusatorio" violação].

Para o art. 385 do CPP, novamente utilizou-se da plataforma de pesquisa de jurisprudência de cada Tribunal. No Superior Tribunal de Justiça o termo pesquisado foi: ["385" "sistema acusatorio"], enquanto no Supremo Tribunal Federal o termo de pesquisa foi: ["art. 385" Código de Processo Penal].

Iniciaremos a análise pelo art. 156 do CPP. Segundo o voto do Ministro Relator Ribeiro Dantas, no AgRg no HC 674.306/MG[117], acompanhado por unanimidade pelos demais Ministros da Quinta Turma do STJ:

> "[...] a jurisprudência desta Corte, ao interpretar o art. 156, II, do CPP, tem decidido que a permissão contida neste dispositivo para a produção de prova supletiva, de ofício, pelo julgador, ao fim da instrução processual, quando necessária aos esclarecimentos de fatos e **à busca da verdade real**, e desde que garantido o contraditório a outra parte, não ofende o sistema acusatório"*[118]*.

Ainda pela Quinta Turma do STJ, o Ministro Relator Felix Fisher, em seu voto no AgRg no RHC n. 131.462/PR[119], acompanhado dos demais membros da turma destacou:

> "[...] importa considerar que, no âmbito do processo penal, por força do princípio da busca da verdade processual (ou judicial) e em decorrência da própria adoção do sistema da persuasão racional do juiz (convencimento motivado e discricionariedade regrada), pode o magistrado, de maneira subsidiária, complementar e excepcional, determinar que se elaborem

---

[115] https://scon.stj.jus.br/SCON/

[116] https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search

[117] AgRg no HC n. 674.306/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.

[118] Voto do Min. Ribeiro Dantas no AgRg no HC n. 674.306/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.

[119] AgRg no RHC n. 131.462/PR, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/2/2021, DJe de 1/3/2021

> provas consideradas necessárias e adequadas para dirimir dúvidas sobre pontos controversos e relevantes que surgiram no curso da instrução criminal, contanto que com a devida fundamentação e mediante estrita observância ao princípio do contraditório, ainda quando diferido (contraditório sobre a prova)".[120]

Na sequência de seu voto, como forma de reforçar os fundamentos de seu posicionamento, o Ministro cita a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal[121], àquela duramente criticada neste trabalho diante de sua indene característica inquisitorial, infirmando que a respectiva exposição não perdeu força nem legitimidade com o advento da Constituição Federal de 1988 e das diversas modificações implementadas no Código desde a sua promulgação.

Defendeu o Ministro que a posição do julgador, sustentada pela Exposição de Motivos, que assevera que "o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas"[122], não confronta:

> "[...] a superação do dogma da busca pela pura verdade absoluta ou material no processo penal em favor da correta busca pela verdade processual ou judicial, i. e., a verdade que pode ser alcançada mediante a atividade instrutória e probatória desenvolvida em harmonia com os direitos e garantias fundamentais do acusado".[123]

Sobre esta última passagem, se fazem necessários alguns apontamentos. Como aqui já indicado, a verdade processual ou judicial é aquela alcançada no processo penal quando respeitadas todas as regras do jogo, ou melhor, quando na estrita observância da lei. A meu ver, não há que se falar em verdade processual quando o juiz é o encarregado pela colheita do material probatório responsável por alcançar a suposta verdade, porquanto já estará eivada de nulidade.

---

[120] Voto do Min. Felix Fischer no AgRg no RHC n. 131.462/PR, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/2/2021, DJe de 1/3/2021

[121] A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, com efeito, em considerações que não perderam força nem legitimidade com o advento da Constituição Federal de 1988 e das diversas modificações implementadas no Código desde a sua promulgação, pontua que: "Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o in dubio pro reo ou o non liquet."

[122] Voto do Min. Felix Fischer no AgRg no RHC n. 131.462/PR, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/2/2021, DJe de 1/3/2021. p. 15.

[123] Voto do Min. Felix Fischer no AgRg no RHC n. 131.462/PR, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/2/2021, DJe de 1/3/2021. p. 15.

Ainda no Superior Tribunal de Justiça, agora em julgamento da 6ª Turma no AgRg no HC n. 564.148/RJ[124], a Ministra Relatora Laurita Vaz, acompanhada pelos demais ministros da turma, sustentou:

> "[...] é permitido ao Juiz determinar, de ofício, a produção de provas, caso entenda que elas são imprescindíveis para a solução do feito, o que não gera ofensa ao princípio acusatório e encontra previsão legal no art. 156, inciso II, do Código de Processo Penal. Sendo assim, descabido falar em nulidade pela simples determinação de diligência"*[125]*.

No Supremo Tribunal Federal, o cenário apresenta uma pequena esperança. Inicialmente, no julgamento do Habeas Corpus nº 160.496/RS[126], o voto inicial do Ministro Marco Aurélio deferiu a ordem de HC, *"para, considerada violação ao sistema acusatório, assentar a nulidade e determinar o desentranhamento da prova produzida, de ofício, pelo Juízo, consistente na inquirição do policial que realizou o flagrante do paciente". [127]*

Segundo o relatório daqueles autos:

> "[...] o Juízo, levando em conta não ter o Ministério Público arrolado testemunhas, determinou, de ofício, a audição de um dos policiais ouvidos durante o inquérito, assentando que o paciente, no interrogatório, permaneceu em silêncio, deixando de confessar a prática do crime. Na sentença condenatória, utilizou a prova produzida, sem pedido das partes, para condenar o réu". [128]

Contudo, após o voto do Min. Marco Aurelio, sobreveio voto-vista do Min. Alexandre de Morais, que consignou: *"o legislador previu hipóteses de atuação, de ofício, pelo Juiz, em decorrência dos princípios da busca da verdade real e do impulso oficial, não havendo que se falar em violação do sistema acusatório"*.[129] Neste sentido, votou

---

[124] AgRg no HC n. 564.148/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/6/2020, DJe de 15/6/2020

[125] Voto da Min. Laurita Vaz no AgRg no HC n. 564.148/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/6/2020, DJe de 15/6/2020

[126] HC 160496, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 30/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2021 PUBLIC 24-02-2021

[127] Voto do Min. Marco Aurelio no HC 160496, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 30/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2021 PUBLIC 24-02-2021

[128] *Ibidem*. p. 2.

[129] Voto do Min. Alexandre de Morais no HC 160496, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 30/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2021 PUBLIC 24-02-2021

pelo indeferimento da ordem de *habeas corpus*, acompanhando pelos demais integrantes da Primeira Turma, restando o voto do Ministro Marco Aurelio vencido.

Pela Segunda Turma do Pretório Excelso, os avanços demonstram-se mais palpáveis. No julgamento do RHC 144615 AgR, iniciou-se o julgamento o voto do Min. Edson Fachin que, quanto ao art. 156 do CPP, se juntou ao entendimento firmado pelo STJ na interpretação do caso.

Segundo tinha julgado o STJ:

> "[...] não há que se falar em quebra da imparcialidade do Juiz por ter este, já no curso da ação penal, determinado a juntada de documentos que reputava relevantes para a solução da causa. No curso do processo penal, admite-se que o juiz, de modo subsidiário, possa - com respeito ao contraditório e à garantia de motivação das decisões judiciais - determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis, a fim de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes, seja por força do **princípio da busca da verdade, seja pela adoção do sistema do livre convencimento motivado**".[130]

Em seguida, sobreveio voto do Min. Gilmar Mendes:

> "Conforme consta de maneira inconteste do histórico processual, após o encerramento da instrução, em fase de diligências marcada pelo art. 499 do Código de Processo Penal então vigente e ainda após o oferecimento das alegações finais pelas partes, o magistrado, invocando os artigos 234 e 502 do CPP determinou a juntada de ofício de vários documentos aos autos. Nesse momento processual, o juiz ordenou a juntada de quatros volumes dos Anexos XX, XXI e XXII dos autos da Ação Penal, todos esses documentos direcionados à comprovação da acusação e que foram diretamente utilizados pelo juízo em sua sentença condenatória. Ou seja, o magistrado produziu a prova para justificar a condenação que já era por ele almejada".[131]

Continuou:

> "[...] imperiosa se faz a incidência do art. 157 do CPP, o qual preleciona que devem ser desentranhadas as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Destaca-se ainda que a ordenação ex officio do ato judicial impugnado, quando associado às características particularíssimas do caso concreto em tela, confirmam a grave violação do sistema acusatório. Resta evidente, portanto, a quebra da imparcialidade do juízo o que finda por macular os atos decisórios por ele proferidos, já que ausente o elemento base de legitimidade da jurisdição em um Estado democrático de Direito".[132]

---

[130] HC n. 221.231/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/3/2017, DJe de 29/3/2017.)

[131] Voto do Min. Gilmar Mendes no RHC 144615 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 26-10-2020 PUBLIC 27-10-2020

[132] *Ibidem*. p. 19.

Quanto a redação do art. 156 do CPP propriamente dita, o Ministro afastou sua incidência à qualquer uma das partes, porquanto, "*no caso em tela, sequer é possível falar verdadeiramente em produção probatória".* Veja, ainda que não se fale da inconstitucionalidade do art. 156 do CPP, restou reconhecido pelo ilustre Ministro a quebra de imparcialidade do julgador e a violação ao sistema acusatório, quando após o encerramento da instrução, em fase de diligências, o magistrado, determinou a juntada **de ofício** de vários documentos aos autos.

Na linha do voto do Min. Edson Fachin, a Min. Carmen Lucia pontua:

> "[...] a determinação de ofício, pelo magistrado, de juntada de documentos aos autos após a apresentação de alegações finais pela defesa e pelo Ministério Público também não são hábeis a demonstrar seu impedimento. Além de não se tratar de hipótese de impedimento prevista no art. 252 do Código de Processo Penal, a atuação do juiz encontrava -se embasada em expressa autorização legal constante das normas originárias dos arts. 156 e 502 do Código de Processo Penal".[133]

Por fim, o Min. Ricardo Lewandowski, na linha do voto do Min. Gilmar Mendes inicia seu voto com os seguintes dizeres, *"o que está em jogo é saber se o juiz atuou ou não com parcialidade. Este é o papel da Suprema Corte, como guardiã da Constituição, como fiscal último do cumprimento estrito dos direitos e garantias fundamentais do cidadão"*[134]*.*

Sobre a colheita de prova de ofício pelo magistrado, o Ministro assegurou:

> "[...] não se trata de simples incorreção do exercício da atividade judicial. Pelo contrário, os elementos informativos reunidos evidenciam, de forma irrefutável, que o magistrado de piso não se limitou a supervisionar a colheita da prova, tampouco cingiu-se a verificar a regularidade e espontaneidade das colaborações. Antes, o julgador atuou concretamente para da produção da prova de acusação em sede de investigação preliminar. E, ao que tudo indica, com unidade de desígnios com o órgão acusatório. Não bastasse tudo isso, encerrada a instrução processual e após a entrega dos memoriais, o citado julgador, invocando os arts. 234 e 502 do CPP, determinou a vinda aos autos numerosos documentos de natureza diversa, sem prévia solicitação do órgão acusador".[135]

---

[133] Voto da Min. Carmen Lucia no RHC 144615 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 26-10-2020 PUBLIC 27-10-2020

[134] Voto do Min. Min. Ricardo Lewandowski no RHC 144615 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 26-10-2020 PUBLIC 27-10-2020

[135] *Ibidem*. p. 5.

Continuou o Ministro:

> "[...] nem se alegue, outrossim, que o Código de Processo Penal, no seu art. 156, assegura ao magistrado poderes instrutórios autônomos. Isso porque a dicção do referido dispositivo, de duvidosa constitucionalidade, aliás, está restrita às hipóteses específicas contempladas pelo legislador, de modo que, por corolário, descabe qualquer compreensão hermenêutica que amplie o sentido e o alcance do dispositivo, sob pena de violação do sistema constitucional acusatório". [136]

O Ministro Lewandowski finaliza o seu voto dizendo:

> "[...] comprovada a parcialidade do magistrado, nos termos da fundamentação explicitada - e aqui, insisto, não se trata stricto sensu de impedimento ou suspeição, mas, sim, de parcialidade -, impõe-se a concessão da ordem"[137].

Nestes termos, a Segunda Turma do STF, por empate, deu parcial provimento ao agravo regimental para declarar a nulidade da sentença condenatória, por violação à imparcialidade do julgador, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes.

Portanto, o cenário da produção de prova *de ofício* pelo julgador no processo penal brasileiro apresenta pequenos traços de avanços que começam a caminhar no sentido do sistema penal constitucional democrático de matriz acusatória.

Apesar disto, reconhece-se que a jurisprudência dominante no STJ é firme quanto à validade do art. 156 do CPP e a jurisprudência do STF ainda preserva a sua constitucionalidade, não obstante, já se tenha iniciado o reconhecimento da sua incompatibilidade com o sistema acusatório.

Em relação ao art. 385 do CPP, a jurisprudência das Cortes Superiores resiste em favor de sua legalidade/constitucionalidade.

Nos termos do voto da Min. Laurita Vaz da Sexta Turma do STJ, seguido por unanimidade pela Turma no HC n. 588.036/SP:

> "[...] o fato de o Parquet manifestar-se pela absolvição do Acusado, seja como custos legis, em alegações finais ou em contrarrazões recursais, não vincula o órgão julgador, cujo mister jurisdicional funda-se no **princípio do**

---

[136] *Ibidem*. p. 5.

[137] *Ibidem*. p. 8.

> **livre convencimento motivado**, conforme interpretação sistemática dos arts. 155, caput, e 385, ambos do Código de Processo Penal”.[138]

Acrescentou a Ministra:

> “[...] vale ainda referir que o Legislador Ordinário, ao editar a Lei n. 13.964/2019, acrescentou ao Código de Processo Penal o art. 3.º-A, segundo o qual "[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". Todavia, qualquer interpretação que determine a vinculação do Julgador ao pedido absolutório do Ministério Público com fundamento, por si só, nessa regra, não tem legitimidade jurídica, pois o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida no dia 22/10/2020 pelo Ministro LUIZ FUX, "na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305", suspendeu, "sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, […] da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E, 3º-F, do Código de Processo Penal)”.[139]

Ainda na Sexta Turma do STJ, valiosos são os ensinamentos do voto-vista do Min. Sebastião Reis Júnior nos autos do HC n. 623.598/PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz.

Após o voto da relatora nos exatos termos do voto descrito acima quanto a validade do art. 385 do CPP, o Min Sebastião iniciou seu voto pontuando:

> “[...] que o constituinte brasileiro, por ocasião da Constituição Federal de 1988, optou, claramente, pelo sistema acusatório, sistema este em que a função do juiz é de observador, cabendo ao mesmo a mediação do conflito entre as partes litigantes, não podendo ele agir no lugar das partes”.[140]

Segundo o Ministro:

> “[...] o reconhecimento do sistema acusatório no direito pátrio não tem razão apenas no art. 3º-A do CPP, temporariamente suspenso, mas no próprio texto constitucional. O que a Lei n. 13.964/2019 veio fazer foi, mais uma vez, ratificar a intenção do legislador nacional no sentido de estabelecer o sistema acusatório”. Nessa linha, asseverou o Ministro, “lendo o Código de Processo Penal, em especial o seu art. 385, considerando as balizas que permeiam o sistema acusatório, não vejo, pedindo vênia aos que pensam de modo contrário, como entender possível o juiz condenar mesmo quando o Ministério Público requer a absolvição”.[141]

---

[138] Voto da Min. Laurita Vaz no HC n. 588.036/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 28/3/2022.

[139] *Ibidem*. p. 9.

[140] Voto do Min. Sebastião Reis Júnior no HC n. 623.598/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 5/10/2021, DJe de 1/2/2022.

[141] *Ibidem*. p.16.

Continua:

> "[...] não vejo como compreender que, depois da Lei n. 13.964/2019, quando o legislador pátrio, ao incorporar ao nosso Código de Processo Penal o Juiz de garantias (art. 3º-B), ao explicitar, em lei, a opção pelo sistema acusatório (art. 3º-A) e ao tirar do juiz o poder de interferir na opção do Ministério Público em arquivar inquéritos policiais ou elementos informativos da mesma natureza (nova redação do art. 28), dispositivos até agora vigentes, como o art. 385 do CPP, ainda continuem aplicáveis". Mesmo que tais dispositivos (arts. 3º-A, 3º-B e 28, todos do CPP) estejam com sua eficácia suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, é fato que o legislador optou claramente por limitar a atuação do juiz na ação penal a apenas julgar, deixando a cargo das partes a responsabilidade pelo impulso do processo".[142]

Em que se pese a rica fundamentação do voto-vista em sentido contrário a validade do art. 385, que confronta claramente o sistema acusatório, a Sexta Turma, por ampla maioria, denegou a ordem de *habeas corpus.*

O posicionamento na Quinta Turma do STJ é no mesmo sentido, como podemos observar no voto do Min. Relator Ribeiro Dantas, no AgRg no REsp n. 1.850.925/SP, acompanhado pelos demais membros:

> "[...] é pacífico o entendimento desta Corte Superior, no sentido de que o artigo 385 do CPP foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não havendo falar em ilegalidade quanto ao posicionamento diverso da manifestação ministerial, diante do fato de o Magistrado gozar do **princípio do livre convencimento motivado".**[143]

No Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência quanto ao tema caminha no mesmo sentido. No voto do Min. Relator, Edson Fachin, nos autos do HC 185633 AgR, acompanhado por unanimidade pela Segunda Turma do Tribunal, o Ministro sustentou:

> "É constitucional o art. 385 do CPP. Jurisprudência desta Corte". [144]

> "[...] estando a alegação de inconstitucionalidade do art. 385 do CPP em dissonância com a jurisprudência deste Tribunal, também não assiste razão ao agravante quanto ao ponto, não havendo, nesse particular, reparos a ser realizados na monocrática impugnada".[145]

---

[142] *Ibidem*. p.25.

[143] Voto do Min. Ribeiro Dantas no AgRg no REsp n. 1.850.925/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/10/2020, DJe de 22/10/2020

[144] Voto do Min. Edson Fachin no HC 185633 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 23-03-2021 PUBLIC 24-03-2021

[145] Voto do Min. Edson Fachin no HC 185633 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 23-03-2021 PUBLIC 24-03-2021

Na Primeira Turma da Corte Suprema o cenário é o mesmo, segundo o voto do Min. Relator, Luís Roberto Barroso, na AP 976, acompanhado pelos demais membros quanto ao tema:

> "O art. 385 do Código de Processo Penal permite ao juiz proferir sentença condenatória, embora o Ministério Público tenha requerido a absolvição. Tal norma, ainda que considerada constitucional, impõe ao julgador que decidir pela condenação um ônus de fundamentação elevado, para justificar a excepcionalidade de decidir contra o titular da ação penal."[146]

> "É verdade que o art. 385 do Código de Processo Penal permite ao juiz proferir sentença condenatória, embora o Ministério Público tenha opinado pela absolvição. Tal norma, ainda que seja considerada compatível com o sistema acusatório, impõe ao julgador que decidir pela condenação um ônus de fundamentação elevado, que justifique a excepcionalidade de decidir contra o pedido do titular da ação penal." [147]

Consoante essa breve amostra de julgados sobre o tema, é possível notar que em relação ao art. 385 do CPP, a jurisprudência das Cortes Superiores demonstra mínimas predisposições ao reconhecimento da violação do dispositivo frente ao sistema acusatório. Ainda que se comemorem pequenos avanços quando observados votos em sentido contrário e jurisprudências de cortes estaduais se formando em sentido diverso, nos parece que este dispositivo ainda se perpetuará por algum tempo.

Não se defende neste trabalho, sob nenhuma forma, a defesa da impossibilidade de revisão da decisão do Ministério Público, nem tampouco, a soberania do pedido de absolvição do órgão acusador. Defende-se aqui que existam meios possíveis para a revisão da decisão ministerial, assim como observado na fase pré-processual, quando se cogita a possível revisão do arquivamento do inquérito policial.

Na hipótese de arquivamento de inquérito policial ou de peças de informações cabe ao Colégio de Procuradores de Justiça (art. 12, XI, da LONMP), mediante o requerimento (ou recurso, melhor dito) do legítimo interessado, que pode ser a vítima ou não tendo vítima, a própria sociedade, através do delegado de polícia que presidiu o inquérito.

Contudo, a atuação do órgão julgador, usurpando a função do órgão ministerial sob nenhuma hipótese nos parece a mais adequada, enquanto claramente contrária ao nosso

---

[146] Voto do Min. Luís Roberto Barroso na AP 976, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 18/02/2020, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 07-04-2020 PUBLIC 13-04-2020

[147] Voto do Min. Luís Roberto Barroso na AP 976, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 18/02/2020, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 07-04-2020 PUBLIC 13-04-2020

sistema constitucional, assim como, visivelmente imparcial, porquanto existem dois órgãos agindo em prol da acusação.

De outro modo, não convergem com o nosso sistema constitucional vigente as fundamentações baseadas no princípio do livre convencimento motivado do juiz, assim como na indisponibilidade da ação penal, porquanto ultrapassam os limites de outros princípios que, de forma contrária aos elencados, estão em concordância com o sistema processual penal acusatório, previsto constitucionalmente e na legislação infraconstitucional.

Sob pena de incorrer em repetições, não será aqui disposto o posicionamento da maioria dos Ministros, para não dizer todos, relacionados ao reconhecimento expresso da adoção constitucional brasileira por um sistema acusatório. Apesar disso, não restam dúvidas sobre a respectiva posição, o que nos obriga a revogar os artigos que não harmonizam com tal estrutura, sob pena de uma eterna perpetuação da cultura inquisitória.

Porventura, a única saída para a respectiva revogação de tais dispositivos inquisitórios seja uma nova reforma legislativa, com a expressa retirada das permissões contidas nas redações legais dos artigos, como feito com o instituto da prisão preventiva. Ainda assim, prefere-se acreditar que a solução pode ser dada pelo nosso poder judiciário com a devida interpretação da lei, em sua função contra majoritária, como já há muito tempo se reverbera na doutrina.

9. CONCLUSÃO

Diante do exposto, toma-se como ponto de partida para uma nova perspectiva processual penal nacional o esquecimento de uma dicotomia entre sistema acusatório e sistema inquisitório, assim como a impossibilidade de uma classificação de um sistema misto. É necessário que se parta da premissa de um sistema processual penal constitucional democrático de matriz acusatória.

Por esse ângulo, os artigos com viés inquisitório, como a gestão e a iniciativa da prova nas mãos do magistrado e o poder do juiz de promover a condenação, contrariamente ao órgão responsável pela promoção da ação penal pública, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada, são ilegais e inconstitucionais, pois violam nosso pressuposto constitucional acusatório, sendo necessária a imediata revogação.

Nesse diapasão, não há possibilidade de se justificar a vigência do art. 156 do CPP, sob a prerrogativa de respeito ao princípio da verdade real ou da autonomia jurisdicional, porquanto o princípio da presunção de inocência, deve ser referência quando o magistrado não tiver certeza dos fatos e da autoria de um delito, inexistindo a possibilidade de atuação de ofício do juiz em defesa de uma suposta verdade real que poderá deslegitimar as garantias constitucionais do processo penal.

Um processo instruído com provas escolhidas pelo juiz, revela-se um processo ilegal e duvidoso, pois o juiz está vinculado a sua predisposição que lhe fez escolher pela produção daquela determinada prova, devendo tal prerrogativa ser afastada da legislação penal, sob pena de incorremos em um processo penal parcial.

Também não subsistem razões legais para a permanência do art. 385 do CPP, porquanto há a possibilidade de o magistrado usurpar a função discriminada constitucionalmente como de ofício do Ministério Público, qual seja de promover a ação penal e decidir pela absolvição do acusado quando não foram constatados elementos suficientes para a condenação.

Apesar de não restarem dúvidas de que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundado no contraditório, na ampla defesa, na presunção de inocência, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Assim como, existe a expressa previsão na legislação processual penal, através da Lei n° 13.964/19, que "o processo penal terá estrutura acusatória", apesar da suspensão do dispositivo, que, contudo, entendemos não afetar o expresso reconhecimento da estrutura acusatória, a jurisprudência das Cortes Superiores Nacionais, ainda permanece em consonância a suposta legalidade dos dispositivos inquisitoriais.

O que se observa é a permanência das raízes inquisitoriais em nossos Tribunais Superiores, que há tempos insistem em acompanhar o anseio punitivo ainda tão presente em nossa sociedade. Na verdade, há um problema estrutural que prescinde de uma luta diária para que essa raiz seja apagada e seja inaugurada uma nova compreensão do nosso processo penal.

É necessária uma nova roupagem dos nossos tribunais superiores acerca da interpretação do nosso sistema processual penal, para que assim como a conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício pelo magistrado, os demais dispositivos com viés inquisitorial, como os artigos 156, 385 do CPP, sejam extintos do nosso sistema

processual penal, em respeito ao nosso sistema processual penal democrático constitucional, fundado no sistema acusatório.

Aceitar a vigência dos artigos 156 e 385 do Código de Processo Penal, assim como dos princípios observados nas decisões que fundamentam a validade destes dispositivos, tais como o princípio da verdade real e o princípio do livre convencimento motivado do juiz na área penal, assegura, de certa forma, a manutenção da cultura inquisitória que sonda nossa sociedade desde o tempo da nossa primeira Carta Política, em contrariedade com os avanços assegurados pelo nosso processo penal constitucional democrático fruto da nossa Constituição Cidadã.

10. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais.** São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786555596700. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/. Acesso em: 20 jul. 2022.

BARROSO, Luís Roberto**. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a Construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e Processo Penal**, trad. De Manuel da Costa Andrade, do original italiano Istituzione di diritto e procedura pelnale, Coimbra: Coimbra Editora, Lda, 1974.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos.** Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier. Trad. Regina Lyra. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional do Brasil**. Estud. av., São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176, Dec. 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300016. Acesso em: 07 de agosto de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3.389. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 564.148/RJ**, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/6/2020, DJe de 15/6/2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 674.306/MG**, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp n. 1.850.925/SP**, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/10/2020, DJe de 22/10/2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC n. 131.462/PR**, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/2/2021, DJe de 1/3/2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 221.231/PR**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/3/2017, DJe de 29/3/2017.)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 588.036/SP**, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 28/3/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 131.263/GO**, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 24/2/2021, DJe de 15/4/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 202.557**. Rel. Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 03/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 10-08-2021 PUBLIC 12-08-2021)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.580**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/8/2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal**. HC 88.875**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 7/12/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar nas ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305**. Rel. Min. Luiz Fuz. 22 de jan. de 2022. Publicada no DJE em 02 de fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 185633 AgR**, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 23-03-2021 PUBLIC 24-03-2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 160496**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 30/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2021 PUBLIC 24-02-2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal**. AP 976**, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 18/02/2020, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 07-04-2020 PUBLIC 13-04-2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 188888**, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-292 DIVULG 14-12-2020 PUBLIC 15-12-2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 144615 AgR,** Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 26-10-2020 PUBLIC 27-10-2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 144615 AgR.** Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 26-10-2020 PUBLIC 27-10-2020

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2 ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Sistema acusatório e garantias do processo penal.** 7 de outubro de 2021, Disponível em:https://www.conjur.com.br/2021-out-07/controversias-juridicas-sistema-acusatorio-garantias-processo-penal. Acesso em 07/09/2022.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. **Prisões preventivas da operação lava jato (2014-2017): pesquisa empírica e crítica garantista**. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/43096. Acesso em: 15/08/2022.

CIRINO DOS SANTOS. Juarez. **Direito Penal: parte geral.** Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006.

CORDERO, Franco**. Procedimiento Penal** – Tomo I. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Miranda. **O juiz das garantias e a audiência pública dos dias 25 e 26 de outubro no STF.** 8 de outubro de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-08/limite-penal-juiz-garantias-audiencia-publica-stf. Acesso em 05/09/2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (Coord). Crítica a Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO. Jacinto Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001.

CUNHA Jr, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal.** 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

GODSEY, Mark. **Blind injustice.** Oakland: University of California Press, 2017. p. 172.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa probatória do juiz no processo penal.** Revista Nacional do Conselho de Política Criminal, Brasília, v.1, p. 15-26, jan./jun.2005.

Guilio Illuminati. ***The Accusatorial Process from the Italian Point of View,*** 35 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg. 297 (2009). Available at: http://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol35/iss2/2.

GUSMAN, Fábio. **A prisão preventiva de ofício: análise crítica à luz do sistema constitucional acusatório.** 2015. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-08042016-162346/pt-br.php. Acesso em: Agosto/2022.

JÚNIOR, Aury L. **A instrumentalidade garantista do processo penal.** Disponível em: http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17675/material/Instrumentalidade%20Garantista.pdf. Acesso em 16/08/1998.

JUNIOR, Aury L. **Direito processual penal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. 9786553620520. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620520/. Acesso em: 31 ago. 2022.

JÚNIOR, Aury L. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786553620582. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620582/. Acesso em: 25 jul. 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial.** São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 142.

KHALED JR., Salah H**. Garantismo à la carte: integral, desnatado ou semi-desnatado?** Disponível em: http://www.justificando.com/2015/09/26/garantismo-a-la-carte-integral-desnatado-ou-semi-desnatado/. Acesso em 06 jan. 2020.

LEONEL, Juliano; FELIX, Yuri. **Tribunal do júri: aspectos processuais** / Juliano de Oliveira Leonel, Yuri Felix. Florianópolis: 2ª impressão. Empório Modara, 2017.

LIMA. Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

MARTELETO FILHO. Wagner. **Sistema Acusatório e Garantismo - Uma Breve Análise das Violações do Sistema Acusatório no Código de Processo Penal.** De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 12, 2009. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/16015839.pdf. Acesso em 08/09/2022.

MAYA, André M. **Imparcialidade e processo penal**. Lumen Juris, 2011. p. 56-72

MENDES, Gilmar F. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553605330. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553605330/. Acesso em: 12 ago. 2022.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. Curso de direito constitucional (Série IDP. Linha doutrina). São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786553620506. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620506/. Acesso em: 08 ago. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017. – (Série IDP)

MORAES, Alexandre D. **Direito Constitucional.** São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597027648. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/. Acesso em: 18 jul. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI. Guilherme de Sousa. **Manual de processo penal e execução penal,** 14. ed. rev., atual. e amp. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 635.

NUCCI. Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Prisão preventiva e temporária**. 9 de maio de 2017. Disponível em: https://www.pauloqueiroz.net/prisao-preventiva-e-temporaria-5/. Acesso em: 08/09/2022

QUEIROZ. Paulo de Souza. **Verdade e mentira no processo penal**. 16 de julho de 2019. Disponível em: https://www.pauloqueiroz.net/verdade-e-mentira-no-processo-penal/. Acesso em 08/09/2022.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. 9786559770526. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770526/. Acesso em: 30 ago. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus Criminal 2200070-67.2021.8.26.0000**; Relator (a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Campinas - 5ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 07/02/2022; Data de Registro: 07/02/2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Habeas Corpus Criminal 2188778-22.2020.8.26.0000; Relator (a): Amable Lopez Soto; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Barretos - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/10/2020; Data de Registro: 15/10/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Diretos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SIDOU, J. M O. **Dicionário Jurídico**, 11ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. E-book. 9788530973056. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530973056/. Acesso em: 02 set. 2022.

SILVEIRA. Marcos Aurélio. **A Cultura Inquisitória e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro**. Revista EMERJ 67. 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_sumario.htm. Acesso em 07/09/2022.

STRECK, Lenio L. Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. 9788530987497. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/. Acesso em 02 ago. 2022.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2020.

WAMBIER et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANIN, Cristian, AMBROSIO. Gabriela; **O juiz das garantias e a tunnel vision** — Parte 1. 20 de setembro de 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-set-20/zanin-ambrosio-juiz-garantias-tunnel-vision-parte. Acesso em 02/09/2022.