

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO MP EM AÇÃO

ROBERTA VIANA DE SOUZA
MATRÍCULA Nº: 17132

OS RUMOS DO SISTEMA ACUSATÓRIO E O JULGAMENTO DAS ADIs 6.298, 6.299,
6.300 e 6305.

Rio de Janeiro
2023

INTRODUÇÃO

A implantação de um sistema acusatório robusto é de extrema importância para garantir a efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo, principalmente aqueles relativos ao devido processo legal, do contraditório e da imparcialidade do juízo, por isso, assegurar a separação entre as funções de promover a acusação e de exercer a jurisdição é um requisito indispensável ao cumprimento dos preceitos constitucionais.

Tal entendimento, porém, é recente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Com a recepção do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988, foi possível perceber que mentalidade e as concepções jurídicas podem mudar completamente de acordo com o contexto histórico. O mundo pós-guerra trouxe consigo a procura pela garantia dos direitos básicos do ser humano, que dentre os quais também se inclui o direito a um juízo isento, pressuposto indissociável do Estado Democrático de Direito.

Contudo, a referida recepção implicou em diversas alterações no texto processual penal ao longo do tempo. Aparentemente, essa adequação ainda se encontra em curso mesmo após mais de 30 (trinta) anos de promulgação da Constituição Federal.

A instituição da figura do Ministério Público trouxe consigo o ímpeto de revolucionar todo um sistema antes calcado no protagonismo do juiz, sendo denominado como autor do processo e gestor da prova. Por isso, em seu art. 129, inciso I, a Carta Magna institui como atribuição privativa do Ministério Público a promoção da ação penal pública, na forma da lei.

Isso significa que há a delegação da titularidade privativa deste ente para o desempenho das referidas funções, a fim de que se estabeleça a separação das posições processuais de autor e julgador. Entretanto, os indícios do modelo seguido anteriormente ainda continuam bem presentes na prática jurisdicional até os dias de hoje.

O código de Processo Penal em vigência no país desde 1941 carrega consigo marcas inquisitoriais fortes, que não coadunam com a nova ordem constitucional vigente. É neste ponto que se insere a Lei 13.964/19, que tenta inovar, trazendo

modificações importantes quanto aos poderes jurisdicionais no Código de Processo Penal.

Para além da polémica figura do Juízo de Garantias, a promulgação desta lei importou no retorno à discussão sobre o sistema processual penal admitido atualmente, que engloba diversas anomalias jurídicas e permissões legais em total desacordo com os princípios acusatórios.

Porém, finalmente, a Lei 13.964/19 determinou que o sistema processual brasileiro teria estrutura acusatória, vedando qualquer iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Bem, caso analisado atentamente sob a ótica constitucional, o dispositivo nada traz de novo consigo – visto que a separação das funções no processo penal sempre foi indispensável, por interpretação lógica do art. 129, inciso I da CF/88 – todavia, o artigo supramencionado é a peça fundamental que justifica a reforma do processamento das ações penais, por meio da implantação do Juiz de Garantias.

Contudo, as alterações não foram postas em prática em razão da suspensão da eficácia dos artigos que versam sobre o sistema acusatório e o Juízo de Garantias, por meio da decisão liminar do Ministro Luiz Fux, no julgamento das ADI 6.298, 6.299, 6.300 e 6305.

Insta salientar que o intuito do presente não é realizar uma análise aprofundada do Juízo das Garantias, mas sim, o de constatar que a reforma do sistema processual só se faz necessária uma vez que o sistema atual praticado caminha em total desacordo com o que fora preceituado na Lei Maior, e que continua em risco, a depender da decisão a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão terminativa de mérito, cuja data do julgamento fora recentemente designada pela Ministra Rosa Weber para o dia 24.05.2023

DESENVOLVIMENTO:

1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS:

2.1 SISTEMA INQUISITÓRIO.

Fundado pelo interesse de condicionar a conduta canônica eclesiástica ao controle social, dá-se o advento do sistema inquisitivo. Segundo Júlio Maier, a Inquisição é o resultado da rápida expansão do julgamento penal canônico na Europa continental e de sua luta pela catequização, que tornou necessário o combate armado com as demais religiões não cristãs.¹

Uma série de comportamentos foram adotadas durante a ascensão desse sistema até a formação do Tribunal do Santo Ofício – principal marco deste período histórico. Dentre os quais destacam-se dois:

- a) A permissão da denúncia, inclusive anônima, como forma de se dar início a uma investigação – primeiro passo para admissão do procedimento de ofício.;
- b) A extensão da prática da jurisdição à demais setores da igreja.

Segundo Maier, apenas importantes autoridades da igreja poderiam conduzir a jurisdição, como bispos, arcebispos; a partir da extensão dos poderes de julgamento à demais setores da igreja, juntamente com a possibilidade de delatar outrem até mesmo de forma anônima, se dá início ao procedimento penal *Tribus modis processi possit: per accusationem, per denuntiationem et per inquisitionem*².

Com o papa Inocêncio III, no fim do século XVIII, e com o quarto Concílio de Latrão, em 1216, firmou-se o método da inquisitivo. No procedimento *per inquisitionem*, permitia-se ao juiz, mesmo sem acusador, abrir um processo e nele livremente colher as provas conducentes ao julgamento. Na Igreja nasce, desse modo, o que se veio a chamar de "sistema processual inquisitório", caracterizado então por estas notas: a autoridade dispõe de poderes para, por sua iniciativa, encetar uma ação penal; liberdade do juiz para colher as provas que entenda necessárias, procedimento secreto, em que avulta o interesse em obter a confissão do réu³.

Em consonância ao trecho supracitado, Jacinto Coutinho sustenta que, “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”.⁴

¹ MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2004. p. 291.

² “Muito embora Inocêncio III houvesse consagrado o princípio de que *Tribus modis processi possit: per accusationem, per denuntiationem et per inquisitionem*, o certo é que somente as denúncias anônimas e a inquisição se generalizaram, culminando o processo inquisitivo, *per inquisitionem*, em tornar-se comum.” TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3. p. 34

³ GONZAGA, João Bernardino, **A Inquisição em seu Mundo**., SP, Saraiva, 1994, p. 24

⁴ COUTINHO, Jacinto. **O papel do novo juiz no Processo Penal**. In: **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro, Renovar. 2011. p. 23

No mesmo sentido ainda reforça Aury Lopes Jr. “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)”.⁵

*"El secreto de los procedimientos concluyó por abolir la publicidad, y la constancia de los actos, la oralidad del juicio. De un debate oral y publico frente a jueces populares se giró ciento ochenta grados hacia la concepcion opuesta: una investigación cumplida por un inquisidor en secreto y por escrito, transformándose el acusado, de um sujeto del procedimiento que enfrentaba a otro que lo acusaba, en un objeto de la investigación que se practicaba."*⁶

Como objeto da investigação, o corpo do acusado permanecia sujeito às mais constantes torturas a fim de garantir a busca pela verdade. Segundo Lana Lage da Gama Lima, a confissão era a chamada rainha das provas, uma vez que “mantinha sua conotação sagrada, continuando a ser meio de salvação da alma (...) Daí a insistência levada até o último momento, muitas vezes à beira da fogueira, para que o réu confessasse”⁷. Por isso, se tornou o método perfeito para expiação dos seus pecados.

Ainda no que tange à confissão, ressalva-se que as regras de aplicação da tortura se encontravam previstas no Regimento do Santo Ofício como garantia do acusado, a fim de moderar a prática indiscriminada e os riscos físicos a este. Além disso, o procedimento de confissão deveria ser ratificado pelo acusado posteriormente para que fosse computada como válida.⁸

Ademais, uma peculiaridade importante a ser analisada na condução processual nos Tribunais de Inquisição era a não distinção entre a fase de instrução e a fase probatória. Ou seja, havia a indissociabilidade das fases investigatória e processual e, em ambas, observa-se a atuação positiva do julgador em busca da prova. Nesse caso, o acusado poderia ser preso apenas por frágeis indícios de justa causa, sem ao menos, uma acusação formal⁹.

Nesse sentido, resta claro que há a inversão completa da presunção de inocência e a mitigação do ônus probatório à acusação, que, aliada ao poder

⁵ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. Saraiva, 16ª Edição. 2019, p.44

⁶ MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2004. p. 292

⁷ LIMA, Lana Lage da Gama, **DOSSIÊ CIDADANIA E VIOLÊNCIA – O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é o culpado**. 1998, pp. 73-77

⁸ MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2004, p. 293

⁹ LIMA, 1998 n.p.LIMA, Lana Lage da Gama, **DOSSIÊ CIDADANIA E VIOLÊNCIA – O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é o culpado**. 1998.

jurisdicional, se impunha, estando a defesa em detrimento dele. Com precisão, Tomás y Valiente expõe a dinâmica que se exprime do processo inquisitório:

O processo é orientado para comprovar a veracidade de umas suspeitas iniciais. À margem de qualquer declaração de princípios, o funcionamento do processo inquisitorial parece dirigir-se a comprovar uma espécie de tácita presunção de culpabilidade daquele contra quem existam indícios de conduta delituosa¹⁰

Em poucas palavras, Fernando Capez consegue sintetizar a definição do sistema inquisitório com a união de todos os conceitos até aqui discorridos: “É sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução, motivo pelo qual práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão”.¹¹

Já Aury Lopes Jr. enumera um rol extensivo de características inerentes ao sistema inquisitório e, a sua observação nos demais sistemas processuais penais demonstra a influência exercida por esse importante marco histórico.

- a) Gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz. (figura do juiz-ator e do ativismo judicial = princípio inquisitivo);
- b) Ausência de separação das funções de acusar e julgar. (aglutinação das funções nas mãos do juiz);
- c) Violação do princípio *ne procedat iudex ex officio*, pois o juiz pode atuar de ofício (sem prévia invocação);
- d) Juiz parcial;
- e) Inexistência de contraditório pleno;
- f) Desigualdade de armas e oportunidades.¹²

O sistema processual penal inquisitório foi hegemônico na Europa desde o século XIII. A decadência do referido sistema se deu após cinco séculos de existência e ante a uma série de acontecimentos históricos que, aos poucos, enfraqueceram o poder da igreja perante o Estado.

Em primeiro lugar, as lutas internas da Igreja Católica no século XVI que desencadearam as Reformas¹³ e a Contra Reforma¹⁴, expuseram as rachaduras morais da instituição, além de conferir descrédito ao dogma da infalibilidade papal, que legitimava a atuação ampla da igreja sob o argumento de estar amparada no Espírito Santo, sendo este infalível.

¹⁰TOMÁS Y VALIENTE, **Relaciones de la Inquisición con el aparato institucional del Estado**. In : **VILLANUEVA, J. (comp.). La Inquisición Española**. 1980, p. 57-8

¹¹CAPEZ, Ferrnandro. **Curso de Processo Penal**. 2015, p. 119

¹² LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª Ed. – Saraiva. p.45.

¹³ Destacam-se a Reforma Protestante, o Calvinismo e o Anglicanismo.

¹⁴ Medidas tomadas pela Igreja a fim de cessar a expansão das correntes protestantes.

Em segundo lugar e, principalmente, em virtude dos ideais críticos e intelectuais trazidos pelo Iluminismo no século XVIII, no qual questionava-se a validade dos princípios sob os quais se sustentavam as organizações estatais. Nesse sentido, sob hipótese alguma, a instituição que realizava o controle social poderia deixar de sofrer com a corrente revolucionária. Com toda razão.

Em especial, a presença das correntes filosóficas propagadas por Rosseau, Montesquieu, Beccaria e Voltaire, avivaram os debates sobre a necessária reforma do sistema jurisdicional, adequando-se aos princípios republicanos e com as máximas de dignidade do ser humano e dos direitos individuais.

O fim das torturas e a perseguição às bruxas, era aclamado por publicistas desde meados do século XVII, fato que demonstrava o descontentamento de diversos grupos quanto aos métodos utilizados pela inquisição.¹⁵

A fala de Júlio Maier elucidada com perfeição o contexto histórico narrado:

És claro que el Derecho Penal, en sentido amplio, como fator superior del control social, no puedo quedar al margen de la polémica, pues al lado de las críticas a los principios de organización social y su réplica, él aparecía como el instrumento más efectivo para conservar el ancien régime, que contrariaba los nuevos principios humanitarios, e impedir el advenimiento de un nuevo orden social, cuyo centro no estaba representado por la organización y el poder, sino por el individuo y su dignidade. Fueron así los filósofos, los ideólogos, los que pusieron en tela de juicio todas las instituciones del Derecho Penal y, dentro de ellas, my especialmente, lad del Derecho Procesal Penal, características de la ideologia impetrante.¹⁶

A reforma do sistema de governo da qual a França foi precursora – com a sua primeira lei processual penal promulgada em 1790 – ramificou-se por grande parte da Europa, promovendo os ideais de respeito à dignidade humana – do qual também decorre o direito ao julgamento isento – que até hoje estão consolidados nas legislações dos países republicanos.

No entanto, conforme dito alhures, a força dos princípios inquisitórios foi capaz de sustenta-lo por cerca de cinco séculos e, apesar da evolução intelectual do mundo contemporâneo, as marcas deixadas por esse exercício arbitrário ainda perduram, sendo possível enxergar as sombras desse modelo na cultura e na prática processual até os dias atuais.¹⁷

¹⁵ MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2004, p. 335.

¹⁶ MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2004, p. 344.

¹⁷ MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2004, p. 288.

2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO:

Em oposição ao antigo regime, ratificando os novos ideais de controle da máquina estatal frente aos direitos individuais, dá-se origem ao Sistema Acusatório moderno, que tem como principais objetivos: impor limites à atuação do Estado; assegurar a imparcialidade do julgador; promover o direito ao contraditório e o devido processo legal, tão mitigados no método inquisidor.

Segundo Montero Aroca, professor e magistrado *de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana*, o sistema inquisitório nunca foi uma espécie de sistema processual, uma vez que para que pudesse se configurar como tal “*en él existen realmente un juez tercero, independiente e imparcial y dos partes enfrentadas entre sí en pie de igualdad y con plena contradicción*”.¹⁸

Dessa forma, o início da nova ordem trouxe fortemente consigo a concepção de Montesquieu na qual o juiz deveria ser mero reproduzidor da lei, a boca da lei, gerando um crescimento dos movimentos positivistas e da Escola da Exegese durante o século XIX. Nesse sentido, buscava-se a supressão dos espaços de interpretação da lei a fim de controlar os poderes inerentes ao seu exercício da jurisdição.

Entretanto, com o decurso do tempo e a relativização dos movimentos supracitados, passou-se a enxergar a figura do juiz não mais com desconfiança (como alguém a ser controlado/combatido) e sim, a apenas um terceiro imparcial integrante da relação jurídico-processual, não estando acima das partes, mas para além do interesse delas.¹⁹

Ademais, pontua-se também o aspecto da humanização do acusado em contraponto ao sistema anterior. O acusado torna-se sujeito de direitos, ou seja, o respeito à sua dignidade deve ser garantido, deixando este de ser um mero objeto da investigação, para ser reconhecido como a parte passiva do processo penal.²⁰

Nesse sentido, Aury Lopes Jr, citando Cunha Martins afirma que: “No processo inquisitório há um “desamor” pelo contraditório; já o modelo acusatório constitui uma declaração de amor pelo contraditório.”²¹ e enumera um rol extensivo de características do sistema acusatório:

¹⁸ AROCA, Juan. **El principio acusatorio entendido como eslogan político**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015, p. 70.

¹⁹ COUTINHO, Jacinto. **O papel do novo juiz no Processo Penal**. In: **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro, Renovar. 2011, p. 11.

²⁰ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª Ed. – Saraiva. 2019, p. 46.

²¹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª Ed. – Saraiva. 2019 p.49.

- a) Clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) A iniciativa probatória deve ser das partes;
(decorrência lógica da distinção entre as atividades).
- c) Mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor da investigação e passivo no que se refere à coleta da prova (...)
- d) Tratamento igualitário entre as partes.
(igualdade de oportunidades no processo).
- e) Procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) Plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) Contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) Ausência de tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) Instrução, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) Possibilidade de impugnar decisões e o duplo grau de jurisdição.²²

Os aspectos citados nas alíneas (a) e (b) são constituídas como o princípio informador de compreensão e distinção entre os sistemas processuais, sem o qual, não há sistema acusatório.

Seguindo o pensamento do Professor Aury Lopes, a separação inicial das funções de acusar e julgar deve ser preservada em todo o curso processual, independente da fase – investigatória ou instrutória. E, além disso, reforça que, se trataria de mero reducionismo imaginar um sistema acusatório no qual a imparcialidade e o contraditório não estejam assegurados, do início ao fim, sendo este o preço a ser pago.²³

Nas palavras de Júlio Maier, a melhor definição:

La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la division de los poderes ejercidos em el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente; por el outro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal que tiene em sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma em la exigência de que la actuación de um tribunal para decidir el pleito y los limites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de um acusador y al contenido de ese reclamo (nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se atribuye.²⁴

Dessa forma, esclarecida a origem, definição e características do sistema acusatório, mister se faz analisar o sistema processual penal brasileiro, conforme se observa no tópico a seguir.

²² LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª Ed. – Saraiva. 2019, p.45-46.

²³ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª Ed. – Saraiva. 2019, P. 65-67

²⁴ MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2004, p. 444.

2.3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO:

A Constituição Federal é clara ao determinar o sistema processual a ser adotado, conforme declara em seu art. 129, inciso I:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Apesar de não constar expressamente, decorre de interpretação lógica observar que a vontade do constituinte originário foi de separar as funções de acusar e julgar, em consonância com a previsão dos direitos fundamentais processuais.²⁵

Em atenção a isso, José Antonio Paganella Boschi esclarece:

A essa conclusão pode-se chegar mediante simples leitura dos Capítulos sobre as garantias individuais (art. 5º), os poderes e deveres dos Magistrados (art. 92 e seguintes), as atribuições dos órgãos do Ministério Público (art. 127 e seguintes) e as prerrogativas dos advogados privados (art. 133) e públicos (art. 134). Por meio desses dispositivos a Constituição reconhece que o acusado é um sujeito de direitos no processo, que as funções de acusar, julgar e defender são distintas e que o exercício delas passa pela investidura de diferentes pessoas, nas formas estabelecidas nas leis específicas do MP, da Magistratura e da Advocacia.²⁶

Todavia, não se trata do entendimento majoritário.

Para Fernando Capez, a aglutinação do Código de Processo Penal às normas constitucionais já garante a utilização do sistema acusatório na prática processual.

Veja-se:

O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII). É o sistema vigente entre nós.²⁷

Para a configuração do sistema acusatório, nota-se que é necessária a completa superação do método inquisitivo, sendo este um contraponto daquele. Como se verá, a mera enumeração de direitos garantidos pelo sistema acusatório, não os garante durante a prática jurisdicional.

²⁵ LOPES JR. LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013., 2013, p. 109.

²⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. **O SISTEMA ACUSATÓRIO NA LEI 13.964/2019**. 2020, p. 527.

²⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2011, p. 74 e 82

Conforme exposto anteriormente referenciado, o Código de Processo Penal está em vigência desde 1941, sendo, portanto, anterior à CRFB/88. Por isso, foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

Ocorre que, o contexto histórico no qual se insere a criação do Código de Processo Penal parte da consolidação do regime ditatorial do Estado Novo gerido por Vargas, no Brasil, e da forte influência externa exercida pela promulgação do Código Processual Penal Italiano, que foi pensado e escrito com orientação fascista.²⁸

Em decorrência disso, considera-se que o Sistema Processual Brasileiro possui caráter Misto, conforme explica o professor Geraldo Prado:

(...) Disciplinava o processo penal em duas fases. Na primeira delas, denominada instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de juízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou o júri, com a controvérsia e o debate entre as partes, no maior nível possível de igualdade.²⁹

Nesse sentido, o sistema deveria ser procedido em duas partes: a etapa pré-processual – inquisitória – e a etapa processual – com inclinações ao acusatório. Em atenção a isso, grande parte da doutrina qualifica o sistema processual penal vigente como o Misto, mesmo este estando em total desacordo com a Constituição Federal.

A etapa pré-processual pode ser entendida como a parte investigatória, no qual o procedimento é conduzido de forma sigilosa pelas agências policiais, subordinadas ao Ministério Público – e, por vezes, pela autorização judicial para a produção de certos atos.

A principal característica observada nessa fase é a predominância da confidencialidade do método de agir, que, em razão da ausência de publicidade, fere diretamente o direito ao contraditório e restringe a atuação da defesa.

Segundo Maier, quanto as críticas a esse sistema, destacam-se duas: a primeira seria a estrita procedência inquisitiva da instrução preparatória, que não dava chances ao imputado de contradizer as acusações, colocando-o em desigualdade

²⁸ GIACOMOLLI. Nereu José. **Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1. 2015, p. 146

²⁹ PRADO. Geraldo. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2005, p. 154.”

frente à outra parte; a segunda, a visível inutilidade do órgão de acusação, diante da contaminação do juiz da instrução.³⁰

A dinâmica investigatória pré-processual é observada por Prado da seguinte forma: “A etapa preliminar, ou de instrução, atende ao propósito declarado de otimizar os meios de apreensão dos elementos que constituirão o núcleo do trabalho a ser desenvolvido na fase seguinte, e ao objetivo implícito de realização pública e obrigatória do direito penal”:³¹

Já na etapa processual – segunda etapa, de caráter acusatório – se observam garantias para a condução da máquina estatal. Há requisitos mínimos para a instauração da ação penal, dentre os quais pode-se destacar a presença da justa causa, prevista no art. 395, inciso III, do CPP.

A Justa causa é um pressuposto indispensável para a instauração da ação penal, possuindo “lastro probatório mínimo”³² para justificar a atuação da jurisdicional. Por isso, para sua observação, é necessário que haja evidências razoáveis de autoria e materialidade do delito.³³

Nesse sentido, verificados os requisitos, o Juiz irá receber a denúncia, dando início à fase processual, de caráter acusatório, finalmente em cumprimento ao mandamento constitucional.

Será?

Ora, o ato que dá início à fase processual expõe os indícios de prova obtidos durante a fase preliminar para justificar a presença da autoria e materialidade do delito. Ou seja, estando a denúncia embasada em provas contaminadas – que não foram contestadas no seu devido tempo – a análise do caso restará comprometida.

Embora as provas auferidas pela investigação preliminar não possam ser consideradas em juízo como prova exclusiva apta a fundamentar uma sentença condenatória³⁴ – exatamente por não terem sido produzidas diante do contraditório – estas, inegavelmente, contribuem para a formação do convencimento final.

³⁰ MAIER. Julio. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2004, p. 359.

³¹ PRADO. Geraldo. 2005. Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição, p 156.

³² Definição dada por JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal, cit. 99.

³³ JARDIM, Afrânio Silva - **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro, Forense. 2007, p 99.

³⁴ Previsão expressa do art. 155 do Código de Processo Penal.

De modo exemplificativo, veja-se a importância dos atos promovidos na fase investigatória aos olhos da prática do jurisdicional, conforme julgado colacionado a seguir:

APELAÇÃO CRIME. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO À ACUSAÇÃO DE PRÁTICA DO CRIME DE ROUBO. IMPROCEDÊNCIA. **MATERIALIDADE DO ROUBO E AUTORIA DOS FATOS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO RELEVANTE E VÁLIDO PARA AMPARAR A CONDENAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA QUE, APESAR DE NÃO TER SIDO OUVIDA EM JUÍZO, RESTOU CONFIRMADA PELO RELATO JUDICIAL DO POLICIAL MILITAR. CONDENAÇÃO MANTIDA. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA FURTO. IMPROCEDÊNCIA. COMPROVAÇÃO DO EMPREGO DE GRAVE AMEAÇA A PESSOA. CONJUNTO PROBATÓRIO RELEVANTE E VÁLIDO PARA JUSTIFICAR A CONDENAÇÃO. (...)** CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 4ª C. Criminal - 0008915-96.2015.8.16.0129 - Paranaguá - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU PEDRO LUIS SANSON CORAT - J. 29.11.2021). (grifei e sublinhei).³⁵

Assim sendo, a mera inclusão dos atos praticados durante a fase preliminar junto aos autos judiciais já impacta grandemente a formação do convencimento do magistrado, que deveria estar alheio a esse tipo de prova produzida fora do âmbito do contraditório.

Observa-se que, além disso, o Código de Processo Penal ainda dispõe de diversas permissões legais de atuação positiva do órgão jurisdicional durante o curso do processo, que afetam diretamente na condução parcial do processo e de abrem margem para um “ativismo tipicamente inquisitivo”³⁶.

As referidas permissões legais ferem, principalmente, o princípio dispositivo do sistema acusatório, que preza pela separação das funções de acusar e julgar, e assim, garante a imparcialidade e o contraditório.³⁷

No artigo produzido por Nereu José Giacomolli, este aponta inúmeras ocasiões em que a lei prevê – metaforicamente – o retorno à figura do juiz da inquisição durante a fase processual. Veja-se:

A primeira marca a ser destacada é a ideologia da busca da verdade material no processo penal. Em nome dessa concepção, o CPP autoriza o juiz a agir *ex officio* na **requisição de inquérito policial** (art. 5º, II, do CPP), na **determinação da produção de provas** (art. 156 do CPP), na **inquirição de testemunhas** (art. 209 do CPP), (...) na **possibilidade de condenar o réu, mesmo diante de um pedido de absolvição do Estado-Acusador** (art. 385 do CPP), a **dar uma qualificação jurídica diversa da outorgada pela acusação**, mesmo que o imputado não tenha se defendido (art. 383 do CPP),

³⁵ <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1331101039/apelacao-apl-89159620158160129-paranagua-0008915-9620158160129-acordao>

³⁶ Expressão usada por Aury Lopes Jr. Direito processual Penal. 2019, p. 47.

³⁷ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. Saraiva, 16ª Edição. 2019, p. 49

bem como a **recorrer de ofício, mesmo que a acusação não tenha interposto o recurso cabível** (art. 574 e 746 do CPP).³⁸ (grifei)

Dessa forma, não se pode admitir apenas a mera separação inicial das funções.

O mínimo a ser garantido é a preservação da divisão das funções de acusar e julgar desde a instauração do processo até o trânsito em julgado.³⁹

Muitos ainda estão atrelados à reducionista concepção histórica de que bastaria mera “separação inicial” das “funções de acusar e julgar” para caracterizar o processo acusatório. (...) É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) na mão das partes⁴⁰

Quando se observa a permissão legal de busca da prova pelo órgão jurisdicional; a atuação de ofício; dentre outras inúmeros outros casos, há a unificação dessas atribuições numa mesma figura – a do juiz ator/inquisidor.

Em retomada à crítica feita por Maier sobre a fase processual, este afirma que o membro da acusação acaba tornando-se inútil diante do juiz da instrução, que, contaminado, atua como gestor da prova que culminará na condenação do acusado.⁴¹

No Brasil, confirma-se essa inutilidade, por exemplo, diante de disposição expressa do CPP em que se permite a condenação do acusado mesmo diante do pedido de absolvição requerido pelo Ministério Público.

Prevê o art. 385 do CPP, vigente em sua redação original desde 1941:

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 (grifei).

Tal questão se mostra tão problemática que chega a questionar até mesmo a real titularidade da ação penal pois que, embora haja o princípio da indisponibilidade da ação penal – em que o Ministério Público não pode desistir da ação⁴² – ao órgão jurisdicional não compete o exercício da pretensão acusatória.

Isso porque, o poder de punir, ou seja, a pretensão punitiva que é representada pelo Estado - Juiz, é um poder condicionado à invocação daquele que possui a

³⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1. 2015, p. 148.

³⁹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. Saraiva, 16ª Edição. 2019, p. 47

⁴⁰ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. Saraiva, 16ª Edição. 2019 p. 47/49

⁴¹ MAIER. Julio. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2004, p. 359.

⁴² Previsão expressa no art. 42 do Código de Processo Penal.

pretensão acusatória, o Ministério Público. Conforme expresso por Carnelutti, “ao acusador não lhe compete a *potestas* de castigar, mas só de promover o castigo”⁴³. Da mesma forma, não se pode punir sem que haja o exercício da pretensão acusatória.

Além disso, nesse caso específico, fere-se diretamente o princípio da Congruência entre o requerimento acusatório e a sentença penal.

Nesse sentido destaca-se a fala de Aury Lopes Jr:

O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória e, sem o seu pleno exercício, **não se abre a possibilidade de o Estado exercer o poder de punir, visto que se trata de um poder condicionado**. O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não-exercício da pretensão acusatória, isto é, **o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo**.⁴⁴ (grifei)

Vale ressaltar também a previsão do art. 156 do Código de Processo Penal, quanto à possibilidade de que o juiz determine a produção de prova de ofício:

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.

Trata-se da previsão legal de consentimento ao arbítrio estatal. Nesse caso, independentemente da fase, o juiz poderá atuar de ofício – ou seja, sem requisição prévia das partes – para contribuir com produção da prova, atuando não mais como terceiro imparcial, mas como parte ativa.

A legitimação do Juiz como capaz de demandar a produção de prova *ex officio* vai de encontro não somente ao sistema acusatório, mas como a inúmeros princípios

⁴³ CARNELUTTI, *Derecho Procesal Civil y Penal*, p. 301.

⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Volume 2. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. PP. 376-377.

constitucionais, como: A inércia jurisdicional⁴⁵, a presunção de inocência⁴⁶, o *in dubio pro reo* ⁴⁷, além do tripé sistema acusatório/contraditório/imparcialidade⁴⁸

Sobre o tema, Geraldo Prado explica:

A autorização prevista na parte final do artigo 156 do Código de Processo Penal, assim como, por exemplo, a disposição contida no artigo 209 do mesmo diploma,⁴⁶ conferindo ao juiz poderes processuais de produção da prova, representa, conforme assinalamos ao abordarmos as características do sistema acusatório, violência flagrante ao referido modelo, quer em razão de atribuir ao juiz o que é direito das partes, conexo ao de ação e de defesa, e portanto, no primeiro caso, vinculado à acusação, quer por colocá-lo na difícil posição de investigador imparcial.

Todo investigador parte de uma premissa, que aceita como verdadeira, a ela se vinculando psicologicamente. ⁴⁹

E, ressalta-se que este trabalho não pretende esgotar os casos que demonstram as marcas inquisitoriais presentes no Código de Processo Penal, mas apenas evidenciar que, a chamada parte “acusatória” integrante do “Sistema Processual Misto” nunca existiu.

Se, composto por duas etapas, a primeira reconhecidamente inquisitória e a segunda, com fortes traços inquisitoriais e visível desrespeito aos seus próprios princípios, o Sistema Misto carece de fundamentação.

Concluindo com o pensamento de Jacinto Coutinho:

(...)Não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desfigura o dito sistema. Assim, entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro⁵⁰

Dessa forma, é necessário desmistificar a concepção de que o Sistema Processual Brasileiro tem caráter acusatório. Sequer Misto. Segundo Aury Lopes Jr, “o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório, (...) para descolar do modelo histórico medieval”.⁵¹

Encarar o Código de Processo Penal e as práticas decorrentes de sua aplicação como inquisitórias é o primeiro passo para se compreender a necessária

⁴⁵A inércia não deve ser analisada não somente no desencadeamento da ação penal, mas ao longo de todo o processo penal, principalmente quanto à realização de atos típicos da parte acusador.

⁴⁶ Previsto no art. 5º, inciso LVII, da CRFB.

⁴⁷ Princípio processual penal que preconiza que, “em caso de dúvida, absolve-se”.

⁴⁸ Conceito dado por Aury Lopes Jr, em Direito Processual Penal, 2019. p.51.

⁴⁹ PRADO Geraldo. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2005. p. 290

⁵⁰ COUTINHO, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **SISTEMA ACUSATÓRIO: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**, 2009. p. 03.

⁵¹ LOPES JR. LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. Saraiva, 16ª Edição. 2019 p. 49.

reforma do sistema penal como um todo, a fim de fazer cumprir a desejo do constituinte originário.

Nesse sentido, ao final deste capítulo, podemos concluir resumidamente que:

- a) Desde a promulgação da Constituição Federal, a lei processual penal se encontra em desacordo com a lei maior, no que tange a instituição do sistema acusatório;
- b) O Sistema Misto é formado por duas partes: a investigatória e a processual, no qual a primeira tem caráter inquisitório, e a segunda, acusatório.
- c) Apesar de inúmeras alterações ao longo de sua história, o Código de Processo Penal ainda mantém raízes de caráter inquisitivo, preservando condições que permitem a dupla função de acusar e punir;
- d) A prática jurisdicional dos tribunais corrobora com as anomalias legais que estão em contraponto aos princípios constitucionais.
- e) O Sistema processual adotado no Brasil não pode ser considerado como o Misto, uma vez que não há a presença da fase processual de caráter acusatório. E sim, o Sistema que se adequa é o Neoinquisitório, conforme titulado pelo professor Aury Lopes.

Visto isso, será possível analisar a nova perspectiva trazida pela Lei 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime, a seguir.

3. ANÁLISE DA LEI 13.964/2019:

A Lei 13.964, também conhecida como Pacote Anticrime, foi promulgada no fim do ano de 2019, sendo proposta pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro, com o intuito de estabelecer medidas mais robustas de controle à corrupção e garantia da ordem pública.

Nesse sentido, a lei promulgada trouxe consigo inúmeras alterações à diversos diplomas legais, como os de ordem material, processual, de execução penal e legislações especiais. Todavia, o PL 882 – que originou a referida lei – foi intensamente

modificado pelo Congresso Nacional, que alterou substancialmente certos pontos iniciais, bem como realizou emendas bem interessantes ao texto.⁵²

Dentre essas emendas produzidas pelo congresso e sancionadas pelo governo, a instituição definitiva do sistema processual como acusatório é o de maior importância para nossa análise, seguido pela criação do Juiz de Garantias, para isso, ressalva-se que a instituição do sistema acusatório independe da figura do Juiz de garantias.

Assim, conclui-se que a presença do Juiz de Garantias é amparada pela concepção do sistema acusatório, e não o contrário.⁵³

Nesse sentido, necessário se faz analisar, à priori, os trechos mais importantes que envolvem a discussão, que serão colacionados a seguir:

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.

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...)

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; (...)

‘Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo⁵⁴ (grifei)

Para que se possa iniciar as considerações sobre a lei em questão, se faz necessário trazer à baila o comentário feito por Boschi ao texto promulgado, que reflete o entendimento das melhores doutrinas:

É importante salientar que a Lei 13.964/2019, no ponto em exame, **nada trouxe de novo porque**, a bem da verdade, o sistema acusatório de processo (...) **já estava previsto, implicitamente, na Constituição de 1988 sem depender de qualquer complementação ou regulamentação em lei ordinária** ⁵⁵ (grifei)

⁵² RODRIGUES. Alexandre Brandão, OLIVEIRA. Antônio Flavio. **Breve Análise Crítica Da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), Do Ponto De Vista Interno E Externo Do Sistema Jurídico, À Luz Das Teorias Do Constitucionalismo Contemporâneo.** 2021 p. 16.

⁵³ SIQUEIRA, Eduardo Franciso de, MILANEZ. Bruno Augusto Vigo. **O Pacote Anticrime E O Art. 3º-A Do Cpp: A Posição Do Juiz No Sistema Acusatório, O Movimento De Reforma (Ainda Que Parcial) E A Contrarreforma** 2020, p. 51.

⁵⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm

⁵⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. **O SISTEMA ACUSATÓRIO NA LEI 13.964/2019.** Disponível em <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/50/39>. 2020, p. 527.

Todavia, diante de décadas de prática inquisitória, se fez necessário repetir o óbvio para assegurar que – pelo menos daqui pra frente – a constituição seja respeitada. Porém, não se pode precisar a partir de quando, ou até mesmo “se”, se dará início a vigência completa dessa lei, uma vez que foram impetradas diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que terminaram por suspender a eficácia dos artigos que versam sobre o sistema acusatório, conforme será abordado posteriormente.

Os artigos alterados na parte inicial do Código de Processo Penal pertinentes ao tema estão consagrados o art. 3-A ao 3-F, sendo o primeiro de instituição do Sistema Processual Acusatório, e os demais, sobre a criação e atuação do Juiz de Garantias.

O art. 3-A, além de consagrar a vontade constitucional, impõe restrições importantes ao órgão jurisdicional em etapas processuais diferentes.

Segundo a análise realizada por Eduardo Francisco de Siqueira e Bruno Augusto Vigo Milanez em “O Pacote Anticrime e o art. 3º-A do CPP: a posição do juiz no sistema acusatório, o movimento de reforma (ainda que parcial) e a contrarreforma”, a primeira parte do art. 3-A pode ser entendida dessa forma:

A primeira parte do **dispositivo veda toda e qualquer atuação de ofício por parte do magistrado na fase de investigação preliminar**. Desta forma, o magistrado que exerce o controle de legalidade das investigações não poderá, sem requerimento expresso da autoridade policial ou do órgão do Ministério Público, determinar de ofício a realização de atos investigativos, nem mesmo a decretação de medidas cautelares, sejam elas pessoais (prisões ou cautelares diversas), reais (sequestro ou arresto) ou probatórias (busca e apreensão, interceptação telefônica etc)⁵⁶ (grifei)

Quanto à segunda parte do artigo, adota-se o entendimento de Aury Lopes Jr. e Alexandre de Moraes Rosa, para a compreensão do texto legal e no que tange à sua aplicação:

O que significa “substituição da atuação probatória do órgão de acusação?” A nosso juízo **toda e qualquer iniciativa probatória do juiz, que determinar a produção de provas de ofício, já representa uma “substituição” da atuação probatória do julgador**. 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

⁵⁶ SIQUEIRA, Eduardo Francisco de, MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O Pacote Anticrime E O Art. 3º-A Do Cpp: A Posição Do Juiz No Sistema Acusatório, O Movimento De Reforma (Ainda Que Parcial) E A Contrarreforma**. 2020, p. 51.

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.** (grifei)⁵⁷

Dessa forma, observa-se que o art. 3-A tem como objetivo coibir os excessos praticados pelo órgão jurisdicional na fase de investigação e também, na fase processual.

No que tange à promulgação do referido artigo, apenas reforça-se a crítica realizada pelos autores Siqueira e Milanez, ao apontarem que a Lei 13.964/19 também foi omissa em certos pontos. Apesar de anunciar um grande avanço à seara processual penal, a lei se eximiu de proceder à revogação dos artigos que aduzem essa permissão ao juiz – especialmente o art. 156, inciso I,⁵⁸ do CPP.⁵⁹

Ocorre que, a questão pode se tornar bastante nebulosa no início da vigência do art. 3-A. Considerando a condição do Brasil como um país continental e as suas diversas estruturas judiciárias, todas as normas em desacordo com o sistema acusatório podem ser contestadas frente ao juízo de primeiro grau e até aos tribunais superiores. Dessa forma, haveria grande insegurança jurídica até o posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre os artigos que serão revogados ou não.

Merece ser analisado também um grande avanço rumo à criação de um sistema mais imparcial que é a instituição do Juiz de Garantias.

O Juiz de garantias atuará – caso se concretize – no recebimento da denúncia como um garantidor dos direitos individuais do acusado e durante a fase investigatória, decidindo sobre todas as requisições ocorridas durante a fase de investigação, entre outras funções; porém, não proferirá a decisão de mérito, sendo os autos entregues à um magistrado diverso, alheio à produção das provas.

Dessa forma, o sistema garante que o juiz que emitir a sentença não o fará contaminado pelos atos praticados durante a fase anterior.

Todavia, conforme dito anteriormente, os artigos que procedem a essa alteração no CPP (art. 3-A a 3-F) foram suspensos diante da decisão liminar proferida

⁵⁷ <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria>

⁵⁸ 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;

⁵⁹ SIQUEIRA, Eduardo Franciso de, MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O Pacote Anticrime E O Art. 3º-A Do Cpp: A Posição Do Juiz No Sistema Acusatório, O Movimento De Reforma (Ainda Que Parcial) E A Contrarreforma** 2020, p. 15.

pelo Ministro Luiz Fux, no julgamento das ADI 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, ainda em pendente julgamento.

3.1 ANÁLISE DO PROCESSAMENTO DAS ADI 6.298, 6.299, 6.300 e 6305:

Impetradas ainda durante ao o período de *vacancio legis*, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade em questão foram reunidas para julgamento conjunto em função da similaridade do procedimento adotado e dos artigos impugnados, além do pedido de medida cautelar de suspensão da eficácia desses dispositivos.

Com início de vigência previsto para 30 (trinta) dias após a sua promulgação⁶⁰, é importante informar que, até a presente data, os artigos que versam sobre sistema acusatório – e aos demais que se referem ao juiz de garantias – ainda permanecem suspensos diante da concessão da medida cautelar e do pendente julgamento final.

Por isso, nos resta analisar cada ADI individualmente, trazendo a fundamentação que justifica, principalmente, a declaração de inconstitucionalidade do art. 3-A da lei 13.964/19, conforme se segue:

A ADI n. 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), impugna a) o artigo 3º da Lei n. 13.964/2019, que acrescentou os artigos 3º-A a 3º-F ao Código de Processo Penal e institui a figura do juiz das garantias; e b) o artigo 20 da Lei n. 13.964/2019, que determina o prazo de *vacatio legis* para a vigência respectiva.

A ADI n. 6.299, ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA, impugna os mesmos dispositivos supracitados, além do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019.

A ADI n. 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), impugna os artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, na mesma linha das ações anteriores.

Por fim, a ADI n. 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, impugna os artigos 3º-A; 3ºB, incisos IV, VIII, IX, X e XI; 3º-D, parágrafo único; 28, caput; 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, §4º, do Código de Processo Penal, todos introduzidos pela Lei n. 13.964/2019”⁶¹

Inicialmente, é necessário que se tenha em mente o seguinte:

⁶⁰ Data da promulgação: 24/12/2019

⁶¹ Extraído do Relatório da Decisão Cautelar da ADI 6.298, proferida pelo Min. Fux.

É necessário repisar que a vedação, ao magistrado, da iniciativa instrutória e de se substituir nas funções do órgão de acusação, é absolutamente compatível com modelos processuais que não adotam o juiz de garantias. **Em outros termos, permitir ou vedar que o juiz se substitua nas funções de investigador ou do órgão de acusação é matéria que não guarda relação necessária com o juiz de garantias.**⁶²

Segundo afirmam Eduardo Siqueira e Bruno Milanez, em análise às ações em questão “Muitos dos fundamentos das ADI questionam, em realidade, a figura do juiz de garantias. Sem intenção de argumentar em favor deste instituto (...) convém dizer, desde logo, que o art. 3º-A do CPP não se relaciona diretamente com ele.”

Na ADI 6.298, bem como na 6.300, a expressão “sistema acusatório” é mencionada apenas uma vez, no momento em que é colacionado o trecho da lei que se pretende impugnar. Nesse caso, não se trata de uma argumentação inconsistente, pois que sequer há fundamentação a ser considerada.

Já na ADI 6.299, observa-se que houve um cuidado maior quanto à titulação dos artigos a serem questionados pela ação; os proponentes alegam o seguinte:

Nesse sentido, temos em primeiro lugar o art. 3º-A. **O dispositivo apresenta redação obtusa, que pode ser vista no sentido de comprometer o poder de instrução complementar do juízo. Ao determinar de maneira ampla uma “estrutura acusatória” e vedar condutas genéricas, corre-se o risco de criar nulidades inicialmente previstas no processo. É preciso, pois, assegurar que esse dispositivo não seja interpretado senão no sentido das demais disposições colocadas e não como princípio geral, passível de gerar outras amarras à atuação do magistrado** (grifei).

E na ADI 6.305, a Associação Nacional Dos Membros Do Ministério Público (CONAMP) fundamenta que a introdução dessa disposição “mitiga a atuação do Ministério Público, a instituição constitucionalmente encarregada para o exercício privativo da ação penal pública.”

Além disso, ataca-se a parte final do Art. 3-A, alegando que “na medida em que cria vedação somente para a atuação judicial probatória substitutiva da acusação, permite-se, assim, que a exerça favoravelmente, exclusivamente, à defesa.”

Quanto às ADI 6.299 e 6.305, podemos considerar que há um objeto claro de ataque que deve ser observado mais de perto.

⁶² SIQUEIRA, Eduardo Franciso de, MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O Pacote Anticrime E O Art. 3º-A Do Cpp: A Posição Do Juiz No Sistema Acusatório, O Movimento De Reforma (Ainda Que Parcial) E A Contrarreforma** 2020, p. 53

Em primeiro lugar, na ADI 6.299, o fundamento que requer a inconstitucionalidade se fundamenta no exatamente na discordância da instituição do sistema acusatório. Nesse caso, o impetrante claramente afirma que a adoção desse sistema incorreria em diversas nulidades processuais, ou seja, que estão em desacordo com a ordem constitucional; além disso, ainda questiona que o referido sistema suprimiria a atuação probatória do juiz, que fere os diversos princípios já mencionados aqui.

Em segundo lugar, na ADI 6.305, questiona-se um suposto desfavorecimento do órgão da acusação, dado que a lei permitiria, em tese, a atuação judicial substitutiva à defesa, mas não o poderia fazer em prol da acusação.

Inicialmente, as ADI supramencionadas foram objeto de análise pelo Ministro Dias Toffoli, Presidente do Supremo Tribunal à época, que realizou a primeira concessão de medida cautelar, tendo em vista o curto período de adaptação do sistema judiciário à implantação do Juiz de Garantias, indeferindo, contudo, a suspensão do art. 3-A:

Com esses fundamentos, reputo constitucionais os arts. 3º-A; 3º-B; 3º-C; 3º-D, caput; 3º-E e 3º-F do CPP, introduzidos pelo art. 3º da Lei nº 13.964/2019, e, portanto, neste juízo, indefiro a cautelar.
(...)(ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, **até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão;**

Em análise ao caso, o Mestre em ciências criminais, José Antônio Boschi narra a movimentação do caso com clareza:

A inconstitucionalidade do art. 3º-A não foi reconhecida pelo Min. Toffoli na decisão monocrática acima referida, mas essa correta e respeitável decisão, no entanto, teve vida curta, porque, ao receber os autos por distribuição, o eminente relator, Min. Luiz Fux, 12 dias depois, decidiu revogá-la para ad referendum do Plenário, suspender *sine die* a eficácia "(a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (arts 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3ºD, 3º-E, 3º-DF, do Código de Processo Penal)", bem ainda de outros dispositivos⁶³

No que tange a decisão tomada pelo Ministro Fux, em contraponto à decisão preliminar do Min. Toffoli, observa-se que há uma ausência de fundamentação quanto à suspensão do artigo a que se refere o sistema Acusatório, também confirmada pela doutrina:

⁶³BOSHI, José Antonio Paganella. **O SISTEMA ACUSATÓRIO NA LEI 13.964/2019.** p. 529

A decisão liminar do Min. Luiz Fux, propositadamente, analisa **conjuntamente os dispositivos sobre o juiz de garantias e o art. 3º-A do CPP para não ter de apresentar nenhum argumento à suspensão deste e, mesmo assim, fazê-lo. Não se está, por óbvio, a defender os argumentos em prol da suspensão das regras sobre o juiz de garantias.** Nesse aspecto, adere-se à posição do Min. Dias Toffoli, que reconheceu, *prima facie*, a constitucionalidade dos arts. 3º-B a 3º-F do CPP⁶⁴ (grifei)

Dessa forma, aguarda-se o julgamento ainda não marcado, sendo possível conceber que, até lá, os avanços trazidos pela Lei 13.964/2019 ainda estarão sob risco.

No que tange à análise do mérito, as supostas inconstitucionalidades podem ser questionadas apenas em face da criação do Juiz das Garantias – quanto ao seu aspecto formal – sendo um assunto que não se confunde com a instituição do sistema acusatório, tão essencial à ordem jurídica e em consonância com a Lei Maior.

Por fim, a questão que nos resta refletir por enquanto, é se a alteração de um simples artigo no Código de Processo Penal terá o condão de afastar, ou pelo menos, de dar início ao fim das práticas inquisitórias do nosso sistema processual penal.

Todavia, deve-se considerar, sobretudo, as palavras de Aury Lopes, citando Alberto Binder: “Sabemos todos que não basta mudar a lei, é necessário mudar “cabeças”, mudar cultura e mentalidade, esse é o maior desafio”.⁶⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista de todo o exposto, é possível afirmar que mesmo após 30 anos de promulgação da Constituição Federal, ainda praticamos atos processuais penais de advindas do período histórico do Estado Novo, inspirado em concepções fascistas do Código Italiano.

Não obstante a garantia dos direitos fundamentais que asseguram o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, além da presunção de inocência – caríssimo ao processo penal – as instituições integrantes do sistema ainda não reconhecem a estrutura acusatória determinada pelo Constituinte originário.

⁶⁴SIQUEIRA, Eduardo Franciso de, MILANEZ. Bruno Augusto Vigo. **O Pacote Anticrime E O Art. 3º-A Do Cpp: A Posição Do Juiz No Sistema Acusatório, O Movimento De Reforma (Ainda Que Parcial) E A Contrarreforma.** 2020, p. 53

⁶⁵LOPES JR. Aury, BASTOS DE PINHO. Ana Claudia, MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Pacote Anticrime: um ano depois – Análise da (in)eficácia das principais medidas penais e processuais implantadas pela Lei 13.964/19.** 2021, p. 67

As práticas inquisitórias, supostamente superadas, hoje fazem o uso mascarado de algumas características do sistema acusatório, agregando-lhe assim, um véu de legalidade. Todavia, para que seja garantida a prática isenta com respeito aos preceitos fundamentais, é necessário observar a presença de um princípio elementar do sistema acusatório, o da separação das funções de acusar e punir.

A suposta utilização de um Sistema Processual Misto, que engloba ambas as fases inquisitórias – por meio da investigação – e a acusatória – na parte processual – acaba conferindo uma indefinição do princípio norte a ser seguido. Dessa forma, é necessário desmistificar a existência de um sistema Misto, que, na verdade, não existe.

Observa-se apenas que a fase investigatória é claramente inquisitória, mas a processual também pode ser assim configurada, porém, com algumas características acusatórias e com a exigência da propositura da ação penal exclusivamente pelo Ministério Público, vislumbrando-se uma separação, que, de fato, só é inicial.

Dessa forma, a promulgação da lei 13.964/2019 trouxe consigo a esperança de ter configurado sistema constitucional acusatório de uma vez por todas, porém, há aproximadamente dois anos, a eficácia dessa disposição se encontra suspensa, sem qualquer previsão de análise do mérito.

As ADI impetradas durante o período de vacância inviabilizaram o proveito desse avanço legislativo, que ainda se encontra em risco.

Portanto, diante do momento de indefinição, cabe a nós refletirmos sobre se a chegada de uma legislação seria capaz de realizar uma reforma profunda na prática do sistema processual penal como um todo, ou se depositamos sempre nossas esperanças em algo incerto e futuro.

Na realidade, o deslinde em questão tem um prazo para se encerrar, porém, o que não se pode prever é a reação daqueles integrantes do sistema, diante da necessidade de mudança de postura e adequação aos parâmetros constitucionais.

REFERÊNCIAS

- A "estrutura acusatória" atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria>. Acesso em 15/09/2021.
- MONTERO AROCA, Juan. **El principio acusatorio entendido como eslogan político**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015. Disponível em <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>. Acesso em 15/09/2021.
- BOSHI, José Antonio Paganella. **O SISTEMA ACUSATÓRIO NA LEI 13.964/2019**. Disponível em <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/50/39>. Acesso em 15/09/2021.
- CAMARA DOS DEPUTADOS. **Lei 13.964/2019**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13964-24-dezembro-2019-789639-norma-pl.html>. Acesso em 15/09/2021.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. Disponível em https://assindelp.org.br/files/conteudo_arquivo/12005/fernando-capez---curso-de-processo-penal---2016.pdf. Acesso em 15/09/2021.
- COUTINHO, Jacinto. **O papel do novo juiz no Processo Penal**. In: **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro, Renovar. 2011.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **SISTEMA ACUSATÓRIO: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**, 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>. Acesso em 05/01/2021.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1>. Acesso em 15/09/2021
- GONZAGA, João Bernardino. **A Inquisição em seu Mundo**., SP, Saraiva, 1994.
- JARDIM, Afrânio Silva - **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro, Forense. 2007.
- LIMA, Lana Lage da Gama, **DOSSIÊ CIDADANIA E VIOLÊNCIA – O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é o culpado**. 1998. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rsocp/a/vSgDrG75Lkj7C9WzXgp3xfB/?lang=pt>. Acesso em 15.08.2021

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. Saraiva, 16ª Edição. 2019.

LOPES JR. Aury, BASTOS DE PINHO. Ana Claudia, MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Pacote Anticrime: um ano depois – Análise da (in)eficácia das principais medidas penais e processuais implantadas pela Lei 13.964/19**. Saraiva, 2021.

MAIER. Julio. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2004.

PRADO Geraldo. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2005.

RODRIGUES. Alexandre Brandão, OLIVEIRA. Antônio Flavio. **Breve Análise Crítica Da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), Do Ponto De Vista Interno E Externo Do Sistema Jurídico, À Luz Das Teorias Do Constitucionalismo Contemporâneo**. Disponível em <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/6/7>. Acesso em 15/09/2021.

SENADO FEDERAL. **Código de Processo Penal**. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/569703/codigo_de_processo_penal_3ed.pdf. Acesso em 15/09/2021.

SIQUEIRA, Eduardo Franciso de, MILANEZ. Bruno Augusto Vigo. **O Pacote Anticrime E O Art. 3º-A Do Cpp: A Posição Do Juiz No Sistema Acusatório, O Movimento De Reforma (Ainda Que Parcial) E A Contrarreforma**. Disponível em <https://es.mpsp.mp.br>. Acesso em 15/09/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6.298**. Min. Relator Luiz Fux. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751746316&prcid=5840274#> Acesso em 15/09/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6.299**. Min. Relator Luiz Fux. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751746769&prcid=5840373#>. Acesso em 15/09/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6.300**. Min. Relator Luiz Fux. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751747928&prcid=5840552#>. Acesso em 15/09/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6305**. Min. Relator Luiz Fux. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751814565&prcid=5844852#> Acesso em 15/09/2021.

TOMÁS Y VALIENTE, F. 1980. **Relaciones de la Inquisición con el aparato institucional del Estado**. In : VILLANUEVA, J. (comp.). **La Inquisición Española**. Nueva visión, nuevos horizontes. Madrid : Siglo XXI.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 19ª Edição. Saraiva, 1997