



FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO DE SÃO PAULO - FADISP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

WILLIAM MATHEUS FOGAÇA DE MORAES

SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO:

A extensão da atividade probatória do magistrado

São Paulo – SP
2024

WILLIAM MATHEUS FOGAÇA DE MORAES

SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO:

A extensão da atividade probatória do magistrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP, com área de concentração em Função Social do Direito, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Everton Luiz Zanella

São Paulo

2024

WILLIAM MATHEUS FOGAÇA DE MORAES

SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO:

A extensão da atividade probatória do magistrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP, com área de concentração em Função Social do Direito, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Everton Luiz Zanella

São Paulo, 13 de novembro de 2024.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Everton Luiz Zanella – FADISP (Orientador)

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço às minhas filhas Liz, Isis, Anne e ao meu filho Liam por iluminarem a minha vida e me proporcionarem a oportunidade de conviver com pessoas tão especiais, minhas pedrinhas preciosas. Liz, a sua energia é contagiante, a sua empatia e senso de justiça retratam a sua alma generosa e cativante. Isis, a sua curiosidade simboliza a rara qualidade do anseio por novos saberes. A sua genuína e extraordinária capacidade de observação permite que você melhor compreenda a complexidade e enfrente as adversidades da vida. Liam, a sua personalidade me fascina. Sempre muito decidido. A sua alegria e obstinação são singulares. Anne, você ainda está na barriga da mamãe, mas já sabemos que você tem um lindo sorriso e adora as madrugadas. Papai aguarda ansioso a sua chegada.

Agradeço a minha esposa, Juliana, que está comigo em todos os momentos. Sou privilegiado de poder tê-la ao meu lado. Sua sensatez e equilíbrio são notáveis. Este momento só foi possível porque você, mais uma vez, como em várias outras ocasiões, proporcionou as condições para que eu tivesse o tempo necessário para me dedicar ao mestrado e ao estudo do tema desta dissertação. Muito obrigado pelo seu apoio e dedicação a mim e à nossa família, que construímos com muito amor.

Agradeço aos meus pais, Eli e Maristela, por sempre me incentivarem a buscar novos desafios. Cada nova conquista apenas é possível porque vocês proporcionaram as condições para que eu, desde cedo, pudesse perseguir meus sonhos.

Agradeço ao meu irmão e melhor amigo Henrique, que muito admiro por toda a sua força e determinação. Sua bondade e visão de mundo são atributos que me orgulham.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Everton Luiz Zanella pela confiança em mim depositada e pela oportunidade de aprendizagem que sua experiência, conhecimento profissional e capacidade de análise proporcionaram.

RESUMO

A dissertação propõe o exame das características do sistema processual acusatório e debate o conteúdo dos seus elementos essenciais com destaque para a extensão dos poderes probatórios do juiz. O objetivo do estudo é examinar o sistema processual adotado no nosso ordenamento a partir de uma perspectiva que realce a gestão das provas e o direito de prova no Código. É examinado o desenvolvimento histórico dos sistemas processuais acusatório e inquisitório e debatida a distinção entre características históricas e conceituais, para que se clarifique a diferença entre sistemas históricos e ideais. O conteúdo do princípio acusatório e seu papel em um sistema acusatório são abordados, para em seguida, investigar as características básicas e acessórias presentes nos principais sistemas processuais penais. À luz dos valores em jogo, diante do risco de restrição à liberdade e que as garantias e direitos do acusado estão previstos na constituição e que as normas constitucionais têm papel determinante para interpretação e aplicação dos dispositivos infraconstitucionais aborda-se a intrínseca e importante relação do direito constitucional com o processo penal, com a contextualização do desenvolvimento do constitucionalismo moderno e o exame de alguns institutos dele decorrentes como o controle de constitucionalidade, a interpretação conforme e a supremacia da constituição. Em seguida, examina-se a forma como estes institutos podem contribuir para assegurar a eficácia ótima das normas da constituição e compatibilizar a legislação infraconstitucional com as características básicas do sistema acusatório e com o conjunto de valores incorporados no nosso texto constitucional. Após esta abordagem constitucional, são apresentadas diversas e variadas posições doutrinárias a respeito do sistema processual adotado em nosso ordenamento e em seguida se investiga a presença na Constituição de dispositivos estruturantes e acessórios de um sistema acusatório que favoreçam a consecução das múltiplas finalidades de um processo penal de feição acusatória. Analisa-se como o princípio da imparcialidade e as finalidades perseguidas pelo processo penal se relacionam com os sistemas processuais e com a gestão das provas e é discutido o limite da atividade probatória do juiz compatível com sistemas acusatórios. A partir da pesquisa bibliográfica, investiga-se a existência de elementos essenciais de um sistema processual acusatório conceitual que possuam relativo consenso doutrinário. Em seguida contextualiza-se o momento histórico e político da época de edição do Código de Processo Penal para que se possa compreender as opções feitas pelo legislador ao tratar do direito de prova e realize-se o exame dos dispositivos que regulam a atividade probatória no Código incluindo as inovações feitas pela Lei n. 13.954/2019 e a decisão do STF em ações diretas de inconstitucionalidade que impugnaram os dispositivos inseridos pela mencionada lei.

Palavras-chave: Sistemas processuais penais. Princípio acusatório. Constitucionalismo. Princípio da imparcialidade. Finalidades processuais. Sistema acusatório. Gestão das provas.

ABSTRACT

This dissertation proposes an examination of the characteristics of the accusatory procedural system and discusses the content of its essential elements, with a focus on the extent of the judge's evidentiary powers. The study aims to analyze the procedural system adopted in our legal framework from a perspective that highlights the management of evidence and the right to evidence in the Code. The historical development of accusatory and inquisitorial procedural systems is examined, and the distinction between historical and conceptual characteristics is discussed in order to clarify the difference between historical and ideal systems. The content of the accusatory principle and its role in an accusatory system are addressed, followed by an investigation of the basic and ancillary characteristics present in the main criminal procedural systems. Given the values at stake, due the risk of restricting freedom and that the guarantees and rights of the accused are enshrined in the constitution and that constitutional norms play a decisive role in the interpretation and application of infraconstitutional provisions, the intrinsic and important relationship between constitutional law and criminal procedure is addressed and it is contextualized the development of modern constitutionalism and some institutes arising from it, such as judicial review, interpretation in accordance with and supremacy of the constitution, are examined. After that it is analyzed how these institutes might contribute to ensuring the optimal effectiveness of constitutional norms and reconciling infraconstitutional legislation with the basic characteristics of the accusatory system and the set of values embedded in our constitutional text. After this constitutional approach, various doctrinal positions regarding the procedural system adopted in our legal framework are presented, and then the investigation focuses on the presence of structuring and ancillary provisions of an accusatory system in the Constitution that promote the achievement of the multiple purposes of an accusatory criminal proceeding. It analyzes how the principle of impartiality and the purposes pursued by the criminal process relate to procedural systems and the management of evidence. The discussion includes the limits to the judge's evidentiary activity compatible with accusatory systems. Based on bibliographic research, it is investigated the existence of essential elements of a conceptual accusatory procedural system that enjoy some consensus. Next, it is contextualized the historical and political moment when the Code of Criminal Procedure was published to understand the choices made by the legislator when dealing with the right to evidence and it is examined the provisions that regulate evidentiary activity in the Code, including the innovations introduced by Law n. 13.954/2019 and the STF's decision in direct actions of unconstitutionality that challenged the provisions inserted by the aforementioned law.

Keywords: Criminal procedural systems. Accusatory principle. Constitutionalism. Principle of impartiality. Procedural purposes. Accusatory system. Management of evidence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS. ASPECTOS GERAIS	13
1.1. Sistemas históricos e modelos ideais	15
1.2 O Princípio Acusatório como elemento aglutinador de um sistema processual penal de natureza acusatória	19
1.3 Sistemas Processuais Penais. Considerações iniciais	22
1.3.1 Sistema Processual Penal Inquisitório	23
1.3.2 Sistema Processual Penal Acusatório	28
1.3.3 Sistema Processual Penal Misto.....	32
1.4.4 Sistema Processual Penal Adversarial	36
2. SISTEMA PROCESSUAL PENAL ADOTADO NO ORDENAMENTO PÁTRIO.....	41
2.1 Constitucionalismo e a interpretação da legislação à luz das normas constitucionais.....	41
2.2 A Constituição da República de 1988. O contexto histórico e político de sua promulgação	49
2.3 O modelo processual penal adotado no ordenamento jurídico pátrio. Posições doutrinárias	53
2.4 A Constituição como vértice da estrutura normativa e parâmetro de interpretação da legislação processual penal	57
2.5 Elementos acusatórios na Constituição da República de 1988	61
3. SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO. FINALIDADES, LIMITES A ATIVIDADE PROBATÓRIA DO MAGISTRADO.....	67
3.1 A importância do princípio da imparcialidade para um justo processo de natureza acusatória ..	67
3.2 Finalidades do Processo. Considerações iniciais	74
3.2.1 Finalidades do processo penal. Sistemas processuais penais de natureza acusatória e inquisitória	76
3.3 Gestão de provas e poderes instrutórios. Exame dos limites a iniciativa probatória do magistrado	80
3.4 Elementos estruturantes de um sistema processual acusatório conceitual.....	86
4. A ATIVIDADE PROBATÓRIA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO ..	94
4.1. Código de Processo Penal de 1941 – Decreto-Lei n. 3.689/1941. Contextualização histórica ..	94

4.2 A prova no modelo processual penal pátrio. Considerações iniciais e aspectos gerais	96
4.3 A cláusula geral do sistema processual penal acusatório. Artigo 3º-A do Código de Processo Penal.....	100
4.4 Juiz das Garantias - Artigos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal.....	102
4.5 A atuação probatória do juiz - Artigo 156 do Código de Processo Penal.....	110
4.6 O interrogatório do acusado – Artigo 186 do CPP	114
4.7 Depoimentos testemunhais – artigos 209, 212, 225 e 473 todos do Código de Processo Penal	117
4.8 Considerações finais sobre a atividade probatória prevista no Código de Processo Penal.....	119
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126

INTRODUÇÃO

O estudo do sistema processual acusatório e o debate a respeito de seus elementos essenciais são cercados de controvérsias, haja vista a existência de inúmeras e divergentes concepções que enfatizam diferentes aspectos e particularidades e elegem determinadas características como preponderantes para a identificação de um sistema como acusatório ou inquisitório.

O exame das normas processuais penais que disciplinam a atividade probatória constitui um importante mecanismo para se avaliar a aproximação ou distanciamento de um sistema processual particular de um modelo de natureza acusatória ideal, na medida em que o protagonismo das partes ou do órgão julgador no desempenho da atividade instrutória representa uma relevante distinção entre os modelos acusatório e inquisitório. Todavia, a gestão das provas no âmbito do processo não alcança sequer um relativo consenso entre os autores e a diversidade de posicionamentos, a despeito de enriquecer o debate, retrata a dificuldade em se alcançar um acordo a respeito da extensão ou mesmo a admissão de poderes instrutórios ao magistrado em um sistema processual com estrutura acusatória. A atuação do legislador ordinário também é dificultada diante da variedade de posições, muitas vezes contraditórias entre si, na medida em que carece de balizas seguras para desempenhar a atividade legiferante, resultando na edição de disposições normativas que podem ser incompatíveis com um sistema processual acusatório e com o conjunto axiológico previsto na constituição¹.

O referencial teórico, então, é estabelecido a partir da constatação de várias e distintas posições que elegem diferentes elementos para o enquadramento de um sistema como acusatório ou inquisitório. A gestão das provas, apesar de não ser o único, é um importante critério para a compreensão e identificação de um determinado sistema, uma vez que determina a centralidade das partes ou do magistrado na atividade probatória. A opção por uma atitude passiva, inerte e espectadora do magistrado na produção probatória, como defendem alguns autores tem sido objeto de críticas, pois não se revela satisfatória para a consecução dos fins almejados pelo direito processual penal. Do mesmo modo, o protagonismo probatório do juiz é questionado diante do risco de comprometimento da sua imparcialidade e da violação ao princípio da paridade de armas. A atuação probatória suplementar do magistrado, integrativa da atividade probatória das partes surge como uma alternativa conciliatória dos extremos. Há de se investigar, então, no âmbito da gestão

¹ Vide, a título exemplificativo, o artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 11.690/2008. Apesar de ter sido inserido em nosso Código em período não tão remoto, já sob a égide da Constituição da República, que estava em vigor há 20 anos na época de sua introdução, o dispositivo suscitou grande controvérsia no âmbito doutrinário, como será discutido no capítulo 04 deste trabalho, em virtude de ter previsto a possibilidade de o magistrado, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

das provas, qual o limite da atividade probatória do magistrado compatível com o princípio acusatório, com as finalidades perseguidas pelo processo penal de natureza acusatória e que mantenha a integridade do princípio da imparcialidade.

O objetivo principal da dissertação é examinar o sistema processual adotado no nosso ordenamento a partir de uma perspectiva que destaque a gestão das provas, o direito de prova no Código de Processo Penal e a importância que a interação entre direito constitucional e processo penal pode ter na consolidação de um sistema acusatório constitucionalizado que preserve a imparcialidade judicial, tenha finalidades compatíveis com a constituição e tenha seus elementos estruturantes extraídos diretamente das normas constitucionais, imune às alterações de ocasião realizadas pelo legislador ordinário.

O estudo do tema não tem apenas consequências teóricas, pois repercute na formulação de modelos ideais e na identificação e delimitação de elementos estruturantes e secundários que podem servir de referência para o aprimoramento de um sistema processual histórico. Além disso, favorece o debate sobre os fundamentos utilizados e critérios eleitos para a escolha de características tidas como essenciais e acessórias de um sistema, bem como fornece subsídios para examinar a maior ou menor propensão de um sistema particular em incorporar atributos acusatórios ou inquisitórios. A temática também possui significativas consequências práticas, haja vista que a eleição de um sistema processual penal com certas características em detrimento de outro repercute concretamente nos direitos fundamentais e nas garantias processuais daqueles submetidos à persecução penal, além de reverberar na posição e nos poderes dos sujeitos processuais, com importante consequência para a preservação da imparcialidade do magistrado e o alcance de uma justa decisão. É possível apontar ainda relevantes consequências normativas, uma vez que a atividade legislativa sofre o influxo dos ensinamentos doutrinários e das investigações desenvolvidas pelos estudiosos do tema.

O trabalho, então, examina as características presentes em sistemas processuais históricos, aborda o princípio da imparcialidade, sua relação com o sistema processual acusatório, com a gestão de provas e sua importância para a garantia de um justo processo. As finalidades perseguidas por sistemas acusatório e inquisitório também são investigadas e discutidas na medida em que têm o condão de determinar o protagonismo das partes ou do magistrado no desempenho da atividade probatória, o que, por sua vez, repercute no sistema processual penal adotado.

O direito a prova tem um papel decisivo no resultado do processo devido a sua importância para a reconstrução, na medida do possível, da realidade histórica e na possibilidade de influir na decisão judicial. A posição de centralidade das partes ou do magistrado na atividade de produção de provas é resultado do sistema processual penal escolhido. Para se compreender a opção eleita pelo legislador ordinário na ocasião da edição do nosso Código de Processo Penal se contextualiza o

momento histórico e político de sua elaboração. O exame da atividade probatória prevista no Código fornece importantes subsídios para a determinação de qual o modelo processual foi adotado por nosso ordenamento. Contudo, em um estado constitucional e democrático de direito, a definição do sistema processual penal não pode ser determinada apenas pelo exame da legislação infraconstitucional. Nesse sentido, analisa-se o desenvolvimento do constitucionalismo e como seus institutos podem contribuir para a concretização de um modelo processual penal constitucionalizado de natureza acusatória. O trabalho, então, se divide em 04 capítulos.

Como o conhecimento da origem e do desenvolvimento de um sistema processual constituem importantes fatores para a adequada compreensão de suas características e de seu funcionamento no capítulo 01 realiza-se o delineamento histórico dos principais sistemas processuais penais. Logo depois, examina-se a existência de um princípio acusatório, de suas características e de seu papel unificador no sistema acusatório. Em seguida, são analisados os principais sistemas processuais penais existentes, suas particularidades, características históricas e elementos estruturais presentes em determinadas formulações ideais.

O capítulo 02 propõe-se a discutir e suscitar a reflexão a respeito da abordagem constitucional do sistema processual penal. Para tanto examina-se o desenvolvimento do constitucionalismo moderno, suas virtudes, alguns institutos dele decorrentes e as consequências de sua preponderância sobre as demais ideologias que disputaram e almejaram hegemonia. Na esteira da tendência verificada ao longo do século XX, de se atribuir às normas constitucionais o caráter de normas jurídicas, dotadas de caráter vinculante e imperativo, se contextualiza no âmbito doméstico o período histórico e político da edição da Constituição da República de 1988, haja vista que a partir da década de 1980 e principalmente após a promulgação da constituição a discussão a respeito da força normativa e da aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais passa a ser feita de forma mais incisiva, representando uma ruptura com a concepção anterior, que atribuía às previsões constitucionais o caráter de meras exortações e recomendações aos poderes executivo e legislativo². O tópico seguinte propõe fornecer uma visão geral dos mais variados posicionamentos a respeito de qual modelo processual teria sido adotado em nosso ordenamento. Em seguida é examinada a posição hierárquica da constituição no ordenamento, a sua força normativa, o caráter vinculante de suas normas e discutida a possibilidade de estas características e atributos contribuírem para o aperfeiçoamento e compatibilização das normas processuais penais ordinárias com o texto constitucional. E, por fim, se propõe a identificação no ordenamento constitucional pátrio de

² BARROSO, Luís R. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 95. E-book. ISBN 9786553624788. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624788/>. Acesso em: 05 set. 2024.

dispositivos que forneçam o arcabouço normativo para a construção e sustentação de um sistema processual penal constitucionalizado que se propõe acusatório.

A seguir, no capítulo 03 analisa-se o conteúdo do princípio da imparcialidade, a sua importância como instrumento de garantia para um julgamento justo, sua positivação no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos e como as cortes internacionais têm feito uso do princípio para assegurar um justo processo. A partir da compreensão de que as finalidades eleitas por um sistema processual penal têm grande influência nos meios permitidos para a sua consecução e no modelo processual escolhido por um ordenamento, explora-se em tópico próprio os objetivos preponderantes a serem perseguidos em modelos processuais acusatório e inquisitório. Devido a relevante influência que o comportamento processual do magistrado pode ter em sua imparcialidade, examina-se qual o limite da atividade probatória do magistrado compatível com o princípio acusatório e que preserve o princípio da imparcialidade. Após a determinação dos propósitos que um sistema processual acusatório visa desempenhar em um ordenamento jurídico, são apresentadas algumas características que podem ser consideradas estruturantes, básicas em modelos processuais teóricos de feição acusatória.

O capítulo 04 contextualiza o momento histórico e político da época da edição do Código de Processo Penal, sob o regime denominado Estado Novo, de caráter ditatorial instaurado por Getúlio Vargas, haja vista a influência que o período exerceu na determinação do conteúdo das disposições normativas, na posição dos sujeitos processuais, nos direitos e garantias do acusado e nas finalidades originariamente eleitas pelo Código de Processo Penal. Em seguida, passa-se a abordagem dos dispositivos do Código que regulam a atividade probatória e examina-se como a distribuição da iniciativa probatória é feita entre os sujeitos processuais e a propensão demonstrada pelo nosso Código por uma ou outra espécie de sistema processual penal. Outrossim, são debatidas as importantes inovações legislativas introduzidas pela Lei n. 13.964/2019 no âmbito do direito de prova e como o Supremo Tribunal Federal decidiu os questionamentos a respeito da constitucionalidade de diversos dispositivos impugnados.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi adotado o método analítico-dialético, que oportuniza a abordagem dos sistemas processuais penais a partir de sua contextualização social e política e o exame das suas características históricas e conceituais, além de favorecer a interpretação dinâmica, a compreensão interdisciplinar dos assuntos centrais debatidos e a exploração de opções que possam contribuir para que a perspectiva constitucional do nosso sistema processual penal se consolide. Como técnica de pesquisa, recorre-se à vasta bibliografia sobre o tema em livros, periódicos e consulta à legislação. Também foi utilizada a pesquisa jurisprudencial através da consulta aos sítios eletrônicos de cortes nacionais e internacionais, como o Supremo Tribunal

Federal, a Corte Interamericana de Derechos Humanos e a Corte Européia de Derechos Humanos, a fim de analisar como os assuntos importantes para esta pesquisa vêm sendo enfrentados e decididos na esfera jurisdiccional.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS. ASPECTOS GERAIS

Do ponto de vista histórico, na Grécia e na Roma republicana o processo penal possuiu uma estrutura marcadamente acusatória em virtude do caráter preponderantemente privado da acusação e da condição arbitral que o magistrado e o juízo assumiam³.

A alusão ao modelo grego relaciona-se especialmente às características que preponderaram em Atenas, onde os delitos eram agrupados em duas espécies, os de natureza privada, na qual se violavam interesses particulares e a acusação ficava a cargo do ofendido, seus genitores ou tutor e os de natureza pública, que por violarem interesses em geral da sociedade, se previa a ação de caráter popular, podendo ser promovida por qualquer cidadão. Neste modelo, após a apresentação da acusação era realizado um juízo de admissibilidade da denúncia, que se admitida, acarretava a remessa do caso ao juízo competente com a designação dos acusadores, ficando cada parte responsável por produzir as provas de seu interesse e científicas para comparecer no dia de julgamento. Na data estipulada a acusação expunha o caso e ouvia suas testemunhas, seguida da defesa e após, se passava ao julgamento, que era feito mediante o depósito em urna dos votos dos magistrados. Aqui a função do juiz se assemelha a de um árbitro, pois permanecia inerte e apenas examinava as provas submetidas pelas partes. Na eventualidade de o acusado ser absolvido, os magistrados deliberavam a respeito da conduta do acusador e se ele não lograsse êxito em obter ao menos 1/5 dos votos dos juízes, era condenado ao pagamento do montante correspondente a 1.000 *dracmas* além de perder o direito de acusar⁴.

No período da República em Roma também prevaleceu o caráter privado e voluntário da acusação. Foi nesta época que várias características básicas do sistema acusatório surgiram, como o ônus probatório da acusação, a iniciativa probatória atribuída às partes, a igualdade entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade dos debates⁵.

No direito romano, surgem a *cognitio* e a *accusatio*. Na *cognitio*, o julgamento ficava a cargo de um magistrado, com a possibilidade de se interpor recurso ao povo (*provocatio*), no caso

³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 453. FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Bosch: Barcelona, 1934, p. 65.

⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-3.3. E-book. ISBN 978-65-5991-485-2. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103828460/v8/page/RB-3.3%20>. Acesso em: 02 de maio de 2024.

⁵ ILLUMINATI, Giulio. *The accusatorial process from the Italian point of view*. North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation. Chapel Hill, North Carolina, v. 35, n. 02, p. 300. Winter 2010. Disponível em: <http://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol35/iss2>. Acesso em 25 de maio de 2024.

de o acusado ser cidadão e varão. A *accusatio*, por sua vez, era atribuição de alguém do povo (*accusator*) e se desenvolveu no último século do período republicano⁶.

O processo inquisitório, de seu turno, deita suas raízes no período da Roma Imperial⁷, época em que os procedimentos iniciavam-se de ofício para os delitos públicos, que eram decididos de ofício e secretamente em documentos escritos por magistrados delegados do príncipe⁸.

No período da monarquia romana o sistema inquisitório é consolidado através da edição de lei pelo Imperador Constantino que passa a permitir processos conduzidos de ofício pelo magistrado, sem necessidade de um acusador⁹.

Após a queda do Império Romano, o sistema acusatório adquire certa predominância, que perdura até o surgimento da Inquisição no século XIII¹⁰, fundada pelo Papa Gregório IX¹¹. O modelo inquisitório passa a ter incidência principalmente nos processos eclesiásticos para os delitos de magia e heresia, nos quais o ofendido era Deus e apesar de teoricamente ostentar um caráter extraordinário em relação ao modelo acusatório, o sistema *per inquisitionem*, instituído pelo Papa Inocêncio III, na prática adquiriu caráter ordinário e depois do século XVI se difundiu para todo o continente europeu, passando a ser observado em todos os tipos de delitos¹². O direito canônico, neste sentido, desempenhou um importante papel na predominância do sistema inquisitório até o início do século XIX¹³.

A irracionalidade e o arbítrio presentes no sistema inquisitorial constituíram importantes fatores que impulsionaram o movimento iluminista em prol da reforma do sistema processual penal dominante, resultando na adoção pela Revolução Francesa do modelo processual acusatório que, no entanto, não perdurou por muito tempo, haja vista a adoção pelo Código Termidoriano em 1795 e

⁶ GARCETE, Carlos Alberto. *Sistemas Jurídicos no Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-6.3. E-book. ISBN 978-65-5991-201-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/289226635/v1/page/RB-6.3%20>. Acesso em: 02 de maio de 2024.

⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-3.2. E-book. ISBN 978-65-5991-485-2. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103828460/v8/page/RB-3.3%20>. Acesso em: 05 de maio de 2024. GARCETE, Carlos Alberto. *Sistemas Jurídicos no Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-6.2. E-book. ISBN 978-65-5991-201-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/289226635/v1/page/RB-6.3%20>. Acesso em: 02 de maio de 2024.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 453.

⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. Op. cit., p. RB-3.2.

¹⁰ Conforme explica Garcete, no século XIII foi criado o Tribunal da Inquisição, que tinha como objetivo apurar a conduta daqueles que atuassem contrariamente aos preceitos eclesiásticos. GARCETE, Carlos Alberto. Op. cit., p. RB-6.2.

¹¹ RUSSEL, Bertrand. *A history of western philosophy*. New York: Simon and Schuster, 1945, p. 448.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 453-454. TUCCI, Rogério Lauria. *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 110.

¹³ GARCETE, Carlos Alberto. Op. cit., p. RB-6.2.

pelo Código Napoleônico de 1808 do sistema misto, caracterizado por aspectos preponderantemente inquisitórios na primeira fase e inclinação acusatória na fase seguinte. O modelo adotado pelo Código Napoleônico se difundiu pela Europa do século XIX¹⁴.

1.1 Sistemas históricos e modelos ideais

A separação dos sistemas processuais penais em diferentes categorias é criticada por um segmento doutrinário em virtude da inexatidão dos critérios propostos para o adequado enquadramento de um sistema particular em um ou outro modelo, além de não retratar a complexidade subjacente a cada modelo processual e as vicissitudes a que estão submetidos. Ademais, as garantias processuais que asseguram a justiça no processo têm caráter variável e seu conteúdo é sujeito a redefinições ao longo do tempo¹⁵.

Nesta conjuntura, é possível afirmar que o exame, a compreensão e o enquadramento histórico dos sistemas processuais existentes na dicotomia acusatório e inquisitório não encontra consenso no âmbito da doutrina, que também dissente no tocante ao conteúdo que dá ensejo à mencionada dicotomia. Os autores, portanto, não necessariamente convergem a respeito do conteúdo essencial e estrutural dos sistemas acusatório e inquisitório e por conseguinte, também divergem no enquadramento dos modelos processuais históricos em uma destas categorias¹⁶.

Não obstante, é possível vislumbrar utilidade na divisão e classificação dos sistemas na dicotomia acusatório e inquisitório sob uma perspectiva histórica. Marcos Zilli afirma que¹⁷:

Resta, então, uma pergunta fundamental: qual a atual utilidade da classificação acusatório/inquisitório?

Mais do que a compreensão sobre o passado, o olhar pelas lentes acusatória/inquisitória lança luzes para a compreensão do movimento de transformação histórica de vários ordenamentos rumo à estação acusatória. Cuida-se de movimento que não esgotou a sua força vital com a construção do que se denominou de modelo misto. Em realidade, o movimento mantém a sua energia irradiadora, projetando os seus efeitos em tempos contemporâneos. É que a separação dos poderes de acusar e de julgar entre diferentes sujeitos processuais carrega uma mensagem que é atemporal: o resguardo da imparcialidade do julgador. Assim, mais do que impedir o exercício da acusação pelo juiz – o que assume contornos de conquista –, importa saber quais são as decorrências da redistribuição de papéis entre os sujeitos do processo. Afinal, promover a acusação é atividade que não se esgota com o oferecimento da ação penal. Projeta-se sobre o processo, assim como pressupõe atividades anteriores de construção e de elaboração da tese acusatória. Portanto, o mover-se em direção à estação acusatória implica uma limpeza dos resquícios que

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 454.

¹⁵ ZILLI, MARCOS. *Rumo à estação acusatória do processo penal: leituras a partir da Lei 13.964/19*. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 222, Janeiro-Março/2021.

¹⁶ LANGER, Maximo. *La dicotomia acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. In MAIER, Julio B. J; BOVINO, Alberto *El procedimiento abreviado (comps.)*. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 2001, p. 104.

¹⁷ ZILLI, MARCOS. Op. cit., p. 223-224.

provém da estrutura inquisitória e que guardavam diálogo harmônico com um processo marcado pela hipertrofia do papel do julgador.

Desta forma, a opção por um sistema processual com características e princípios marcadamente acusatórios favorece o respeito e a concretização do princípio da imparcialidade do magistrado, que constitui uma das garantias que asseguram o devido processo legal¹⁸ e a igualdade da justiça, conforme explica José Afonso da Silva¹⁹:

Juiz natural, assim, é o juiz pré-constituído, competente (art. 5º, LIII: ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente), e no gozo das garantias de independência e imparcialidade. Onde qualquer das garantias da magistratura faltar, pode-se afirmar que o princípio da igualdade da Justiça estará sacrificado (...)

Feita esta observação, cabe ainda destacar que os sistemas acusatório e inquisitório podem ser examinados e diferenciados a partir de uma perspectiva histórica ou de um ponto de vista teórico. E neste sentido, as diferenças constatadas teoricamente não necessariamente coincidirão com o desenvolvimento histórico de cada um dos modelos. Assim, alguns elementos que integraram historicamente o sistema acusatório podem não constituir, do ponto de vista teórico, características essenciais e estruturantes deste modelo de processo, como por exemplo, a discricionariedade da ação penal, a exclusão de motivação das decisões dos jurados, dentre outros. Do mesmo modo, há institutos que, apesar de terem se desenvolvido historicamente a partir de sistemas inquisitórios, não são típicos, sob um prisma teórico, deste tipo de sistema, como a obrigatoriedade e a irrevogabilidade da ação penal, a pluralidade de graus de jurisdição e o dever de o magistrado motivar as decisões²⁰.

A elaboração e construção teórica de um modelo seja ele acusatório ou inquisitório e a definição dos seus elementos essenciais decorre de diversos fatores, dentre os quais, a compatibilidade lógica entre os elementos integrantes do sistema, a realização de juízos de valor que se faça entre sistema acusatório e modelo garantista e entre sistema inquisitório, modelo autoritário e eficiência repressiva²¹. Ainda na perspectiva de elaboração de formulações teóricas, releva salientar que a classificação dos modelos acusatório e inquisitório como modelos ideais, portadores de determinados elementos estruturais que os definem e os diferenciam também não encontra consenso no âmbito teórico e conceitual. Estes modelos teóricos puros, ademais, não

¹⁸ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. Curso de direito constitucional. (Série IDP). São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023, p. 241. E-book. ISBN 9786553624474. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624474/>. Acesso em: 26 mai. 2024.

¹⁹ SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. 25º ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 219.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 451-452.

²¹ Ibidem, p. 452.

encontram exata correspondência em sistemas processuais históricos, que podem conter em maior ou menor medida elementos integrantes de um ou outro modelo teórico²².

Ao tratar do tema, Langer observa que tradicionalmente a distinção teórica entre os sistemas processuais parte de duas abordagens. A primeira busca estabelecer um mínimo denominador comum de características que devem estar presentes para que uma jurisdição em particular se enquadre em um dos sistemas processuais teóricos. O problema desta orientação, todavia, surge no momento em que um determinado ordenamento deixa de adotar uma das características tidas como mínimas. Nesta situação, ou se modifica o conteúdo mínimo do denominador comum exigido para o sistema processual ideal ou se modifica o enquadramento de um particular ordenamento que alterou algum de seus elementos, com a sua retirada de uma categoria abstrata e introdução em outra. Qualquer das duas alternativas, no entanto, é insatisfatória para a solução do dilema. Além disso, esta proposição não fornece resposta adequada para a distinção e eleição de características essenciais e secundárias em cada um dos sistemas ideais e para o exame dos ordenamentos que adotam sistemas híbridos²³.

A outra tradicional forma de abordagem do tema propõe o emprego de tipos ideais em uma perspectiva weberiana, enquanto construções mentais artificiais que servem como categorias de pensamento, e possui vantagens em relação à opção anterior uma vez que além de possibilitar a identificação de diferenças relevantes entre os sistemas, serve como parâmetro de análise das influências recíprocas entre os sistemas abstratos. Com a adoção de tipos ideais, a alteração nas características de um processo penal particular não leva necessariamente à mudança no seu enquadramento, mas apenas indica sua maior aproximação ou distanciamento de um determinado tipo ideal. Além disso, essa abordagem estabelece parâmetros claros de referência, o que permite examinar eventuais absorções de elementos de um sistema em outro. Não obstante, esta formulação também é sujeita a críticas porque não permite analisar adequadamente os sistemas ideais abstratos enquanto estruturas de interpretação e significação, haja vista que o preenchimento do conteúdo dos termos e expressões empregadas em cada sistema decorre e são compreendidos a partir do exame de processos penais concretos, ou seja, a identificação abstrata dos sistemas processuais penais é possível apenas porque os atores processuais fazem uso, consciente ou inconscientemente, de

²² LANGER, Maximo. *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. In MAIER, Julio B. J; BOVINO, Alberto *El procedimiento abreviado (comps.)*. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 2001, p. 104. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.14. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/1>. Acesso em: 12 de maio de 2024.

²³ LANGER, Maximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004, p. 07-08. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=707261>. Acesso em 17 de outubro de 2024.

estruturas de interpretação e significação²⁴. Assim, Langer afirma que os sistemas processuais abstratos representam não apenas formas diferentes de distribuição de poderes e responsabilidades entre os atores do processo, mas retratam culturas processuais distintas, que refletem concepções diferentes de como os casos criminais devem ser processados e julgados²⁵.

Damaška, por sua vez, desenvolve uma diferente perspectiva e propõe a formulação de dois grupos ideais, ao invés da tradicional dicotomia acusatória e inquisitória. No primeiro grupo estão incluídos os ideais de hierarquia e coordenação que retratam a estruturação da autoridade na administração da justiça. No modelo hierárquico, que corresponde ao clássico modelo de burocracia, os profissionais decidem mediante a aplicação de regras técnicas e estão organizados em uma estrutura hierárquica. Já no modelo de coordenação, as decisões são proferidas com base em padrões comunitários por leigos, que estão estruturados em uma relação horizontal de autoridade²⁶. Já no segundo grupo estão incluídos o modelo de implementação de políticas públicas e o modelo de resolução de conflitos, que representam propósitos distintos de administração de justiça. No modelo de resolução conflitos, a partir da concepção de autonomia pessoal transferida da ideologia política para a administração da justiça, o estado atua para manter o equilíbrio social e o objetivo é disponibilizar uma estrutura onde as partes em conflito têm a última palavra em relação à definição das matérias a serem debatidas no processo. Em contraste, no modelo de implementação de políticas públicas, os interesses coletivos prevalecem sobre o interesse individual e o fim da administração da justiça e do Estado é guiar a sociedade e implementar e cumprir os programas estatais²⁷.

Por fim, releva repisar que as formulações teóricas e seus elementos integrantes não correspondem necessariamente aos sistemas processuais históricos, que podem conter elementos outros que não sejam lógica ou axiologicamente necessários a um determinado modelo, fruto de escolhas legislativas, fatores históricos e políticos ou ainda por terem assumido em determinado momento o caráter de princípios universalmente válidos, como o princípio do contraditório, de origem acusatória e a natureza pública da acusação, de inspiração inquisitória²⁸.

²⁴ LANGER, Maximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*. Harvard International Law Journal, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004, p. 09-11. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=707261>. Acesso em 17 de outubro de 2024.

²⁵ Ibidem, p. 63.

²⁶ DAMAŠKA. Mirjan R. *The faces of justice and state authority: A comparative approach to the legal process*. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 16-47.

²⁷ Ibidem, p. 88-97.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 452.

1.2 O Princípio Acusatório como elemento aglutinador de um sistema processual penal de natureza acusatória.

Um sistema, qualquer que seja a sua natureza, se caracteriza pela presença de um conjunto de elementos que se relacionam entre si e com um princípio unificador, constituindo um todo orgânico para o atendimento a determinada finalidade²⁹.

Em sentido semelhante Bobbio explicita³⁰:

Entendemos por sistema uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar em ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência em si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.

No caso do sistema processual acusatório, o princípio acusatório constitui o princípio unificador em torno do qual os elementos do sistema se relacionam para formar um todo orgânico para a concretização de um ideal, de uma finalidade³¹. Uma das principais características deste princípio, cuja legitimidade pode ser extraída do princípio democrático³² é a proibição de julgamento sem acusação. Antigamente, nos sistemas acusatórios puros, a sua materialização correspondia à necessidade de a acusação ser formulada pela vítima do delito³³.

Tem ele como pressuposto, então, a existência de um órgão que atue exclusivamente promovendo a acusação³⁴, sem que se verifique a reunião das funções de acusar e julgar num mesmo órgão ou pessoa. A consequência almejada com esta separação é assegurar a imparcialidade do juiz em relação às partes processuais³⁵, o que constitui o sustentáculo do princípio acusatório³⁶.

Importa notar, que a divisão entre as funções a serem exercidas internamente no processo não pode ser meramente formal, necessitando ser real e efetiva para que não seja possível ao juiz

²⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, p.163-168, 1998, p. 165.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 10ª edição, 1999, p. 71

³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. RB-1.14.

³² PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, Rio de Janeiro, p. 230.

³³ BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. atual. ampl. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1999, p. 323.

³⁴ GARCETE, Carlos Alberto. *Sistemas Jurídicos no Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-6.3. E-book. ISBN 978-65-5991-201-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/289226635/v1/page/RB-6.3%20>. Acesso em: 02 de maio de 2024.

³⁵ DEU, Teresa Armenta. *Principio acusatorio: realidad y utilización. Lo que es y lo que no*. Revista de la Asociación IUS ET VERITAS, nº. 16, págs. 216-230, 1998, p. 219. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15774/16208>. Acesso em: 10 de junho de 2024.

³⁶ PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 307.

influir no entendimento a ser adotado pelo órgão de acusação, pois se assim não fosse, haveria o risco de o magistrado se utilizar do órgão de acusação de forma indireta para desempenhar um papel ativo na atividade probatória³⁷.

Desta forma, na estrutura acusatória de processo, em contraposição à inquisitiva, a tarefa de acusar é atribuída a um sujeito processual autônomo para que seja preservada a imparcialidade do julgador. O sistema processual orientado pelo princípio acusatório retrata um processo de partes, ambas – acusação e defesa, com um conjunto de direitos e deveres, sujeitos a relações recíprocas³⁸.

Cabe destacar, por oportuno, que o princípio acusatório não se confunde e não é sinônimo de sistema processual acusatório. A respeito da diferença, Geraldo Prado pontua que³⁹:

É certo, conforme ao nosso juízo, que, se pretendemos a definição de um sistema acusatório como categoria jurídica composta por normas e princípios, não há como, pura e simplesmente, justapô-lo com exclusividade a um preciso princípio acusatório, pois a identidade entre um e outro resultaria, por exigência lógica, na exclusão de uma das duas categorias, pela impossibilidade de um princípio ser, ao mesmo tempo, um conjunto de princípios e normas do qual ele faça parte, numa relação de continente a conteúdo.

Nesta linha de raciocínio e a partir da distinção mencionada, afirma-se que o sistema acusatório é composto de normas e princípios fundamentais orientados pelo princípio acusatório⁴⁰. Há aqui uma relação de continente e conteúdo entre eles⁴¹.

O exame da gestão da prova e a maneira pela qual ela é produzida também constitui um importante fator para a identificação do princípio acusatório. No sistema acusatório de base democrática, comprometido com o princípio da imparcialidade e orientado pelo contraditório, a gestão das provas deve ficar a cargo das partes⁴². Desta forma, o princípio acusatório é incompatível não apenas com a atribuição de o juiz deflagrar o processo, mas também com a adoção de postura proativa na produção de provas. Do mesmo modo, a intervenção judicial no curso da investigação, em um sistema regido pelo princípio acusatório deve ter como fundamento apenas a preservação ou a legítima restrição de direitos fundamentais⁴³.

³⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo*. Revista de Informação Legislativa, v. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009, p. 172.

³⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, Rio de Janeiro, p. 176.

³⁹ Ibidem, p. 172.

⁴⁰ Ibidem, p. 172.

⁴¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. Op. cit., p. 172.

⁴² GARCETE, Carlos Alberto. *Sistemas Jurídicos no Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-6.3. E-book. ISBN 978-65-5991-201-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/289226635/v1/page/RB-6.3%20>. Acesso em: 03 de maio de 2024.

⁴³ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. Op. cit., p. 216.

Então, em um modelo acusatório a carga probatória é do órgão de acusação, o juiz deve se abster do ativismo probatório e se situar suprapartes, de modo a preservar sua imparcialidade⁴⁴.

Sobre a postura do magistrado no processo, Calamandrei já ponderava que: “*A inércia é, para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é, de imparcialidade. Agir significaria tomar partido*”⁴⁵.

Nesse sentido, o protagonismo probatório do juiz é incompatível com um modelo processual acusatório, pois conduz ao desequilíbrio à posição das partes no processo, vulnera o devido processo legal, a presunção da inocência e coloca em risco o Estado Democrático de Direito⁴⁶.

Como mencionado anteriormente, as características essenciais que orientam o princípio acusatório exigem a separação das funções de acusar, defender e julgar, bem assim o protagonismo das partes na gestão das provas. Estas características devem nortear e orientar a atividade legiferante, no entanto, não se pode deixar de pontuar que o legislador possui certa liberdade para delimitar e instituir temperamentos ao conteúdo do princípio acusatório, sem que isso implique sua violação, notadamente porque a versão ideal e pura do sistema acusatório só existe enquanto formulação teórica.

A necessidade de distanciar o julgador das atividades investigativa e acusatória resultou na criação de um órgão com atribuições de investigar e poderes para formular acusações⁴⁷. Na nossa Constituição da República de 1988 o princípio acusatório se relaciona e pode ser extraído de diversos dispositivos, como o artigo 129, inciso I, que prevê ser do Ministério Público, como regra, a titularidade da ação penal pública e das garantias do contraditório, da ampla defesa (artigo 5º, LV da Constituição da República) e do devido processo legal (artigo 5º, LIV da Constituição da República)⁴⁸.

Uma consequência relevante da adoção do princípio acusatório é a vinculação do órgão julgador ao objeto do processo nos exatos termos delineados pelas partes. Assim, o tribunal deve se ater a julgar os fatos e observar as circunstâncias expressamente descritas na acusação, sem alteração de seu teor, sob pena de vulneração do princípio em apreço. Necessário, pois, que haja correlação entre a acusação e a sentença⁴⁹. Há, inclusive, respeitável posicionamento no sentido de

⁴⁴ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 234.

⁴⁵ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, visto por nós, os advogados*. Tradução Ivo de Paula, São Paulo: Editora Pillares, 2013, p. 81-82.

⁴⁶ GARCETE, Carlos Alberto. *Sistemas Jurídicos no Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-6.3. E-book. ISBN 978-65-5991-201-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/289226635/v1/page/RB-6.3%20>. Acesso em: 02 de maio de 2024.

⁴⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Tradução Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 38.

⁴⁸ LOPES JR. Aury. Op. cit., p. 233.

⁴⁹ DEU, Teresa Armenta. *Principio acusatorio: realidad y utilización. Lo que es y lo que no*. Revista de la Asociación IUS ET VERITAS, nº. 16, págs. 216-230, 1998, p. 221-222. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15774/16208>. Acesso em: 10 de junho de 2024.

que, para que não haja vulneração do princípio acusatório, o ideal seria apenas permitir que o órgão de acusação pudesse alterar a qualificação jurídica atribuída aos fatos e, em situações excepcionais, como medida de preservação das garantias do acusado, se abriria esta possibilidade ao juiz quando a modificação correspondesse a outra infração penal de igual ou menor gravidade⁵⁰.

Por fim, importa mencionar, ainda que em breve linhas, já que não é o objetivo do presente tópico, algumas características que se entende relevantes no princípio inquisitivo.

O princípio inquisitivo, inspirado na ideologia da defesa social⁵¹, constitui o princípio que une os elementos de um sistema inquisitório, marcado pela excessiva concentração de poderes nas mãos do magistrado, a quem é confiada fundamentalmente a gestão das provas⁵². Neste sentido, os sistemas processuais orientados pelo princípio inquisitivo objetivam a concretização do direito penal material e o direito de punir do Estado tem prevalência sobre a tutela dos direitos fundamentais do acusado⁵³. Neste modelo a cumulação das funções de acusar, defender e julgar na figura do juiz inquisidor permite que ele reúna todo o conhecimento adquirido na investigação a partir das provas produzidas por sua iniciativa e que, em um momento posterior, e em procedimento sigiloso e escrito, elabore a decisão final, que corresponderá à pretensa e almejada verdade real⁵⁴.

1.3 Sistemas Processuais Penais. Considerações iniciais

A abordagem do sistema acusatório neste trabalho é feita a partir de seu exame enquanto método evolutivo do padrão inquisitório e não no sentido de sinônimo do sistema adversarial anglo saxão⁵⁵.

Uma corrente doutrinária sustenta que existem diversas características que distinguem o sistema acusatório do inquisitório. Para esta linha de pensamento impõe-se então a tarefa de identificar os elementos estruturais que compõem um modelo acusatório. Outra linha de intelecção, diversamente, assevera que há apenas uma característica que distingue os sistemas, pois todas as outras seriam criações não necessariamente exclusivas de um modelo. Assim, para esta corrente a

⁵⁰ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, Rio de Janeiro, p. 236.

⁵¹ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz*. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009, p. 144.

⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, p.163-168, 1998, p. 166.

⁵³ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. Op. cit., p. 174.

⁵⁴ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Op. cit., p. 147.

⁵⁵ GARCETE, Carlos Alberto. *Sistemas Jurídicos no Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-6.1. E-book. ISBN 978-65-5991-201-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/289226635/v1/page/RB-6.1%20>. Acesso em: 07 de maio de 2024.

separação entre as funções de acusar e julgar está presente no modelo acusatório e ausente no inquisitório⁵⁶.

Todavia, esta última posição, que sustenta a existência de apenas uma característica de distinção entre os modelos acusatório e inquisitório, carece de consistência, haja vista que não encontra guarida no âmbito histórico, pois a Ordenança Criminal Francesa de 1670 de Luis XIV, a despeito de prever que o processo se iniciaria por iniciativa de órgão distinto do que tinha a incumbência de julgar, constituiu um importante marco no período da Inquisição⁵⁷.

Por fim, cabe ressaltar que a distinção entre modelos acusatório e inquisitório tem sido utilizada em uma variedade de contextos e possui significados variados. A categorização de um sistema processual penal em um ou outro modelo representa uma opção mais ou menos arbitrária pelo agrupamento de um rol de características em combinações mutáveis, não raramente conflitantes entre si e a atribuição e vinculação destas características ao modelo acusatório ou inquisitório de processo penal. Apenas o núcleo central de oposição entre estes dois modelos possui um relativo consenso teórico. Será objeto de aprofundamento no capítulo 03 a identificação de elementos estruturantes de um modelo teórico acusatório ideal. Por ora, importa mencionar que sua distinção em relação ao sistema inquisitório consiste, basicamente, na adoção de uma postura relativamente passiva do juiz e na disputa entre acusação e defesa, que assumem o papel de protagonistas no sistema acusatório, em contraposição à estruturação do sistema inquisitório a partir de uma investigação iniciada por funcionários do estado, que praticam a maioria dos atos no processo⁵⁸.

1.3.1 Sistema Processual Penal Inquisitório.

O sistema processual inquisitório enfatiza o poder central, à semelhança do poder soberano em um regime absolutista, que concentra os poderes de administrar, legislar e julgar nas mãos de uma pessoa. O inquisidor, portanto, possui todos os poderes processuais. Neste modelo se atribui preponderância à ordem social em detrimento à pessoa humana, que no âmbito do processo penal é reduzida a mero objeto de investigação. O processo penal tem como objetivo a descoberta da

⁵⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-3.1. E-book. ISBN 978-65-5991-485-2. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103828460/v8/page/RB-3.1%20>. Acesso em: 02 de maio de 2024.

⁵⁷ Ibidem, p. RB-3.1.

⁵⁸ DAMAŠKA. Mirjan R. *The faces of justice and state authority: A comparative approach to the legal process*. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 03.

verdade e para a consecução deste fim se permite a utilização de todos os meios disponíveis, ainda que cruéis⁵⁹.

O modelo inquisitório porque tem como objetivo a realização do direito penal material, se satisfaz com sua concretização sem se preocupar com a forma de consecução⁶⁰. A tortura era admitida para alcançar a verdade real mediante a confissão do réu⁶¹ e tinha lugar em processos inquisitórios ainda que lastreados em elementos de estrutura acusatória, pois a prova escrita, característica inquisitiva, necessitava de uma confirmação oral⁶².

A verdade real constitui um importante elemento de justificação para a adoção deste modelo, pois a pretexto de se buscar a verdade absoluta se autorizava ao inquisidor lançar mão de diversos instrumentos para seu alcance, inclusive da tortura e da crueldade para se obter a confissão do acusado e a revelação da pretensa verdade absoluta⁶³.

No modelo inquisitório há a reunião das atribuições de investigar, acusar e julgar na mesma pessoa ou órgão. O magistrado é o protagonista do processo e dirige a instrução probatória em um procedimento sigiloso⁶⁴.

Este modelo é regido pelo princípio inquisitivo, que tem como características a ausência de separação entre as funções de acusar e julgar e a centralidade do juiz na gestão das provas⁶⁵. Nesse ponto, importa mencionar uma distinção terminológica feita por parte da doutrina, que assevera que o sistema é inquisitório, enquanto o princípio unificador deste sistema é inquisitivo⁶⁶.

A gestão das provas pelo juiz constitui uma importante característica deste sistema⁶⁷. Ao réu não se cogitava o direito de se defender, pois pelo só fato de ser acusado se entendia que não era o

⁵⁹ MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal, Tomo I – Fundamentos*, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 446-447.

⁶⁰ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, Rio de Janeiro, p. 104.

⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.14. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/RB-1.14%20>. Acesso em: 12 de maio de 2024.

⁶² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: o nascimento da prisão*. 27ª ed. Petrópolis, 1987, p. 58.

⁶³ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126.

⁶⁴ BERRI, Giulio. *Formulario delle misure cautelari personali e reali. Esplicato comma per comma ed annotato con la giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 05.

⁶⁵ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-3.2. E-book. ISBN 978-65-5991-485-2. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103828460/v8/page/RB-3.2%20>. Acesso em: 02 de maio de 2024.

⁶⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Parte I - Princípios. 1. Pensando um sistema acusatório para o Brasil a partir dos modelos dos EUA, da Argentina, do Chile e do México*. In DEZEM, Guilherme Madeira. BADARÓ, Gustavo Henrique. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Código de Processo Penal, vol. 1 (coord.)*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.14. E-book. ISBN 978-65-5991-642-9. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/276576450/v1/page/RB-1.14%20>. Acesso em: 12 de maio de 2024.

⁶⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. RB-1.14.

caso de se reconhecer a ele este direito e se inocente fosse, o diligente inquisidor cuidaria de esclarecer tal circunstância⁶⁸.

Como em um sistema inquisitório o procedimento é instituído para a consecução do poder de punir do Estado e a concretização do direito penal material, ao magistrado integrante deste modelo deve se atribuir poderes para a prática de atos compatíveis com o objetivo pretendido pelo sistema⁶⁹.

Assim, o juiz de ofício procura, reúne e examina os elementos de prova e, após a instrução probatória sigilosa e escrita, profere a sentença. Há a exclusão ou restrição das garantias do contraditório e do direito de defesa. O acusado é objeto do processo e a confissão é a rainha das provas⁷⁰.

Acerca deste modelo, Foucault menciona⁷¹:

Na França, como na maior parte dos países europeus — com a notável exceção da Inglaterra — todo o processo criminal, até à sentença, permanecia secreto: ou seja opaco não só para o público mas para o próprio acusado. O processo se desenrolava sem ele ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. “O mais diligente e o mais secretamente que se puder fazer”, dizia, a respeito da instrução, o edito de 1498.

Numa perspectiva histórica e política o sistema inquisitório é reintroduzido a partir da formação dos Estados Nacionais, no contexto de luta da Igreja Católica contra os “infieis” e os poderes feudais e tem como inspiração o Direito Romano Imperial⁷². Outro fator que impulsionou a substituição do sistema acusatório pelo inquisitório foi a necessidade de melhorar o combate a criminalidade, haja vista que atribuir exclusivamente às partes o poder de promover a persecução penal comprometia a eficácia do enfrentamento à delinquência⁷³.

O modelo inquisitório de processo se difundiu pelo continente europeu desde o século XIII e se estendeu até o século XVIII, só perdendo sua centralidade quando ruiu o sistema de organização

⁶⁸ MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I – Fundamentos, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 447.

⁶⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, Rio de Janeiro, p. 104.

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manuel de Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 27.

⁷¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: o nascimento da prisão*. 27ª ed. Petrópolis, 1987, p. 38.

⁷² MAIER, Julio B.J. Op. cit., p. 446.

⁷³ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121. Maier explica que a persecução penal de ofício era uma forma de consolidar a autoridade real, a organização política e a paz social sob uma nova ordem, que não podia admitir a violação das regras básicas de convivência sem que houvesse reação contra o ofensor. No original: “Se afirmó la persecución de oficio, manera de consolidar la autoridad real, la organización política y la paz social bajo el nuevo orden, que no podía permitir la lesión de las normas básicas de la convivencia ahora establecida, sin reaccionar, o supeditar la reacción al ofendido;” MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I – Fundamentos, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 296.

política absolutista a que dava suporte, podendo ser apontado como marco de sua derrocada a Revolução Francesa⁷⁴.

Neste sistema há a reunião na pessoa do monarca ou do príncipe da jurisdição penal, a quem se atribui todo o poder de decisão. Diante da impossibilidade de atuar em todo e qualquer caso, ele delega o poder aos funcionários estatais, que atuam em nome do delegante, que conforme sua conveniência pode reassumir as suas atribuições⁷⁵. Há, então, a reunião das atribuições de acusar e julgar na figura do inquisidor, o acusado não é tratado como sujeito de direitos e por consequência, não tem a possibilidade de se opor e se defender das imputações que lhe são dirigidas⁷⁶. O procedimento é escrito devido a necessidade de que o delegante possa revisar a decisão e reassumir o seu dever de julgar. Disso decorre a existência de pluralidade de graus de jurisdição. O sigilo, por sua vez, deriva da própria inexistência de contraditório e da ausência de qualquer debate⁷⁷. O procedimento é iniciado de ofício pelo juiz, que procedia a investigação unilateralmente e tinha a liberdade de produzir provas independentemente da iniciativa das partes⁷⁸. Neste sentido, Geraldo Prado assevera⁷⁹:

A maior parte da doutrina refere como características do Sistema Inquisitório a concentração das três funções do processo penal – de acusar, de defender e julgar – em um só sujeito, o que conduz, nas palavras de Alcala-Zamora e Levene, a um processo unilateral de um juiz com atividade multiforme, relegando ao acusador privado uma posição secundária e proporcionando o princípio do processo (*rectius*, da persecução penal) independentemente da manifestação de pessoa distinta da do juiz (*procedat iudex ex officio*); procedimento extremamente secreto e destituído do contraditório, quase sempre marcado pela prisão provisória e disparidade de poderes entre juiz-acusador e acusado; forma escrita e exclusão de juízes populares, historicamente preocupado com o descobrimento da verdade real, via de regra a partir da confissão do imputado, muito embora tenha havido intensa liberdade de o juiz pesquisar e introduzir outros meios de prova.

Não custa colocar em relevo a observação de Franco Cordero, sobre este período e acerca do emprego da tortura. Nota o jurista italiano que provido de instrumentos virtualmente irresistíveis, o inquisidor tortura os pacientes como quer: dentro do seu marco pessimista o animal humano nasce culpado.

⁷⁴ MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I – Fundamentos, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 449.

⁷⁵ Ibidem, p. 447.

⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.14. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/RB-1.14%20>. Acesso em: 12 de maio de 2024. GARCETE, Carlos Alberto. *Sistemas Jurídicos no Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-6.2. E-book. ISBN 978-65-5991-201-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/289226635/v1/page/RB-6.2%20>. Acesso em: 02 de maio de 2024. MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I – Fundamentos, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 447.

⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. RB-1.14. MAIER, Julio B.J. Op. cit., p. 448-449.

⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. RB-1.14. MAIER, Julio B.J. Op. cit., p. p. 447.

⁷⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2005, p. 149.

Há quem mencione ainda como característica deste modelo a adoção do sistema de prova legal, em que é prevista em lei uma série de condicionantes para que se possa ter um determinado fato como comprovado⁸⁰.

Em uma perspectiva teórica, assim como ocorre no sistema acusatório, não há um acordo no âmbito doutrinário de quais elementos são estruturantes de um modelo inquisitório. Todavia, é possível verificar um relativo consenso a respeito de determinadas características consideradas básicas deste sistema. Dentre elas é possível mencionar a iniciativa probatória do juiz, o caráter escrito e secreto do procedimento e a disparidade de poderes entre acusação e defesa, com limitação ou exclusão do contraditório⁸¹.

O século XX representa um importante marco em direção a superação do modelo inquisitório. Não obstante a ausência de reformas importantes na matéria, diversos princípios que impulsionaram a reforma do sistema inquisitório foram consolidados histórica, jurídica e culturalmente no século XX, sobretudo em virtude da celebração de diversos instrumentos no âmbito internacional como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁸².

O sistema processual penal inquisitório é um sistema que, por suas características, se revela incompatível com um Estado de Direito Democrático⁸³ e atualmente subsiste apenas em países governados por regimes autoritários⁸⁴.

Há quem afirme, inclusive, que o processo inquisitório sequer se trata verdadeiramente de processo, pois este tem como pressupostos a existência de um terceiro independente e imparcial responsável pela decisão final, a igualdade das partes e o respeito ao princípio do contraditório, características ausentes nos modelos inquisitórios⁸⁵.

⁸⁰ MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I – Fundamentos, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 448.

⁸¹ GARCETE, Carlos Alberto. *Sistemas Jurídicos no Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-6.2. E-book. ISBN 978-65-5991-201-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/289226635/v1/page/RB-6.2%20>. Acesso em: 02 de maio de 2024. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 452.

⁸² MAIER, Julio B.J. Op. cit., p. 454-455.

⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.14. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/RB-1.14%20>. Acesso em: 12 de maio.

⁸⁴ GARCETE, Carlos Alberto. Op. cit., p. RB-6.2.

⁸⁵ AROCA, Juan Montero. *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. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>. Acesso em: 12 de junho de 2024.

1.3.2 Sistema Processual Penal Acusatório

Sob a perspectiva histórica, foi o modelo preponderante no mundo antigo e se materializou na ação penal privada ou popular a ser submetida a um tribunal, que tinha a incumbência de solucionar a questão⁸⁶.

Há quem vislumbre um paralelo entre a adoção do modelo acusatório e a forma republicana de governo, estando esta correspondência presente em épocas de apogeu das repúblicas na antiguidade clássica, em Grécia e Roma, bem assim no período moderno, com destaque para a França do fim do século XVIII e início do século XIX⁸⁷.

Atualmente, se afirma que o Estado de Direito só está presente em ordenamentos jurídicos que adotem o modelo acusatório de processo penal⁸⁸.

Do ponto de vista histórico, os elementos presentes em um modelo acusatório podem variar, inclusive em razão das transformações existentes no corpo social⁸⁹. Todavia é possível apontar algumas características comuns que estiveram presentes historicamente no modelo processual acusatório como a igualdade entre acusação e defesa⁹⁰, a nítida separação entre as funções de acusar e julgar⁹¹, o procedimento público e oral com observância do contraditório⁹², a iniciativa privada ou popular da ação penal⁹³, a ausência de iniciativa probatória do juiz⁹⁴, a existência de tribunais populares, em alguns casos verdadeiras assembleias do povo ou colégios judiciais formados por um grande número de cidadãos e em outros casos tribunais formados por jurados⁹⁵ e a valoração probatória pelo sistema da íntima convicção⁹⁶.

Ao discorrer sobre o lineamento histórico do sistema acusatório, Ferrajoli assevera⁹⁷:

E precisamente desta natureza privada ou polar - e, seja como for, voluntária - da ação penal que derivam, no processo romano ordinário, as características clássicas do sistema acusatório: a discricionariedade da ação, o ônus acusatório da prova, a natureza do processo como controvérsia baseada na igualdade das partes, a atribuição a estas de toda atividade

⁸⁶ MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I – Fundamentos, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 443-444.

⁸⁷ Ibidem, p. 444.

⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.7. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/RB-1.7%20>. Acesso em: 12 de maio de 2024.

⁸⁹ Ibidem p. RB-1.14.

⁹⁰ Ibidem, p. RB-1.14. MAIER, Julio B.J. Op. cit., p. 443-444.

⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. RB-1.14. MAIER, Julio B.J. Op. cit., p. 444.

⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. RB-1.14. MAIER, Julio B.J. Op. cit., p. 444.

⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. RB-1.14. MAIER, Julio B.J. Op. cit., p. 445.

⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. RB-1.14.

⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. RB-1.14. MAIER, Julio B.J. Op. cit., p. 445.

⁹⁶ MAIER, Julio B.J. Op. cit., p. 445.

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 453.

probatória e até mesmo da disponibilidade das provas, as conexas publicidade e oralidade do debate, o papel de árbitro ou espectador reservado ao juiz, tanto mais quanto maior for sua origem popular.

Neste modelo, o acusado não é mais visto como objeto do processo e é tratado como sujeito de direito⁹⁸.

Importa mencionar, no entanto, que o sistema acusatório não necessariamente foi ou deve ser predominantemente público e oral. Do mesmo modo, não é uma exigência do sistema que o acusado seja julgado pelo povo ou por um número significativo da população. Além disso, o dever de fundamentação também não constitui fator determinante de um modelo que se propõe acusatório, como se observa nos sistemas em que presentes o júri popular⁹⁹. Ainda, um modelo histórico acusatório não perde este caráter em virtude de se atribuir certos poderes inquisitórios ao juiz¹⁰⁰.

Um importante critério que serve de orientação para a compreensão de um determinado sistema diz respeito a gestão das provas. Assim, se a atribuição para a busca, colheita, produção e introdução da prova é predominantemente desempenhada pelo magistrado, estamos diante de um sistema com características prevalentemente inquisitórias. Por outro lado, se a centralidade na gestão das provas fica a cargo das partes, o sistema é acusatório¹⁰¹.

Do ponto de vista histórico a atividade probatória nos modelos processuais acusatórios ficava a cargo das partes e o juiz deveria permanecer inerte. Todavia, atualmente tem sido observada a tendência de se atribuir ao juiz, em certa medida, a iniciativa probatória, sem prejuízo da atividade probatória da própria parte. Argumenta-se que não há um direito subjetivo da parte de que o convencimento do magistrado seja formado a partir da atividade probatória exclusivamente desenvolvida por ela e não pelo juiz¹⁰². Essa linha de intelecção sustenta que a iniciativa probatória do juiz não tem o condão de vulnerar a imparcialidade do julgador¹⁰³.

Além disso, se alega que o processo não deve ser compreendido como um jogo ou uma disputa, mas sim como instrumento para a concretização da justiça e para a pacificação social, que

⁹⁸ PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 457.

⁹⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, Rio de Janeiro, p. 175.

¹⁰⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 44.

¹⁰¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Parte I - Princípios. 1. Pensando um sistema acusatório para o Brasil a partir dos modelos dos EUA, da Argentina, do Chile e do México*. In DEZEM, Guilherme Madeira. BADARÓ, Gustavo Henrique. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Código de Processo Penal, vol. 1 (coord.)*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.14. E-book. ISBN 978-65-5991-642-9. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/276576450/v1/page/RB-1.14%20>. Acesso em: 12 de maio de 2024.

¹⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.16. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/RB-1.16%20>. Acesso em: 12 de maio de 2024.

¹⁰³ Ibidem, p. RB-1.16.

ficam em sério risco se ao magistrado se impõe uma postura inerte e conformista, a espera da produção da prova pelas partes¹⁰⁴.

A extensão dos poderes instrutórios do magistrado no curso do processo, todavia, não é objeto de consenso e será objeto de maiores considerações no capítulo 03. Por ora, releva apenas mencionar que há entendimentos que variam desde a rejeição de qualquer iniciativa probatória do juiz¹⁰⁵ até a defesa da iniciativa oficial autônoma de produção da prova, ainda que não requerida pelas partes do processo¹⁰⁶.

De outra parte, a instauração do processo de ofício ou por provocação do órgão de acusação, apesar de ser uma importante distinção, não se caracteriza como a mais importante quando se busca diferenciar os sistemas acusatório e inquisitório. Na França, em 1670, a Ordenança Criminal de Luís XIV, previa o Ministério Público, a quem cabia propor a ação, no entanto, o sistema era de natureza inequivocamente inquisitória¹⁰⁷.

Sobre a Ordenança Criminal de 1670, Foucault explicita¹⁰⁸:

De acordo com a ordenação de 1670, que resumia, e em alguns pontos reforçava, a severidade da época precedente, era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa. Por seu lado, o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder ao acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa, de usar insinuações. Ele constituía, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado; e essa verdade, os juízes a recebiam pronta, sob a forma de peças e de relatórios escritos; para eles, esses documentos sozinhos comprovavam; só encontravam o acusado uma vez para interrogá-lo antes de dar a sentença.

Portanto, a separação das funções de acusar e julgar, apesar de importante característica do sistema acusatório, não constitui critério suficiente para a sua distinção do modelo inquisitório,

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 14, n. 15, p. 15-26, jan./jun. 1999, p. 29. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista15.asp>. Acesso em: 05 de junho de 2024.

¹⁰⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 426. E-book. ISBN 9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/>. Acesso em: 06 de junho de 2024.

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 19.

¹⁰⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Parte I - Princípios. 1. Pensando um sistema acusatório para o Brasil a partir dos modelos dos EUA, da Argentina, do Chile e do México*. In DEZEM, Guilherme Madeira. BADARÓ, Gustavo Henrique. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Código de Processo Penal, vol. 1 (coord.)*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.14. E-book. ISBN 978-65-5991-642-9. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/276576450/v1/page/RB-1.14%20>. Acesso em: 12 de maio de 2024.

¹⁰⁸ FOULCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: o nascimento da prisão*. 27ª ed. Petrópolis, 1987, p. 38.

sendo necessário que esta separação inicial permaneça ao longo do processo para que a gestão das provas fique na mão das partes e se assegure a imparcialidade do juiz¹⁰⁹.

Como esclarece Binder¹¹⁰, há sistemas que mantêm a estrutura do modelo acusatório, mas abandonaram os princípios do sistema acusatório puro, material, em que a vítima tinha um papel central. Estes sistemas são apenas formalmente acusatórios, pois preservam a forma do sistema acusatório, no entanto, a acusação deixa de ser, como regra, atribuição da vítima e passa a ser tarefa de um órgão estatal.

A partir de uma perspectiva de formulação de modelos ideais, o exame da literatura revela que não há consenso doutrinário sobre quais elementos são típicos de um modelo processual teórico acusatório¹¹¹, havendo uma diversidade de entendimentos. Todavia, é possível identificar pontos de convergência, que serão examinados com maior profundidade no capítulo 03.

Constitui característica importante deste modelo a divisão entre os poderes exercidos no processo entre acusação, que tem atribuição para formular pretensões, a defesa que pode resistir às imputações exercendo o direito de se defender e o tribunal, que tem a incumbência de decidir¹¹². O atributo em apreço constitui pressuposto lógico e estruturante de todos os demais elementos¹¹³.

Todavia, como pondera a doutrina, a separação das aludidas funções e a sua atribuição a órgãos diversos não se traduz na exigência de um juiz inerte e passivo, espectador da atividade probatória das partes¹¹⁴.

A inércia do órgão julgador constituiu o foco das maiores críticas ao sistema processual penal acusatório, haja vista que, a opção por este modelo impunha ao magistrado uma postura passiva e submetia o órgão julgador a decidir com base em um conjunto probatório eventualmente defeituoso e incompleto produzido pelas partes¹¹⁵.

Releva mencionar, ademais, que a discussão a respeito da amplitude dos poderes instrutórios do juiz em um modelo processual penal acusatório não pode e não deve ser confundida com a

¹⁰⁹ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129.

¹¹⁰ BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. atual. ampl. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1999, p. 322/323.

¹¹¹ Badaró menciona, a presunção da inocência é um elemento estruturante do sistema acusatório. Page: RB-1.7. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.7. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/RB-1.7%20>. Acesso em: 12 de maio de 2024.

¹¹² MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I – Fundamentos, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 444. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 41.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 454.

¹¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 14, n. 15, p. 15-26, jan./jun. 1999, p. 21. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista15.asp>. Acesso em: 05 de junho de 2024.

¹¹⁵ LOPES JR. Aury. Op. cit., p. 119.

controvérsia a respeito da atribuição de poderes ao magistrado para buscar, no curso da fase investigativa, elementos de informação para subsidiar eventual acusação contra o investigado. A atividade probatória do juiz na fase pré-processual constitui um elemento característico de sistemas inquisitórios, em que presente a figura do juiz-inquisidor¹¹⁶. Em um processo penal marcado pela acusatoriedade, a atuação do magistrado na fase de investigação tem finalidade diversa, qual seja, a tutela das liberdades públicas¹¹⁷.

Disso decorre que os elementos de informação colhidos na fase de investigação prévia se destinam exclusivamente à formação do convencimento do órgão com atribuição de acusar (*opinio delicti*), não podendo serem valorados como prova no curso do processo penal¹¹⁸.

Por fim, destaca-se que, não obstante a sua origem inquisitiva, a ação penal pública para os delitos mais graves e a busca pela reconstrução da verdade histórica como uma das finalidades do processo penal, são características que perduram até os dias atuais e a despeito de representarem um legado da Inquisição tem sido sustentado que constituem progressos absorvidos pelos modelos acusatórios¹¹⁹.

1.3.3 Sistema Processual Penal Misto

É também conhecido como sistema inquisitório reformado ou napoleônico¹²⁰ e surge com o Código de Instrução Francês de 1808¹²¹, o qual, no entanto, não extinguiu por completo os traços inquisitórios do modelo anterior, pois apesar de ter realizado a separação das funções, ter adotado a

¹¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 14, n. 15, p. 15-26, jan./jun. 1999, p. 21. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista15.asp>. Acesso em: 05 de junho de 2024.

¹¹⁷ PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 39.

¹¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 23. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista15.asp>. Acesso em: 05 de junho de 2024. Sobre a atuação do magistrado na fase pré-processual, Pacelli pondera que o juiz não deve exercer juízo de valor a respeito dos elementos de informação produzidos “O juiz, nessa fase, deve permanecer absolutamente alheio à qualidade da prova em curso, somente intervindo para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias individuais das partes, ou para, mediante provocação, resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando, então, exercerá atos de natureza jurisdicional”. PACELLI, Eugênio de Oliveira. Op. cit., p. 90.

¹¹⁹ MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal, Tomo I – Fundamentos*, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 449-450.

¹²⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-3.4. E-book. ISBN 978-65-5991-485-2. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103828460/v8/page/RB-3.4%20>. Acesso em: 02 de maio de 2024.

¹²¹ ILLUMINATI, Giulio. *The accusatorial process from the Italian point of view*. North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation. Chapel Hill, North Carolina, v. 35, n. 02, p. 304. Winter 2010. Disponível em: <http://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol35/iss2>. Acesso em 25 de maio de 2024.

oralidade e atribuído a defesa a um sujeito próprio, manteve a iniciativa judicial na gestão das provas, bem como a instrução secreta¹²².

Há entendimento doutrinário que sustenta que este modelo não constitui um novo sistema de processo penal, mas a reforma do anterior sistema inquisitório¹²³, pois não possui elementos básicos fundamentais¹²⁴ ou um princípio unificador¹²⁵.

Outra linha de intelecção assevera que os sistemas são essencialmente acusatório ou inquisitório, de acordo com os elementos básicos presentes e a adjetivação “mista” decorre da presença de elementos secundários em um sistema importados do outro¹²⁶.

Há ainda quem sustente que todos os sistemas são mistos e que não mais existem sistemas puros e que se deve identificar o seu princípio informador para classificá-lo como inquisitório ou acusatório¹²⁷.

O emprego da nomenclatura pode ainda ser utilizado para representar os sistemas que não se enquadrariam na dicotomia inquisitório e acusatório ou para designar o modelo que é dividido em duas fases, uma inicial, preliminar, de característica marcadamente inquisitorial e uma subsequente, com elementos preponderantemente acusatórios¹²⁸. É neste último sentido que a nomenclatura será adotada neste tópico.

A Revolução Francesa e o triunfo do iluminismo conduziram inicialmente a defesa do retorno ao modelo acusatório com acusação popular, de inspiração grega e romana, todavia, não foi este o modelo que preponderou neste período histórico e político. A junção de certas características inquisitivas, como a persecução penal pública e o uso do processo penal como instrumento para

¹²² GIACOMMOLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas. Provas. Rituais Processuais. Júri. Sentenças*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 05.

¹²³ MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I – Fundamentos, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 449.

¹²⁴ GARCETE, Carlos Alberto. *Sistemas Jurídicos no Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-6.4. E-book. ISBN 978-65-5991-201-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/289226635/v1/page/RB-6.4%20>. Acesso em: 02 de maio de 2024.

¹²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Parte I - Princípios. 1. Pensando um sistema acusatório para o Brasil a partir dos modelos dos EUA, da Argentina, do Chile e do México*. In DEZEM, Guilherme Madeira. BADARÓ, Gustavo Henrique. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Código de Processo Penal, vol. 1 (coord.)*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.14. E-book. ISBN 978-65-5991-642-9. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/276576450/v1/page/RB-1.14%20>. Acesso em: 12 de maio de 2024.

¹²⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba*, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998, p. 167. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892>. Acesso em: 01 de junho de 2024.

¹²⁷ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

¹²⁸ GARCETE, Carlos Alberto. Op. cit., p. RB-6.4.

reconstrução da verdade histórica, com o retorno de outros elementos de natureza acusatória deram origem ao novo sistema¹²⁹, que tem como base o *Code d'instruction criminelle* Francês de 1808¹³⁰.

No sistema inquisitório, se tolerava a utilização de todo e qualquer meio disponível para se buscar a reconstrução da verdade histórica, objetivo do processo penal. Todavia, com a emergência do sistema misto, uma nova quadra axiológica, fruto do pensamento iluminista, impõe a relativização de valores antes tidos como absolutos e assim, atributos inerentes e fundamentais a pessoa humana condicionam e limitam os meios que podem ser utilizados no processo penal. Nessa linha, passa a ser reconhecido ao acusado um conjunto de direitos e garantias que asseguram o efetivo direito de defesa, a vedação da coação e da tortura, o princípio da presunção da inocência e a garantia de respeito ao juiz natural, mediante julgamento por um tribunal previamente competente com observância dos critérios estabelecidos em lei¹³¹.

Neste modelo, há forte participação popular na composição dos tribunais e em alguns países é prevista ainda a figura do juiz de instrução, que tem a seu cargo a condução da fase de investigação preliminar¹³².

Na perspectiva histórica, no sistema misto, a persecução penal se inicia pela investigação preliminar, a cargo do Ministério Público ou do juiz de instrução, conforme previsão do ordenamento jurídico do respectivo País e tem por objetivo reunir elementos suficientes para a propositura da ação penal ou na sua insuficiência, para o arquivamento do caso. Nesta fase inicial prepondera a forma escrita e há uma limitação dos direitos de defesa. Apesar de na sua origem ter prevalecido o sigilo, a tendência desde o fim do século XIX é de se admitir o acesso do acusado e de seu defensor aos elementos de informação reunidos¹³³. Na fase inicial o procedimento é sigiloso, escrito e sem contraditório¹³⁴.

A persecução penal está a cargo do Ministério Público, cuja natureza varia conforme a previsão do ordenamento jurídico de determinado país, sendo considerado em alguns casos um órgão administrativo *sui generis* ou judicial ou ainda um órgão com posição institucional similar a dos magistrados¹³⁵.

¹²⁹ MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal, Tomo I – Fundamentos*, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 450.

¹³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.14. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/RB-1.14%20>. Acesso em: 12 de maio. MAIER, Julio B.J. Op. cit., p. 447.

¹³¹ MAIER, Julio B.J. Op. cit., p. 450.

¹³² Ibidem, p. 451.

¹³³ Ibidem, p. 452.

¹³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 28.

¹³⁵ MAIER, Julio B.J. Op. cit., p. 451.

A segunda fase, também chamada de principal, tem início após um juízo positivo de admissibilidade da acusação. Nesta etapa estão presentes a oralidade e a publicidade do procedimento, a observância do contraditório e da ampla defesa, com a efetiva igualdade entre acusação e defesa. Apenas os elementos de prova reunidos nesta segunda fase e que devem guardar estrita correlação com a acusação é que podem subsidiar um decreto condenatório. E, a despeito de na origem ter preponderado o sistema da íntima convicção de valoração das provas, atualmente este modelo tem cedido espaço ao sistema da livre convicção¹³⁶.

Sobre o modelo histórico misto, Ferrajoli leciona¹³⁷:

Já o Código termodoriano de 1795 e depois o Código napoleônico de 1808 deram vida àquele "monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório", que foi o assim denominado "processo misto", com prevalência inquisitória na primeira fase, escrita, secreta, dominada pela acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando este era privado da liberdade; tendentemente acusatório na fase seguinte dos debates, caracterizada pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

A jurisdição é organizada em instâncias e são previstas Cortes de Apelação para apreciar os recursos das sentenças proferidas em primeira instância¹³⁸.

A ação penal, via de regra, é de natureza pública e de atribuição do Ministério Público, todavia, para determinados delitos a persecução penal apenas é admitida por iniciativa do ofendido¹³⁹.

O acusado passa a ser sujeito de direitos e seu status jurídico no curso do processo é de uma pessoa inocente, disso resultando diversas consequências, como o ônus probatório da acusação, a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* e a excepcionalidade da constrição cautelar durante o processo. Além disso, é titular de uma ampla gama de direitos, os quais podem ser limitados na fase de investigação preliminar na medida necessária para não prejudicar a apuração efetiva dos fatos¹⁴⁰.

Nos ordenamentos jurídicos que adotam o sistema misto se observa a presença em maior ou menor grau de elementos acusatórios e inquisitórios¹⁴¹.

Do ponto de visto teórico, não há um consenso a respeito de quais seriam as características estruturantes, fundamentais deste sistema. Nesse sentido, Andrade assevera¹⁴²:

¹³⁶ MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal, Tomo I – Fundamentos*, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 453.

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 454.

¹³⁸ MAIER, Julio B.J. Op. cit., p. 451.

¹³⁹ Ibidem, p. 451.

¹⁴⁰ Ibidem p. 452.

¹⁴¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 41.

¹⁴² ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 422.

O fato de ser híbrido e marcadamente multiforme leva os seguidores dessa corrente a não apresentarem uma descrição concreta do sistema misto. Como justificativa, afirmam que essa característica conduziria a uma variação de seus elementos quase ao infinito, dificultando a possibilidade de se encontrarem dois sistemas idênticos ou uniformes. Como já disse Valiante, non esiste una struttura mista única.

1.4.4 Sistema Processual Penal Adversarial

Inicialmente é preciso esclarecer que o sistema adversarial presente nos países de origem anglo-saxônica não se confunde com o moderno sistema acusatório mencionado no item 1.4.2 deste capítulo.

Para evitar eventual confusão terminológica, é preciso pontuar que a dicotomia acusatório/inquisitório tem como uma de suas principais diferenças a divisão entre órgãos distintos das funções de acusar, defender e julgar no modelo acusatório e a reunião das mencionadas funções em um mesmo órgão ou pessoa no sistema inquisitório¹⁴³.

Por outro lado, o sistema adversarial (*adversary system*) é um modelo que se caracteriza pela preponderância da atuação das partes na produção das provas e na determinação da marcha processual e se contrapõe ao modelo inquisitório (*inquisitorial system*) no qual a centralidade das atividades antes mencionadas se desloca das partes para o juiz. O termo inquisitório aqui utilizado para distingui-lo do sistema adversarial não se confunde, portanto, com o conceito utilizado para distinguir um sistema acusatório de outro de natureza inquisitória¹⁴⁴.

Neste sentido, Grinover esclarece¹⁴⁵:

O termo processo inquisitório, em oposição ao acusatório, não corresponde ao inquisitorial (em inglês), o qual se contrapõe ao adversarial. Um sistema acusatório pode adotar o "adversarial system" ou o "inquisitorial system", expressão que se poderia traduzir por "processo de desenvolvimento oficial". Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial.

Feito este breve esclarecimento, cabe destacar que, as evidências históricas não suportam a afirmação de que o modelo adversarial surgiu a partir dos julgamentos por combates, nos quais os litigantes se enfrentavam em luta corporal até que um dos combatentes se rendesse, fosse

¹⁴³ DEU, Teresa Armenta. *Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 121-139, 2015, p. 123. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.7>. Acesso em: 12 de junho de 2024. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 14, n. 15, p. 15-26, jan./jun. 1999, p. 16. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista15.asp>. Acesso em: 05 de junho de 2024.

¹⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 16.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 16/17.

decisivamente derrotado ou morto em alguns casos extremos¹⁴⁶. Outrossim, nenhum outro método de julgamento medieval, como a compurgação ou a ordália, pode ser apontado como origem do sistema de partes¹⁴⁷.

Em meados do século XIII, todos os métodos de julgamento medievais ou tinham sido banidos ou estavam sujeitos a sérias críticas. O declínio destes métodos conduziu ao surgimento de inúmeras práticas judiciais novas, desenvolvidas, sobretudo entre os séculos XIII e XVII, e constituíram a base para a formação do sistema adversarial nos séculos XVIII e XIX¹⁴⁸ na Inglaterra e nos Estados Unidos e desde a sua origem a instituição do júri foi conformada aos ideais de neutralidade e passividade¹⁴⁹. O sistema adversarial para resolução de disputas, enquanto um modelo pronto e acabado, não surgiu em um momento específico da história e é produto do lento e contínuo desenvolvimento dos sistemas processuais inglês e americano¹⁵⁰.

O protagonismo dos advogados nos julgamentos é um fenômeno que se desenvolve a partir do século XIX, pois até então eles desempenhavam uma função periférica¹⁵¹. Os julgamentos realizados durante o século XVIII eram breves e aos acusados de crimes graves não era permitida a assistência de advogados. Até o primeiro terço do século XVIII raramente advogados compareciam para promover a acusação ou para realizar a defesa. A vítima, o acusado e as testemunhas eram inquiridas diretamente e pelo sistema de exame cruzado pelo juiz e umas pelas outras¹⁵². O réu devia falar em sua própria defesa e caso não se defendesse ou não pudesse se defender ninguém mais poderia fazê-lo por ele¹⁵³. Se argumentava que qualquer pessoa com um entendimento razoável poderia falar sobre as circunstâncias de fato da mesma forma que o melhor dos advogados, e que não se exigiria nenhuma habilidade para se fazer uma simples e honesta defesa. Por outro lado, a eventual descoberta da verdade através da observação dos gestos, do semblante e da fala seria dificultada se fosse admitida a defesa por um terceiro¹⁵⁴.

Um importante fator que impulsionou a implementação do sistema adversarial na Inglaterra foi o débil e fraco procedimento de pré-julgamento, haja vista que não havia uma investigação completa e documentada para apuração do fato criminoso dirigida por um órgão oficial do estado, com o consequente desconhecimento pelos juízes dos casos que iriam julgar, prejudicando, então, a

¹⁴⁶ LANDSMAN, Stephan. *A brief survey of the development of the adversary system*. Ohio State Law Journal, Columbus, v. 44, n. 1, p. 713-739, 1983, p. 717.

¹⁴⁷ LANDSMAN, Stephan. *Ibidem*, p. 719.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 720. LANGBEIN, John H. *Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources*. University of Chicago Law Review: Vol. 50: Iss. 1, Article 2., 1983, p. 123.

¹⁴⁹ LANDSMAN, Stephan. *Op. cit.*, p. 730.

¹⁵⁰ LANDSMAN, Stephan. *Op. cit.*, p. 714. LANGBEIN, John H. *Op. cit.*, p. 132.

¹⁵¹ LANGBEIN, John H. *Op. cit.*, p. 03.

¹⁵² LANGBEIN, John H. *Op. cit.*, p. 124.

¹⁵³ BEATTIE, J.M. *Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*. Law and History Review, v.9, n. 2, 1991, p. 222-223.

¹⁵⁴ LANGBEIN, John H. *Op. cit.*, p. 123.

fase de julgamento. Para se corrigir esta deficiência, os tribunais passam a adaptar o procedimento para admitir a participação de advogados de defesa, além de desenvolverem regras de evidência, de corroboração e de confissão¹⁵⁵. No século XVIII, então, o sistema processual inglês observa a passagem para um modelo de natureza adversarial a partir da absorção de características existentes no âmbito dos julgamentos civis, com a participação maciça de advogados no procedimento¹⁵⁶.

O modelo adversarial constitui característica marcante e é um dos pilares que sustentam a doutrina e práticas do sistema jurídico da *common law*¹⁵⁷. Os defensores do sistema sustentam que o processo adversarial não imuniza o julgador contra o risco do viés de confirmação e o subjetivismo, mas possibilita o distanciamento do magistrado de atividades que aumentam a probabilidade de estes fatores deletérios se fazerem presentes, como a centralidade probatória¹⁵⁸.

Ao definir o sistema adversarial, Damaska explicita¹⁵⁹:

Por adversarial entendo um sistema de julgamento em que a atuação processual é controlada pelas partes e o julgador permanece essencialmente passivo. No domínio da apuração dos fatos, isto implica que os litigantes e os seus advogados decidem quais os fatos que devem ser objeto de prova. Disso decorre ainda que os litigantes e os seus advogados têm a atribuição de buscar material probatório, prepará-lo para uso em julgamento e apresentá-lo no tribunal.

Assim, no sistema adversarial decisões relevantes nas fases de pré-julgamento e julgamento ficam a cargo dos advogados das partes, que escolhem as testemunhas, planejam as questões a serem abordadas, empreendem esforços para obtenção de provas e determinam a ordem de apresentação das evidências¹⁶⁰.

Landsman¹⁶¹ adverte que o sistema adversarial não deve ser visto como uma técnica única ou um conjunto de técnicas. Ele é constituído de uma série de procedimentos interligados, que compõem o processo como um todo, onde são apresentadas as provas pelas partes em disputa, que submetem a decisão a um terceiro neutro e passivo.

¹⁵⁵ LANGBEIN, John H. *Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources*. University of Chicago Law Review: Vol. 50: Iss. 1, Article 2., 1983, p. 132-133.

¹⁵⁶ LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford: Oxford University Press: 2005, p. 07.

¹⁵⁷ DAMASKA. Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Heaven and London: Yale University Press, 1997, p. 74.

¹⁵⁸ ZUCKERMAN. Adrian A. S. *Truth finding and the mirage of inquisitorial process*. In Jordi Ferrer Beltrán & Carmen Vázquez (eds.), *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*. New York, NY: Cambridge University Press, 2020, p. 07.

¹⁵⁹ Tradução livre do original nos seguintes termos: “By adversary I mean a system of adjudication in which procedural action is controlled by the parties and the adjudicator remains essentially passive.¹ In the fact-finding domain, this implies that the litigants and their counsel decide what facts shall be subject to proof. It further implies that litigants and their counsel are entrusted with seeking evidentiary material, preparing it for use at trial, and presenting it in court”. DAMASKA. Mirjan R. Op. cit., p. 74.

¹⁶⁰ ASIMOV, Michael. *Popular Culture and the Adversarial System*. Loyola of Los Angeles Law Review, v. 40, issue 2, p. 651-686, Winter, 2007, p. 651.

¹⁶¹ LANDSMAN, Stephan. A brief survey of the development of the adversary system. Ohio State Law Journal, Columbus, v. 44, n. 1, p. 713-739, 1983, p. 714.

Neste modelo, o órgão de acusação tem discricionariedade para decidir se submete o caso a julgamento ou se opta pela sua retirada. O julgamento é concebido com a finalidade de solucionar um conflito¹⁶². No sistema adversarial anglo-americano está presente o protagonismo das partes na gestão do processo¹⁶³ e a atitude passiva do magistrado é fundamental para o desempenho de seu papel de árbitro em uma disputa entre as partes¹⁶⁴.

Constituem, então, características importantes deste sistema a atribuição da decisão a um terceiro neutro e passivo, o protagonismo das partes e a sua responsabilidade em produzir todas as evidências necessárias para a decisão. Além disso, se emprega um procedimento altamente estruturado, com regras de procedimento, regras probatórias e regras de comportamento¹⁶⁵.

No que toca a gestão da prova, não se cogita no modelo adversarial o compartilhamento do ônus probatório de uma das partes com o tribunal, pois se o magistrado desempenha um papel ativo e substancial na colheita da prova sua atuação seria vista como auxílio a uma das partes em litígio, ou seja, implicaria numa demonstração de inclinação a um dos lados em conflito em prejuízo a neutralidade¹⁶⁶. Tanto a acusação como a defesa realizam, de forma independente, suas investigações e devem apresentar os dados, métodos empregados e resultado no momento oportuno¹⁶⁷. O pressuposto central do sistema é que do embate entre as provas apresentadas pelos adversários emergem as informações necessárias para que o magistrado, passivo e neutro, possa solucionar a disputa de forma justa¹⁶⁸.

Uma das críticas recorrentes a este sistema se relaciona com a postura neutra e inerte do magistrado, que atua como espectador de uma disputa judicial entre as partes em conflito. Sustenta-se que a correta e adequada aplicação das normas de direito material fica condicionada ao desempenho das partes na atividade probatória e nas hipóteses de deficiência, que em muitos casos decorre do desequilíbrio material entre as partes, o magistrado se submete a aplicação das normas de direito substancial sem o esclarecimento dos fatos em apreciação. Assim, o comportamento

¹⁶² ILLUMINATI, Giulio. *The accusatorial process from the Italian point of view*. North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation. Chapel Hill, North Carolina, v. 35, n. 02, p. 297-318. Winter 2010, p. 316. Disponível em: <http://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol35/iss2>. Acesso em 06 de junho de 2024.

¹⁶³ ZILLI, MARCOS. *Rumo à estação acusatória do processo penal: leituras a partir da Lei 13.964/19*. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 222, Janeiro-Março/2021.

¹⁶⁴ ILLUMINATI, Giulio. Op. cit., p. 316.

¹⁶⁵ LANDSMAN, Stephan. A brief survey of the development of the adversary system. Ohio State Law Journal, Columbus, v. 44, n. 1, p. 713-739, 1983, p. 714.

¹⁶⁶ DAMASKA. Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Heaven and London: Yale University Press, 1997, p. 82.

¹⁶⁷ DEU, Teresa Armenta. *Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 121-139, 2015, p. 129. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.7>. Acesso em: 12 de junho de 2024.

¹⁶⁸ ASIMOV, Michael. *Popular Culture and the Adversarial System*. Loyola of Los Angeles Law Review, v. 40, issue 2, p. 651-686, Winter, 2007, p. 651.

passivo do juiz prejudicaria a manutenção da integridade do ordenamento jurídico e a pacificação social¹⁶⁹.

Outra crítica ao moderno sistema adversarial decorre das regras para apresentação de evidências, que tanto na forma como no conteúdo fomentam uma postura adversarial e são utilizadas pelos advogados com o propósito de testar as provas do adversário, objetivo este que nem sempre se coaduna com a busca pela verdade¹⁷⁰. Assim, apesar de a verdade não ser irrelevante, as partes utilizam o processo para apresentar suas posições com o objetivo de vencer e não oferecer de forma imparcial todos os fatos e argumentos que permitam que um julgador independente determine a verdade¹⁷¹.

Nesse sentido, Langbein pontua que o sistema processual adversarial enfrenta um desafio teórico que nunca foi satisfatoriamente resolvido na tradição anglo-saxônica, haja vista a tendência de o procedimento prejudicar o alcance da verdade, pois a correção do julgamento depende do adequado desempenho das partes em reunir e apresentar evidências do caso¹⁷².

¹⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 14, n. 15, p. 15-26, jan./jun. 1999, p. 18/19. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista15.asp>. Acesso em: 05 de junho de 2024.

¹⁷⁰ BLINKA, Daniel D. *Ethics, Evidence, and the Modern Adversary Trial*. Georgetown Journal of Legal Ethics. v.19, issue 1, p. 1-57, 2006, p. 15.

¹⁷¹ BARNHIZER, David. *The Virtue of Ordered Conflict: A Defense of the Adversary System*. Nebraska Law Review. v.79, Issue 3, p. 657-710, 2000, p. 669.

¹⁷² LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford: Oxford University Press: 2005, p. 08.

2. SISTEMA PROCESSUAL PENAL ADOTADO NO ORDENAMENTO PÁTRIO

2.1 Constitucionalismo e a interpretação da legislação à luz das normas constitucionais

O processo penal possui uma importante e distinta relação com a Constituição na medida em que inúmeras garantias e direitos daqueles sujeitos à persecução penal estão assegurados na Constituição, cujo conteúdo tem papel determinante na interpretação e aplicação dos dispositivos infraconstitucionais que disciplinam o processo e o comportamento dos sujeitos processuais.

Enquanto meio instituído para que eventualmente se possa impor a pena ao autor do delito, o processo penal apenas se legitima se forem observadas todas as regras, formalidades e garantias constitucionais, ou seja, se for respeitado o devido processo legal¹⁷³.

Nessa linha, em virtude da importância dos valores tutelados pelo processo penal, a própria Constituição deve consagrar em seu texto os princípios que devem ser incorporados pela legislação ordinária¹⁷⁴, que não só precisa obedecer aos valores e princípios constitucionais, mas deve ser orientada para a sua concretização. Assim, afigura-se pertinente a contextualização do surgimento e desenvolvimento do constitucionalismo moderno diante da sua inegável importância e repercussão em nosso ordenamento jurídico e mais especificamente, para os direitos e garantias processuais que devem ser respeitados no processo penal.

Muitos séculos decorreram até o momento em que o homem compreendesse que uma sociedade justa, que assegura os direitos fundamentais do indivíduo depende da instituição de limites aos detentores do poder, independentemente de a sua legitimação ser fática, religiosa ou jurídica. O tempo também revelou que a melhor maneira de se atingir este propósito é constar as limitações pretendidas pela sociedade em um sistema de regras fixas como a constituição¹⁷⁵.

O constitucionalismo moderno extrai seus elementos fundantes do constitucionalismo norte-americano do fim do século XVIII¹⁷⁶. Os seus elementos essenciais constam na Declaração de Direitos de Virgínia de 1776 e consistem na soberania do povo, princípios universais, direitos humanos, governo representativo, a constituição enquanto lei suprema do estado, a separação de poderes, a limitação do poder, a responsabilidade e prestação de contas do governo, a independência

¹⁷³ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 15. E-book. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/>. Acesso em: 16 jul. 2024

¹⁷⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Bases constitucionais para um processo penal democrático*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça, Rio de Janeiro, (31), p. 34-45, 1990, p. 34.

¹⁷⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2º ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1979, p. 149.

¹⁷⁶ TAVARES, Andre R. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 11. E-book. ISBN 9788553621248. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621248/>. Acesso em: 22 ago. 2024.

e a imparcialidade do Poder Judiciário e o direito do povo de reformar o seu próprio governo, ou seja, o poder constituinte com origem no povo¹⁷⁷. O constitucionalismo moderno também se desenvolveu na Europa ocidental, de onde se difundiu a partir da metade do século XVIII e teve como objetivo estabelecer limites aos poderes mediante a instituição de um conjunto de regras que estabelecessem a organização fundamental de um estado¹⁷⁸. Um dos elementos básicos desta concepção é o registro por escrito do documento fundamental de um povo¹⁷⁹.

A primeira constituição democrática do período moderno foi concebida na França em 1793, sob a égide do regime jacobino e nela, dentre outros direitos, foram garantidos o sufrágio universal, o direito de rebelião, o direito de trabalho, além de ter sido proclamado que a felicidade de todos era o objetivo do governo e que os direitos não deveriam ser apenas mera exortações e deveriam ser efetivados¹⁸⁰.

Já a ideia de uma constituição escrita resulta da influência de antecedentes históricos e doutrinários como os pactos (ex. Magna Carta de 1215 de João sem Terra e *Petition of Rights* de 1628), forais ou cartas de franquia, que têm em comum serem documentos escritos cuja matéria é a proteção de direitos individuais, além ainda de sofrer o influxo de contratos de colonização. Outrossim também foi influenciada pelas doutrinas contratualistas surgidas na idade média e leis fundamentais do Reino criadas pelos legistas franceses, inspiradas pela doutrina iluminista para defender a Coroa do próprio monarca¹⁸¹. O êxito definitivo do documento constitucional escrito como consolidação do constitucionalismo democrático iniciou-se no Novo Mundo, com as constituições das colônias americanas, que se transformaram em estados soberanos quando se rebelaram contra a coroa inglesa e depois com a Constituição da União em 1787¹⁸².

Dentre as características relevantes do constitucionalismo a limitação jurídica do governo tem especial importância, pois constitui anteparo contra a arbitrariedade e o despotismo¹⁸³. Nessa

¹⁷⁷ DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita*. Historia Constitucional (revista electrónica), n. 6, p. 181-199, setembro de 2005, p. 187. Disponível em: <https://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/69/56>. Acesso em 06 de setembro de 2024.

¹⁷⁸ FILHO, Manoel Gonçalves F. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022, p. 03. E-book. ISBN 9786559644599. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644599/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

¹⁷⁹ TAVARES, Andre R. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788553621248. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621248/>. Acesso em: 22 ago, p. 11. 2024. MATTEUCCI, Nicolla. *Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 25.

¹⁸⁰ HOBBSAWM, Eric Hosbsawn. *The Age of Revolution. 1789-1848*. New York: Vintage Books, 1996, p. 69. Já o início de governos constitucionais data de 1215 com a Magna Carta. RUSSEL, Bertrand. *A history of western philosophy*. New York: Simon and Schuster, 1945, p. 441.

¹⁸¹ FILHO, Manoel Gonçalves F. Op. cit., p. 03. TAVARES, Andre R. Op. cit., p. 05.

¹⁸² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2º ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1979, p. 159.

¹⁸³ MCLLWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianápolis: Liberty Fund, 2007, p. 21.

linha, a responsabilidade política do governo perante os governados e o estabelecimento jurídico de limites ao exercício arbitrário do poder constituem dois elementos correlatos fundamentais do constitucionalismo e que devem ser defendidos por aqueles que prezam pela liberdade¹⁸⁴.

Cabe pontuar que a virtude do constitucionalismo não reside apenas em reduzir o poder estatal, mas de fazê-lo mediante a prévia imposição de regras que definem os procedimentos, a origem e a extensão dos poderes públicos e com isso se concede um mínimo de ordenação e regularidade que possibilitam que eles sejam racionalmente conhecidos¹⁸⁵.

O constitucionalismo, então, subordina todo poder do estado ao direito. Desta forma o poder deve ser desempenhado de acordo com as previsões contidas nas regras jurídicas, que delimitam a competência e balizam as decisões do estado. O constitucionalismo representou uma passagem do poder tradicionalmente fundado nas relações pessoais e patrimoniais para um poder que extrai seu fundamento de legitimidade do direito e tem caráter fundamentalmente racional e impessoal¹⁸⁶.

Numa perspectiva moderna, o constitucionalismo assume conteúdo variado em cada Estado, no entanto, há pontos de aproximação, características comuns, sendo a principal o princípio do governo limitado¹⁸⁷. Neste sentido, Loewestein assevera que:

A história do constitucionalismo nada mais é do que a busca pelo homem político da limitação ao poder absoluto exercido pelos detentores do poder, bem como o esforço para estabelecer uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade em vez da submissão cega à facilidade da autoridade existente¹⁸⁸.

Impende ressaltar, como aduz Matteucci, que o termo constitucionalismo não retrata tanto um período histórico ou um conjunto de ideias políticas e sociais, mas um tipo ideal que permite a reflexão sobre a realidade ou uma categoria analítica que possibilita trazer à luz aspectos específicos da experiência política de uma determinada comunidade, constituindo uma técnica, um instrumento de combate e tutela contra o arbítrio¹⁸⁹.

¹⁸⁴ MCLLWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianápolis: Liberty Fund, 2007, p. 136.

¹⁸⁵ KAY, Richard S. *American Constitutionalism*. In ALEXANDER, Larry. *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 23.

¹⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2004, p. 195.

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

¹⁸⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2º ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1979, p. 150.

¹⁸⁹ MATTEUCCI, Nicolla. *Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 23-24.

Como explica Barroso, o constitucionalismo democrático saiu vitorioso no confronto com as demais ideologias existentes no século XX, como o nazismo, o fascismo, o comunismo, os regimes militares e o fundamentalismo religioso e consagrou a supremacia da Constituição¹⁹⁰:

Como já registrado outras vezes, o constitucionalismo democrático, também referido como democracia liberal, prevaleceu historicamente sobre os projetos alternativos que com ele concorreram ao longo do século XX. Foram eles o fascismo, irradiado a partir da Itália de Mussolini; o nazismo, sob a liderança de Hitler na Alemanha; o comunismo, após a Revolução Russa de 1917; os regimes militares, que dominaram a América Latina, a Ásia, a África e mesmo alguns países europeus; e o fundamentalismo religioso, que teve como marco a revolução dos aiatolás no Irã, em 1979. O modelo vencedor consagrou a centralidade e a supremacia da Constituição – e não do partido, das Forças Armadas ou do Alcorão. Alguns autores chegaram mesmo a falar no fim da história, celebrando a democracia liberal como o ponto culminante da evolução institucional da humanidade

Da acepção moderna do constitucionalismo surge a chamada constituição moderna, que busca ordenar e sistematizar de forma racional a organização de uma comunidade histórica e política em um documento escrito onde se fixam os limites do poder estatal e se preveem as liberdades, direitos fundamentais e as garantias para o seu respeito¹⁹¹. A sua função, então, não é apenas impedir um governo autoritário, mas garantir os direitos dos cidadãos e proibir a sua violação pelo Estado¹⁹². Já no século XVIII se afirmava que uma Constituição não é um ato de governo, mas sim um ato de constituição de um governo pelas pessoas e que o governo sem uma constituição retrata o poder sem direitos¹⁹³. Como adverte Bobbio, a existência de uma constituição democrática pressupõe a existência de direitos individuais e objetiva primeiramente assegurar a liberdade de cada um dos cidadãos e só depois o poder do governo, constituído pelos cidadãos, que limitam, controlam e fiscalizam os poderes do estado através de suas liberdades garantidas constitucionalmente¹⁹⁴.

Neste contexto, pode-se afirmar que a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade e por consequência todos os princípios de direito e possibilidades de compromisso

¹⁹⁰ BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 187. ISBN 9786553624788. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624788/>. Acesso em: 26 ago. 2024.

¹⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

¹⁹² MATTEUCCI, Nicolla. *Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 25.

¹⁹³ PAINE, Thomas. *The Rights of Man, Part II (1792)*. Indianapolis: Liberty Fund, Inc, 2011, p. 104. Disponível em: https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/344/Paine_0548-02_EBk_v6.0.pdf. Acesso em: 06 de setembro de 2024.

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2004, p. 164.

estão nela contidas e desta forma é uma constituição dirigente que impõe a concretização dos princípios básicos nela albergados¹⁹⁵.

Assim, como pontua Zegrebelsky ao discorrer sobre o Estado Constitucional, a sua consolidação acarreta a alteração na posição das leis, que pela primeira vez na modernidade estão sujeitas a uma relação de adaptação e de subordinação a uma estrutura normativa superior, representada pela Constituição¹⁹⁶.

O progresso do constitucionalismo, por sua vez, é acompanhado pelo desenvolvimento de seus principais institutos, como a constituição escrita e a Justiça Constitucional, esta última com uma ampliação de sua acepção original, não mais abrangendo apenas o controle de constitucionalidade, mas também a interpretação conforme a constituição e a constitucionalização do Direito¹⁹⁷.

No âmbito da jurisdição constitucional, o exercício do controle de constitucionalidade das leis tem grande importância¹⁹⁸ na medida em que os direitos fundamentais constituem um limite ao poder estatal e para assegurar a eficácia da supremacia da constituição sobre as normas infraconstitucionais o Poder Judiciário deve poder exercer o controle de conformidade das leis e verificar sua compatibilidade com as normas constitucionais¹⁹⁹.

Em nosso ordenamento, é possível afirmar que o controle de constitucionalidade sofreu grande influência dos modelos americano e europeu. O primeiro – *judicial review* - surge no país em 1890, e é alçado ao status constitucional com a Constituição de 1891. Nele o controle de constitucionalidade é judicial, repressivo, concreto, difuso, incidental, *inter partes*, declaratório, *ex tunc* e pode ser exercido por qualquer órgão jurisdicional que irá apreciar a validade das leis promulgadas formal e materialmente, a partir de um caso concreto. A questão constitucional nestas hipóteses situa-se na causa de pedir e não no pedido. A controvérsia constitucional, então, surge de forma incidental, prejudicial, não como questão principal²⁰⁰.

¹⁹⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 137.

¹⁹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo Zegrebelsky. *El derecho dúctil*. Tradução de Marina Gascón. 10ª ed. Madrid, Trotta, 2011, p. 34

¹⁹⁷ TAVARES, Andre R. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 11. E-book. ISBN 9788553621248. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621248/>. Acesso em: 22 ago. 2024.

¹⁹⁸ Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug (alemão), Eduardo Brandão (italiano), Maria Ermantina de A. P. Galvão (francês). Revisão técnica Sergio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 19.

¹⁹⁹ MATTEUCCI, Nicolla. *Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 25.

²⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. *Processo Constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-2.5. E-book. ISBN 978-65-5991-279-7. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/287195172/v1/page/RB-2.5%20>. Acesso em: 07 de setembro de 2024.

É na Constituição de 1934 sob forte influência do pensamento de Kelsen, que foi prevista a possibilidade de se outorgar eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal por resolução do Senado Federal, mediante ação interventiva, espécie de ação direta que depois serviu de inspiração para a criação da representação de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional n. 16/65 à Constituição de 1946, e para a representação para fins de interpretação da legislação, introduzida pela Emenda Constitucional n. 07/77 à Constituição de 1969, constituindo o primeiro caso de ação direta e abstrata do nosso ordenamento. A Constituição de 1988 manteve a ação interventiva, substituiu a representação de inconstitucionalidade pela ação direta de inconstitucionalidade e previu ainda a arguição de descumprimento de preceito fundamental, sendo criada pela Emenda Constitucional n. 03/93 a ação declaratória de constitucionalidade. Por fim, à ação popular e ao mandado de segurança, já previstos na Constituição de 1934, foram acrescidos pela Constituição de 1988 novos instrumentos especiais para a tutela de direitos como o mandado de injunção, o *habeas data*, a reclamação constitucional e a ação civil pública²⁰¹.

Assim, o exercício do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, que como dito, constitui um importante instrumento de contenção do arbítrio estatal e de proteção dos direitos fundamentais, pode ocorrer da seguinte forma²⁰²:

O controle judicial de constitucionalidade das leis em nosso país é repressivo, jurisdicional, difuso, conta com ampla possibilidade de participação, tem como parâmetro um bloco constitucional e como objeto ações e omissões, entrando no primeiro caso todos os atos normativos do Poder Público. Pode ser ainda, conforme o caso, incidental ou principal, declaratório ou desconstitutivo, *ex tunc* ou *ex nunc*, com boa margem para modulação de seus efeitos, *inter partes* ou *erga omnes* e concreto ou abstrato.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o controle de constitucionalidade dos atos normativos inclui a possibilidade de utilização da técnica da interpretação conforme, a decretação de nulidade de determinado sentido normativo (declaração de nulidade sem redução de texto), a prolação de decisões manipulativas de dispositivos tidos por inconstitucionais, a declaração de constitucionalidade (incluindo a constitucionalidade temporária, mediante o reconhecimento de que a lei ainda é constitucional) ou de inconstitucionalidade²⁰³.

Para o propósito do presente trabalho que, dentre outros temas, discute o modelo processual penal adotado em nosso ordenamento e a compatibilidade da legislação ordinária que disciplina o

²⁰¹ MITIDIERO, Daniel. Processo Constitucional. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-2.5. E-book. ISBN 978-65-5991-279-7. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/287195172/v1/page/RB-2.5%20>. Acesso em: 07 de setembro de 2024.

²⁰² Ibidem, p. RB-3.6.

²⁰³ Ibidem, p. RB-3.12.

processo penal com as normas constitucionais, afigura-se pertinente o exame da interpretação conforme a constituição que, como salientado, constitui uma das técnicas de decisão decorrentes do exercício da jurisdição constitucional e é um método de interpretação das leis que pode ser empregado não apenas no âmbito do controle incidental de constitucionalidade das leis, mas também no controle abstrato das normas²⁰⁴.

De acordo com esta técnica, nos casos em que for possível extrair mais de uma interpretação da norma infraconstitucional e ao menos uma destas interpretações for compatível com a Constituição o intérprete deve optar pela interpretação que esteja em sintonia com a Constituição²⁰⁵.

No caso de normas polissêmicas, plurissignificativas ou com sentidos contraditórios, o intérprete tem a obrigação de escolher aquela interpretação que se revele conforme às normas constitucionais, sendo oportuno salientar, no entanto, que haverá situações em que nenhuma das interpretações possíveis será necessariamente inconstitucional²⁰⁶. Neste último caso, deve-se dar preferência para a interpretação que mais esteja consonante com a Constituição²⁰⁷, com os seus valores, princípios e finalidades.

Na interpretação conforme a constituição o tribunal, no exercício do controle de constitucionalidade, ao mesmo tempo em que afasta uma ou mais interpretações possíveis, declarando-as inconstitucionais, afirma que outra é compatível e harmônica com a Constituição. Ocorre no caso uma atuação corretiva, mediante declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto²⁰⁸.

Cumprе salientar, no entanto, que a interpretação conforme a constituição só é possível se a exegese não acarretar a revisão do conteúdo da norma, ou seja, há um limite que não pode ser ultrapassado pelo intérprete, que não pode desconsiderar a letra da lei e a vontade do legislador para extrair da norma uma interpretação conforme a constituição, sob pena de indevida usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário²⁰⁹.

Desta forma, a interpretação conforme a constituição pode ser considerada uma técnica de interpretação das normas infraconstitucionais e instrumento para o exercício do controle de

²⁰⁴ BRANCO, Paulo Gustavo G.; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. (Série IDP). Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book, p. 1569. ISBN 9786553629417. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629417/>. Acesso em: 23 ago. 2024.

²⁰⁵ TAVARES, Andre R. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 173. E-book. ISBN 9788553621248. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621248/>. Acesso em: 22 ago. 2024.

²⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1021-1022.

²⁰⁷ Ibidem, p. 1021-1023.

²⁰⁸ BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 109. ISBN 9786553624788. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624788/>. Acesso em: 23 ago. 2024.

²⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1311.

constitucionalidade, pois tem como propósito não apenas preservar a validade de normas que ostentam indícios de inconstitucionalidade, mas também busca atribuir um sentido às normas infraconstitucionais que da melhor forma concretizem os valores, princípios e finalidades constitucionais²¹⁰.

Neste contexto, no âmbito do Código de Processo Penal, podemos observar a presença de inúmeras disposições normativas cujo conteúdo não mais se compatibilizam com os princípios e o conjunto axiológico insculpidos em nossa Constituição ou que necessitam de uma releitura para que se harmonizem com o texto constitucional. Nesta perspectiva, o exercício do controle de constitucionalidade destes dispositivos legais, notadamente o emprego da técnica da interpretação conforme a constituição assume especial relevo na adequação das previsões legais com a Constituição e com o modelo processual acusatório nela consubstanciado.

A utilização desta técnica não é novidade em nossa Corte Constitucional, que fez uso da interpretação conforme a constituição inúmeras vezes²¹¹, e novamente, ao apreciar as ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305²¹² utilizou o método da interpretação conforme para compatibilizar com a Constituição e com o sistema acusatório diversos dispositivos introduzidos no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964/2019.

Cabe mencionar ainda uma outra perspectiva sobre o tema da interpretação conforme e que dispõe que a Constituição não deve ser interpretada a partir das leis ou ainda se admitir o emprego de conceitos legais para preencher o conteúdo de conceitos expressos na Constituição²¹³. Apesar de esta orientação parecer, em um primeiro momento, elementar em um Estado estruturado a partir de uma Constituição em seu vértice normativo, entendemos que a pertinência à sua menção decorre do que se tem denominado atualmente como crise da teoria das fontes²¹⁴, em que a legislação

²¹⁰ BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 109. ISBN 9786553624788. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624788/>. Acesso em: 23 ago. 2024.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno) ADI 4424, Relator(a): Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, publicado em 01/08/2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno) ADI 3096, Relator(a): Cármen Lúcia, julgado em 16/06/2010, publicado em 03/09/2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno) ADI 3360, Relator(a): Edson Fachin, julgado em 14/02/2022, publicado em 03/05/2022.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6298, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6299, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6300, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6305, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023.

²¹³ TAVARES, Andre R. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 173. E-book. ISBN 9788553621248. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621248/>. Acesso em: 22 ago. 2024.

²¹⁴ A expressão é de Aury Lopes Júnior, que afirma “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.” JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 14. E-book. ISBN

infraconstitucional possui mais valor que a constituição e na eventualidade de conflito, tem sido relativizada ou rejeitada a sua eficácia em favor de leis que devem observância à Constituição.

Em nosso país, apenas após a superação do regime militar é que se tem constatado a tendência à concretização da primazia da força normativa da Constituição e a própria efetividade das normas constitucionais, que representam acontecimentos mais recentes e têm se consolidado paulatinamente após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988²¹⁵.

Não se deve deixar de repisar que se afigura contrária à estrutura hierárquica existente em nosso ordenamento e ao processo constitucionalizado, a aplicação de normas do Código de Processo Penal sem qualquer consideração de sua compatibilidade com a ordem constitucional vigente.

2.2 A Constituição da República de 1988. O contexto histórico e político de sua promulgação.

A Constituição da República de 1988, também nominada Constituição Cidadã²¹⁶ é reconhecida por ter produzido avanços nunca antes visto²¹⁷. Ela teve relevante papel na transição democrática em nosso País. Após mais de 20 anos de regime autoritário iniciado com o golpe militar de 1964, a sociedade brasileira não mais tolerava a nefasta experiência do período ditatorial e o seu inconformismo era manifesto. Se difundiu na sociedade no início da década de 1980 a demanda por eleição direta para Presidente da República e o fim de nomeações de presidentes feitas nos quartéis, ratificadas por um Poder Legislativo servil. Muitas organizações e setores da sociedade civil organizada como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Brasileira de Imprensa (ABI), as universidades, os sindicatos, setores progressistas da Igreja e defensores da democracia radicados principalmente no MDB, único partido de oposição à época, passaram a defender a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte como forma de por termo ao

9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/>. Acesso em: 16 jul. 2024

²¹⁵ BARROSO, Luís R. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 38. E-book. ISBN 9786553624788. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624788/>. Acesso em: 02 set. 2024.

²¹⁶ Essa expressão foi mencionada pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte Ulysses Guimarães em discurso proferido no dia da promulgação da Constituição em 05 de outubro de 1988. Na ocasião ele afirmou: “*A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã (...)*”. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em 07 de setembro de 2024.

²¹⁷ AGRA, Walber de M.; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009, p. XVIII. E-book. ISBN 978-85-309-3831-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/>. Acesso em: 30 ago. 2024.

período autoritário marcado por arbitrariedades, perseguições, torturas e atos institucionais editados pelos governos militares que enfraqueciam o Poder Legislativo, debilitavam o Poder Judiciário e aniquilavam os direitos humanos e as liberdades fundamentais. Nesse sentido, a ideia de uma Constituinte livremente eleita pelo povo teria o condão de reorganizar uma sociedade devastada por mais de duas décadas de arbítrios praticados pelas autoridades responsáveis por conduzir o governo ditatorial. É neste contexto, então, que a Constituição de 1988 teve fundamental importância para a transição democrática em nosso País²¹⁸.

Até meados da década de 1980, a eleição para presidente da república era indireta. Em 15 de janeiro de 1985 Tancredo de Almeida Neves, governador do estado de Minas Gerais foi eleito Presidente da República pelo Colégio Eleitoral. O candidato eleito firmou o compromisso de encaminhar ao Congresso Nacional uma emenda constitucional para a elaboração de uma nova constituição. Com o falecimento do presidente eleito às vésperas da posse, assumiu o Vice-Presidente, José Sarney, que dando continuidade ao compromisso firmado por Tancredo Neves, encaminha ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional para a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. A proposta aprovada pelo Congresso resultou na Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985²¹⁹.

A Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, então, foi responsável por convocar a Assembleia Nacional Constituinte que impulsionou a retomada democrática no Brasil²²⁰. A Constituinte foi instalada em 01 de fevereiro de 1987 e durou 18 meses²²¹.

A Constituinte de 1987-1988 não foi especificamente eleita para a elaboração e promulgação da Constituição, com a previsão de sua dissolução após a conclusão dos trabalhos. O que a Emenda Constitucional previu foi um congresso ordinário com atribuições constituintes e que permaneceria como congresso ordinário após a elaboração da Constituição²²². Nesse sentido, a convocação dos

²¹⁸ AGRA, Walber de M. *A Constituição cidadã como pacto vivencial da sociedade*. In AGRA, Walber de M.; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009, p. XXII-XXIV. E-book. ISBN 978-85-309-3831-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/>. Acesso em: 30 ago. 2024.

²¹⁹ PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO, Claudia P. História Constitucional Brasileira: Da Primeira República à Constituição de 1988. (Coleção Universidade Católica de Brasília). São Paulo: Grupo Almedina, 2023, p. 494-495. E-book. ISBN 9786556278025. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556278025/>. Acesso em: 08 set. 2024.

²²⁰ CANOTILHO, José Joaquim G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; et al. Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018, p. 61. E-book. ISBN 9788553602377. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377/>. Acesso em: 01 set. 2024.

²²¹ Ibidem, p. 61.

²²² MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1988 – Uma constituição de esperança*. In AGRA, Walber de M.; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009, p. LXIII. E-book. ISBN 978-85-309-3831-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/>. Acesso em: 30 ago. 2024.

membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, na realidade representou não a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, mas de um Congresso Constituinte²²³.

O procedimento previsto na mencionada emenda foi objeto de críticas, pois a convocação de uma Assembleia Constituinte requer a convocação do povo para, em eleições gerais, escolher os integrantes da Constituinte, na medida em que somente ao povo competiria escolher seus representantes na composição do Poder Constituinte Originário. A Emenda em questão, diversamente, converteu o Congresso Nacional em Assembleia Constituinte conferindo Poder Constituinte aos deputados e senadores do Congresso, que foram eleitos para desempenharem funções legislativas específicas de um parlamento e não exercer o Poder Constituinte Originário, cuja relevante missão é a elaboração do documento fundante de uma ordem jurídica, a Constituição²²⁴.

Ao tratar da previsão contida na Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985 José Afonso da Silva explicita que²²⁵:

Esse procedimento provocou amplas controvérsias. De um lado, ficaram os que a adotaram tal qual foi apresentada. De outro, os que reivindicavam uma Assembleia Nacional Constituinte, plena, exclusiva e desvinculada do Congresso Nacional, mas funcionando concomitantemente com este. A tese da Constituinte exclusiva e autônoma esteve sempre ligada à concepção de que as funções de poder constituinte e de Poder Legislativo não poderiam ser exercidas por um único órgão. O poder constituinte deveria ser exercido pela Assembleia Constituinte e o Poder Legislativo pelo Congresso Nacional. Daí a conclusão de que só seria legítima a Assembleia Constituinte a que coubesse fazer a Constituição, dissolvendo-se depois: aí a ideia de exclusividade. A tese, assim, importava necessariamente na existência paralela da Assembleia Constituinte e do Congresso Nacional, que continuaria com sua função de elaborar a legislação ordinária. E, então, a ideia de autonomia da Constituinte, que, assim, estaria funcionando separada dos poderes constituídos: Legislativo, Executivo e Judiciário. É, no fundo, ter durante certo tempo um poder paralelo aos demais, em funcionamento.

A despeito das pertinentes objeções à forma como se deu a convocação e composição da Constituinte, importa salientar que o processo constituinte foi marcado por intensa participação da população, que subscreveu diversas emendas populares, cobrou os parlamentares dentro e fora do Congresso Nacional e em diversas ocasiões manifestações populares foram organizadas para exigir a realização de eleição direta para Presidente da República, a chamada campanha das “Diretas

²²³ SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. rev. e .atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 89.

²²⁴ JUNIOR, Goffredo T. A constituição, a assembleia constituinte e o congresso nacional. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014, p. 25. E-book. ISBN 9788502208926. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208926/>. Acesso em: 08 set. 2024.

²²⁵ SILVA, José Afonso. *A Constituinte Pós-Ditadura*. In TOFFOLI, José Antonio D. *30 Anos da Constituição Brasileira-Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018, p. 06. E-book. ISBN 9788530982393. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982393/>. Acesso em: 08 set. 2024.

Já”²²⁶. A retomada democrática foi marcada pelo desejo popular por mudança e rechaço do regime autoritário²²⁷.

Nesta conjuntura, a eleição presidencial e a Constituinte foram realizadas em um curto espaço de dois anos. Inicialmente, a Assembleia Nacional Constituinte, convocada pela Emenda Constitucional n. 26/85 foi instalada em 1º de fevereiro de 1987. Após, conforme previsto na nova Constituição, promulgada em 05 de outubro de 1988, foi realizada a eleição para Presidente da República mediante sufrágio direto em 15 de novembro de 1989²²⁸.

A Constituição de 1988 não partiu de um projeto previamente elaborado pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo ou comissão proeminente de juristas e recebeu inúmeras demandas da sociedade civil. Como dito, o processo teve início em 01 de fevereiro de 1987, ocasião em que foram apresentadas emendas populares representativas de diversas ideologias, segmentos e aspirações representativas de uma sociedade multiforme. Passo seguinte foram constituídas 24 subcomissões temáticas, responsáveis por entregar seus anteprojetos a 08 comissões temáticas que, por sua vez, deveriam encaminhar seus anteprojetos à Comissão de Sistematização, que disponibilizaria ao Plenário da Assembleia Nacional Constituinte para discussão e votação final em dois turnos o Projeto de Constituição do Brasil²²⁹.

Do ponto de vista histórico, a Constituição de 1988 não foi resultante de um momento de ruptura histórica e de questionamento dos estamentos hegemônicos que preponderavam no aparelho estatal e na organização privada da sociedade. Ela representou uma Carta-compromisso, aglutinando as diversas ideologias de seus autores, aspirações de mudança, forças conservadoras e as inúmeras contradições existentes na sociedade²³⁰.

²²⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *20 anos da Constituição Democrática de 1988*. In AGRA, Walber de M.; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009, p. XXVI. E-book. ISBN 978-85-309-3831-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/>. Acesso em: 30 ago. 2024. SILVA, José Afonso. *A Constituinte Pós-Ditadura*. In TOFFOLI, José Antonio D. *30 Anos da Constituição Brasileira-Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018, p. 13. E-book. ISBN 9788530982393. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982393/>. Acesso em: 08 set. 2024.

²²⁷ Ibidem, p. XXVI.

²²⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *20 anos da Constituição Democrática de 1988*. In AGRA, Walber de M.; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009, p. XXIV. E-book. ISBN 978-85-309-3831-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/>. Acesso em: 30 ago. 2024.

²²⁹ Ibidem, p. XXVII. E-book. ISBN 978-85-309-3831-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/>. Acesso em: 30 ago. 2024.

²³⁰ Como explica Carlos Alberto Siqueira Castro: “A bem dizer, a nova Carta Magna não foi precedida de um ato de ruptura histórica, a exemplo do que ocorreria com a primeira Constituição brasileira na fase imperial, em 1824, ou com a queda do império formalizada com a Carta Política inaugurante da era republicana em 1891, ou com a derrocada da república oligárquica pelas armas da Aliança Liberal em 1930, ou, ainda, com a ruína do Estado Novo simbolizada com a Constituição de 1946, restauradora da claudicante democracia-liberal no Brasil”. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Op. cit., p. XXVI. E-book. ISBN 978-85-309-3831-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/>. Acesso em: 30 ago. 2024.

A reunião das forças progressistas possibilitou a influência da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição espanhola de 1978, não apenas em virtude dos laços históricos entre a formação política do Brasil e a península ibérica, mas também em virtude de Portugal e Espanha também terem, recentemente, retomado o período democrático após longo período sob regimes ditatoriais e terem encontrado no processo constituinte instrumentos necessários para a redemocratização e pacificação nacional. Ademais, estas constituições se ocuparam minuciosamente de inúmeros temas e problemas existentes em uma sociedade de massa, cada vez mais global e urbana, servindo, desta forma, naturalmente, como influência à Constituição brasileira²³¹.

Além disso, nossa Constituição foi inspirada nos postulados do humanismo solidarista da social democracia do último quarto do século XX e representa mais um conjunto de direitos à esperança do que uma solução acabada de organização social e política para o país²³². Outrossim, ela consubstancia uma carta de princípios normativos que conferiu solidez e estabilidade ao regime constitucional vigente²³³, constituindo um texto avançado que trouxe importantes inovações para o constitucionalismo brasileiro²³⁴.

2.3 O modelo processual penal adotado no ordenamento jurídico pátrio. Posições doutrinárias.

A doutrina pátria diverge a respeito de qual a espécie de sistema processual foi adotada no ordenamento jurídico pátrio. Os entendimentos são variados e os critérios utilizados para o enquadramento em uma ou outra categoria também são dissonantes. A discussão não tem apenas importância teórica e acadêmica, na medida em que repercute concretamente nos direitos e garantias fundamentais que devem ser assegurados àquele submetido à persecução penal.

Uma linha de intelecção sustenta que o nosso sistema é essencialmente inquisitório, pois a gestão das provas ficaria fundamentalmente a cargo do juiz. De acordo com esta posição não

²³¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *20 anos da Constituição Democrática de 1988*. In AGRA, Walber de M.; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009, p. XXVIII. E-book. ISBN 978-85-309-3831-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/>. Acesso em: 30 ago. 2024. SILVA, José Afonso. *A Constituinte Pós-Ditadura*. In TOFFOLI, José Antonio D. *30 Anos da Constituição Brasileira-Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018, p. 15. E-book. ISBN 9788530982393. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982393/>. Acesso em: 08 set. 2024.

²³² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Op. cit., p. XXVI.

²³³ CANOTILHO, José Joaquim G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; et al. *Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018, p. 64. E-book. ISBN 9788553602377. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377/>. Acesso em: 01 set. 2024.

²³⁴ SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 89.

existem sistemas acusatórios puros e na realidade todos os sistemas são mistos. Assim, o modelo brasileiro não obstante também ser misto, em sua essência é inquisitório²³⁵.

Outra linha de entendimento aduz que ao se analisar as normas constitucionais, podemos constatar que foi atribuído ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, além de ter sido previsto um amplo conjunto de direitos e garantias fundamentais ao acusado, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a presunção da inocência, dentre inúmeros outros e que, embora não expressamente mencionado, o modelo acusatório foi adotado pela Constituição da República. Todavia, ao se examinar o estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica entre eles, bem como a legislação infraconstitucional, estaríamos diante de uma aparência acusatória²³⁶.

Há corrente de pensamento que assevera ser nosso sistema misto, principalmente em virtude da previsão do artigo 156, inciso I do CPP, que permite ao juiz ordenar de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, provas consideradas urgentes e relevantes. Além disso, haveria outras previsões que afastariam o modelo brasileiro de um sistema acusatório, como a possibilidade de requisitar a instauração de inquérito, ser destinatário de representação e decretar de ofício prisão preventiva²³⁷. Esta última possibilidade, no entanto, não mais subsiste no ordenamento pátrio após a edição da Lei n. 13.964/2019. Do mesmo modo, a competência para a apreciação das representações não é mais do juiz da instrução, responsável por julgar o caso, ficando a cargo do juiz das garantias.

Outro entendimento doutrinário, a partir da divisão de funções desempenhadas no processo, afirma que após a Constituição da República de 1988, especialmente o previsto no artigo 129, inciso I, bem como a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992 o país adotou um modelo de natureza acusatória²³⁸. Antes da Constituição da República de 1988, existiam duas exceções ao sistema acusatório em nosso ordenamento e diziam respeito aos procedimentos das contravenções penais, estendido pela Lei n. 4.611/65 para os crimes de homicídio e lesões

²³⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, p.163-168, 1998, p. 167.

²³⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, Rio de Janeiro, p. 273.

²³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 3, 32º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

²³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre Acusação e Sentença*. 5ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2023, p. RB-2.1. E-book. ISBN 978-65-260-0568-2. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100321847/v5/page/RB-2.1%20>. CHOUKR, Fauzi H. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014, p. 34 e p. 67. E-book. ISBN 9788502220058. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502220058/>. Acesso em: 24 ago. 2024, FILHO, Vicente Greco. *Manual de Processo Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 41. PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 41.

corporais culposas (caso a autoria fosse conhecida nos primeiros 15 dias). Nestes casos, o ato de iniciativa poderia ser do magistrado mediante portaria ou ainda da autoridade policial, por flagrante ou por portaria²³⁹. Estas exceções, porque incompatíveis com a Constituição da República de 1988 não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional²⁴⁰.

Neste contexto, se sustenta que nos sistemas acusatórios é possível que o magistrado tenha poderes instrutórios, pois sequer existe um relativo consenso a respeito da essência de um modelo acusatório, bem como da importância da gestão das provas nesta definição, sendo característica essencial do aludido modelo a separação das funções de julgar, acusar e defender. Desta forma, nada impede que sejam qualificados como acusatórios sistemas em que, observada a separação das funções, o magistrado detenha poderes instrutórios que lhe permitam em caráter subsidiário e suplementar determinar, de ofício, a produção de provas²⁴¹.

Parcela da doutrina aduzia ainda que antes da reforma introduzida pela Lei n. 13.964/2019 o nosso sistema processual era neoinquisitório (terminologia utilizada para diferenciá-lo do modelo inquisitório histórico medieval) e salientava que nosso sistema não poderia ser classificado como misto, pois isto nada diz sobre ele, haja vista que todos os sistemas seriam mistos. O fundamento para esta posição decorre do entendimento de que o princípio fundamental do sistema é inquisitivo, uma vez que a gestão das provas fica preponderantemente a cargo do juiz. No entanto, após a reforma processual penal introduzida pela Lei n. 13.964/2019 com a previsão da adoção de um sistema acusatório e a partir do exame das disposições normativas previstas na legislação processual penal à luz das normas constitucionais, tem se afirmado que a Constituição da República delineou um processo penal de natureza acusatória, cabendo aos operadores do direito realizarem a devida filtragem e acoplagem constitucional dos dispositivos do Código de Processo Penal²⁴². Nesse sentido, se sustenta que o processo penal atualmente é legal e constitucionalmente acusatório, no entanto, a concretização desta mudança ainda depende de se afastar a vigência de vários dispositivos do Código de Processo Penal incompatíveis com a estrutura acusatória, além de ser necessário operar mudanças nas práticas judiciais para que os operadores do direito interiorizem a

²³⁹ FILHO, Vicente Greco. *Manuel de Processo Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 144.

²⁴⁰ ZILLI, MARCOS. *Rumo à estação acusatória do processo penal: leituras a partir da Lei 13.964/19*. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 227, Janeiro-Março/2021.

²⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2023, p. RB-1.11. E-book. ISBN 978-65-260-0120-2. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/205549114/v2/page/RB-1.11%20>. Acesso em: 26 de agosto de 2024.

²⁴² JR., Aury L. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 23. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 25 ago. 2024.

mudança empreendida²⁴³, pois, como salienta Lopes Júnior, as leis processuais penais são modificadas mas a cultura e mentalidade autoritárias permanecem²⁴⁴.

Uma linha doutrinária defende ainda que nosso ordenamento não segue um sistema de processo penal em específico haja vista que nosso Código de Processo Penal e a legislação especial admitem a existência do sistema acusatório como regra e, excepcionalmente dos sistemas inquisitório e misto nas situações em que admissível a figura do juiz investigador. Outrossim, se assevera que nosso ordenamento não possui unidade sistêmica e como consequência não temos um sistema previamente eleito e definido mas apenas modelos de processo²⁴⁵.

De outra parte, se sustentava que nosso sistema ostentava características inquisitórias e acusatórias, assumindo uma feição mista e que apesar de a Constituição da República prever diversos dispositivos de feição acusatória (ex: publicidade, contraditório, separação das funções de acusar e julgar, dentre outros), também previu regras que são características de um sistema inquisitório, como a previsão constitucional para a decretação do sigilo da investigação e do processo. De acordo com esta posição, não podemos definir nosso sistema processual apenas a partir do exame das normas constitucionais, uma vez que o processo penal não é composto apenas por princípios constitucionais. Afirma-se que no cotidiano forense são aplicadas inúmeras regras previstas na legislação infraconstitucional e o exame delas deve ser feito para que se defina a estrutura do nosso processo penal, o que, em nosso país, conduzia a conclusão de que nosso sistema não era puramente acusatório, pois a persecução penal se divide em duas fases, a primeira de caráter inquisitivo, que se desenvolve no inquérito policial, como regra, e em seguida, a fase processual, sendo que, via de regra, o mesmo magistrado que atuava no curso do inquérito também ficava responsável pela fase processual. Por outro lado, sobretudo após a Lei 13.964/2019, que cria a figura do juiz das garantias e a separação das funções entre magistrados que atuam em fases distintas da persecução penal, tem sido sustentado não mais subsistir o sistema misto, sendo substituído pelo acusatório²⁴⁶.

Como se constata das diversas posições doutrinárias mencionadas, para a classificação do modelo processual adotado em nosso ordenamento têm sido adotadas diferentes perspectivas, com ênfase no conteúdo das previsões normativas constantes da legislação ordinária ou na análise conjunta da legislação infraconstitucional e das normas constitucionais ou ainda com realce do

²⁴³ Ibidem, p. 24.

²⁴⁴ Ibidem, p. 14.

²⁴⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. *O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183, p. 168-188, julho./set. 2009, p. 170.

²⁴⁶ NUCCI, Guilherme de S. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 60. E-book. ISBN 9788530994303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994303/>. Acesso em: 25 ago. 2024.

conteúdo das disposições constitucionais relacionadas ao sistema processual penal. Esta última forma de abordar o tema, em nossa perspectiva, afigura-se acertada na medida em que privilegia a centralidade e a posição da Constituição no ordenamento que, enquanto lei fundamental, se situa no ápice do sistema unitário e harmônico por ela concebido.

2.4 A Constituição como vértice da estrutura normativa e parâmetro de interpretação da legislação processual penal.

O princípio da supremacia da constituição é um dos pilares do constitucionalismo contemporâneo e substituiu em diversos países o modelo de supremacia do Parlamento²⁴⁷. De acordo com este princípio nenhum ato do Poder Legislativo que seja contrário à Constituição é válido. Negar esta consequência implica atribuir aos representantes eleitos preponderância sobre o próprio povo, além de substituir a vontade dos representados pela dos representantes²⁴⁸.

Neste sentido, a supremacia da constituição exige que as normas infraconstitucionais sejam interpretadas em consonância com o seu teor²⁴⁹ e expressa a sua superioridade formal e material sobre as demais normas do ordenamento. O princípio é fruto do primado do Poder Constituinte Originário sobre os poderes constituídos²⁵⁰.

De fundamental importância para a consolidação da constituição como instrumento normativo hierarquicamente superior de um ordenamento jurídico foi a célebre decisão prolatada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1803 no caso *Marbury v. Madison* no qual, dentre as questões controvertidas estava o exame da contrariedade de determinada lei com a Constituição e a competência para dar a última palavra na interpretação da Constituição²⁵¹. Pela importância do precedente, importante sejam tecidas algumas observações sobre o contexto da decisão.

Em 1800 os federalistas perderam as eleições para os republicanos e o então Presidente John Adams iria ser substituído por Thomas Jefferson. No início de 1801 o Congresso americano, de

²⁴⁷ BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 108. E-book. ISBN 9786553624788. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624788/>. Acesso em: 02 set. 2024.

²⁴⁸ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James; *The Federalist*. The Gideon Edition. Edited with an Introduction, Reader's Guide, Constitutional Cross-reference, Index, and Glossary by George W. Carey and James McClellan. Indianapolis: Liberty Fund Inc, 2001, p. 403.

²⁴⁹ BRANCO, Paulo Gustavo G.; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. (Série IDP). Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book, p. 1573. ISBN 9786553629417. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629417/>. Acesso em: 23 ago. 2024.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 13.

²⁵¹ MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme B.; SARLET, Ingo W. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 461. E-book. ISBN 9786553624771. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624771/>. Acesso em: 04 set. 2024.

maioria federalista, aprovou uma lei que autorizou a nomeação de 42 juízes de paz para os Distritos de Columbia e Alexandria. Um dia antes da posse de Thomas Jefferson, em 03 de março de 1801, o Senado confirmou os 42 nomes dos juízes de paz, todos federalistas. No último dia de governo, John Adams assinou os atos de investidura a serem entregues aos novos juízes pelo Secretário de Estado John Marshall, que foi indicado por Adams para a Suprema Corte e apesar de ter prestado compromisso em 04 de fevereiro de 1801, permaneceu como Secretário de Estado, a pedido de John Adams até o fim do seu mandato. John Marshall não teve tempo para entregar os atos de investidura a todos os juízes de paz, entre eles, William Marbury. Quando James Madison, novo Secretário de Estado do governo de Thomas Jefferson, assumiu o cargo, ele se recusou a entregar os atos de investidura àqueles que ainda não o tinham recebido. Em decorrência desta atitude, no final de 1801 Marbury, com fundamento no §13 do Judiciary Act de 1789 ajuizou ação originária perante a Suprema Corte, requerendo *writ of mandamus* para obrigar Madison a lhe entregar o ato de investidura. O caso foi julgado pela Suprema Corte em 1803 e na ocasião o juiz John Marshall, apesar de entender que Marbury fazia jus à investidura no cargo, denegou a ordem impetrada. De acordo com o *Chief Justice*, o artigo 3º da Constituição teria fixado e limitado a competência originária da Suprema Corte. O § 13 da Lei de 1789, por sua vez, foi modificado pelo Congresso e alterou a competência originária da Suprema Corte, atribuindo-lhe competência para conhecer e julgar outras ações originárias, como a proposta por Marbury. Desta forma, diante da colisão entre a previsão constitucional e a legal, dentre as questões a serem decididas estava definir se a lei que conflita com a Constituição é válida e se a Suprema Corte tem poder para invalidá-la. A conclusão a que se chegou na ocasião foi de que a Constituição é a lei fundamental e suprema de um ordenamento jurídico, insuscetível de alteração pelos meios ordinários. Como consequência, as leis contrárias a ela são nulas e inválidas. Outrossim, afirmou-se que compete ao Poder Judiciário interpretar as leis por ocasião do julgamento dos casos e reconhecer a invalidade das leis que afrontem a Constituição, deixando de aplicá-las no caso concreto. Neste precedente, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América asseverou possuir competência para realizar o controle de constitucionalidade das leis, impulsionando o desenvolvimento do controle difuso de constitucionalidade²⁵².

O precedente firmado em *Marbury v. Madison*, então, afirmou a superioridade da Constituição e reconheceu a sua natureza de lei suprema em um ordenamento jurídico. Ao Poder Judiciário cabe interpretar as leis, examinar sua compatibilidade com a Constituição, deixar de aplicá-las e reconhecer sua invalidade nos casos em que violar as disposições constitucionais.

²⁵² MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme B.; SARLET, Ingo W. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 461-464. E-book. ISBN 9786553624771. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624771/>. Acesso em: 04 set. 2024.

Neste contexto, a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu o princípio da supremacia da constituição e a autoridade do Poder Judiciário para zelar por ela, com poderes para invalidar os atos emanados do Executivo e do Legislativo que com ela não sejam compatíveis²⁵³.

Gomes Canotilho²⁵⁴ ao discorrer sobre a posição hierárquico-normativa das normas constitucionais explicita:

(1) as normas do direito constitucional constituem uma lex superior que recolhe o fundamento de validade em si própria {autoprimazia normativa}; (2) as normas de direito constitucional são normas de normas {norma normarum}, afirmando-se como fonte de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a constituição.

Assim, fundamental para a o Estado de Direito é a existência de uma constituição que estructure a ordem jurídica e normativa fundamental e que vincule todos os órgãos e poderes estatais. Nesta linha, a constituição não é apenas mais uma lei no sistema normativo estatal, como preconizava a ideia tradicional de Estado de Direito. Ela constitui a ordem normativa fundamental e com supremacia normativa sobre as demais normas consolida o primado do Estado de Direito²⁵⁵.

Pelo fato de a Constituição se situar no ápice da estrutura normativa de um ordenamento, o seu cumprimento e a observância pelas normas hierarquicamente inferiores assumem especial importância²⁵⁶, haja vista que em um Estado Constitucional, a supremacia da Constituição impõe limites não apenas formais, mas também materiais aos poderes do estado²⁵⁷.

Para que as normas infraconstitucionais sejam formalmente compatíveis com a Constituição, é necessário seja observado o procedimento constitucional de elaboração das normas. Do ponto de vista material, apenas são válidas as leis que sejam materialmente compatíveis com a constituição, que representa o paradigma de observância obrigatória para os atos dos poderes públicos²⁵⁸. Disso resulta a necessidade de compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais que apenas serão válidas se forem conformes à constituição²⁵⁹.

Neste contexto os princípios da supremacia e da força normativa da constituição constituem relevantes instrumentos para a concretização dos direitos, das garantias e das finalidades plasmadas

²⁵³ BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p.321. E-book. ISBN 9786553624788. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624788/>. Acesso em: 03 set. 2024.

²⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 136.

²⁵⁵ Ibidem, p. 360.

²⁵⁶ TAVARES, Andre R. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 45. E-book. ISBN 9788553621248. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621248/>. Acesso em: 03 set. 2024.

²⁵⁷ Ibidem, p. 50.

²⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 360.

²⁵⁹ SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. 25º ed. rev. e .atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 47.

na Constituição e representam mecanismos para compatibilização da legislação ordinária com a quadra axiológica incorporada em nosso texto constitucional.

O princípio da força normativa da constituição representa a superação da noção amplamente aceita no fim do século XIX e início do século XX que conferia às normas constitucionais um caráter meramente programático, de exortação política e sem força vinculante²⁶⁰.

A temática a respeito da força normativa da constituição apenas assumiu importância em nosso país na década de 1980. Até então influenciado por períodos marcados pelo autoritarismo e pela concepção de que as previsões constitucionais seriam meras promessas e recomendações ao legislador infraconstitucional, as normas constitucionais não possuíam aplicabilidade direta e imediata, o que passa a ocorrer apenas após a promulgação da Constituição de 1988 e o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência pátria. A partir da afirmação do princípio em tela as normas constitucionais passam a ter caráter vinculativo e obrigatório e seu desrespeito autoriza o emprego dos instrumentos previstos para impor o seu cumprimento²⁶¹. A constituição, então, passa a ser dotada de efetividade e aplicabilidade²⁶².

Neste sentido, a força normativa das regras e princípios constitucionais tem caráter vinculante para todos os poderes públicos, que devem atuar no sentido de concretizar os preceitos constitucionais²⁶³. Este dever possui uma dimensão negativa, no sentido de que os poderes constituídos devem se abster de praticar condutas que se revelem contrárias ao texto constitucional e frustrem as finalidades almejadas pelo legislador constituinte. Também é possível vislumbrar uma dimensão positiva, que impõe aos poderes estatais, dentre eles o Judiciário, a obrigação de concretizar o conjunto de valores, os princípios, os direitos e garantias fundamentais, inclusive reconhecendo a inconstitucionalidade ou não recepção, conforme o caso, de normas previstas na legislação processual penal incompatíveis com a Constituição.

Como adverte Hesse, a constituição adquire força ativa se estiver presente na consciência geral, notadamente daqueles principais responsáveis pela ordem constitucional, não apenas a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição e o seu respeito²⁶⁴. E é nesta perspectiva que devemos aquilatar as normas previstas no Código de Processo Penal, objetivando sua compatibilização com as normas constitucionais ou na impossibilidade desta harmonização, na

²⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1150.

²⁶¹ BARROSO, Luís R. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 95. E-book. ISBN 9786553624788. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624788/>. Acesso em: 05 set. 2024.

²⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1150.

²⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 891.

²⁶⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

declaração de inconstitucionalidade ou não recepção, conforme o caso, mas jamais admitir a permanência no ordenamento de dispositivos ou o emprego de interpretações que violem de alguma forma os direitos fundamentais e garantias processuais do investigado ou acusado de um delito.

A constituição, para que seja real e efetiva, deve ser fielmente cumprida e respeitada por todos, e precisa estar integrada na sociedade estatal, assim como esta na constituição, em uma relação de simbiose, o que possibilita, neste caso, a concretização de uma constituição normativa, que submete e adapta o processo de poder às suas normas²⁶⁵.

Desta forma, em caso de conflito entre prescrições normativas deve ser conferida prevalência à interpretação que, atenta aos pressupostos da constituição normativa, privilegie e concretize uma eficácia ótima da constituição, assegurando sua eficácia e permanência²⁶⁶.

No âmbito do processo penal, em que os valores em jogo têm fundamental importância, haja vista o risco de restrição à liberdade do acusado, os princípios da força normativa e da supremacia da constituição adquirem especial relevo diante da necessidade de compatibilização de prescrições normativas ordinárias com o texto constitucional, notadamente em virtude de o nosso código ter sido concebido em um contexto histórico, social, político e econômico muito diverso daquele inaugurado pela Constituição de 1988.

2.5 Elementos acusatórios na Constituição da República de 1988.

Em nosso ordenamento jurídico constitucional é possível observar a existência de diversos dispositivos estruturantes e compatíveis com um modelo processual penal acusatório, que devem servir de paradigma de interpretação das normas ordinárias e possibilitam, através da concretização dos princípios da supremacia da constituição e de sua força normativa, assegurar no âmbito do processo penal o respeito aos direitos e garantias processuais do investigado e do acusado de um crime. Ademais, a nossa Constituição contém diversas previsões que nos permitem afirmar que o sistema processual penal adotado pelo nosso ordenamento não tem como propósito a consecução de finalidades compatíveis com sistemas de natureza inquisitória, que buscam prevalentemente a concretização da defesa social, da segurança pública e da obtenção da verdade substancial a qualquer custo²⁶⁷.

²⁶⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2º ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1979, p. 217.

²⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1126.

²⁶⁷ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 181/182.

A nossa Constituição previu diversos elementos que permitem classificar nosso sistema processual como acusatório, como a separação das funções de acusar, julgar e defender (Capítulo III da Constituição, artigo 129, inciso I, artigo 133, artigo 134), o respeito ao contraditório (artigo 5º, inciso LV), a paridade de armas (artigo 5º, incisos I e LVI), a publicidade (artigo 5º, inciso LX) e a oralidade (artigo 5º, incisos LIII, LIV e LV e artigo 98, inciso I). É possível ainda destacar outros dispositivos constitucionais que são compatíveis com um sistema acusatório, favorecem a sua concretização, bem como a consecução das finalidades do processo penal, tais como o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II), a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III), a proibição de tribunais de exceção (artigo 5º, inciso XXXVII), o respeito à integridade física e moral do preso, inclusive o provisório (artigo 5º, inciso XLIX), o princípio do juiz natural (artigo 5º, inciso LIII), o princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), o direito a não autoincriminação (artigo 5º, inciso LXIII), o relaxamento da prisão ilegal (artigo 5º, inciso LXV), a proibição da utilização de provas ilícitas (artigo 5º, inciso LVI) e a presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII).

Assim, na eventualidade de colisão entre normas infraconstitucionais com os dispositivos constitucionais estruturantes ou compatíveis com um modelo processual acusatório, deve prevalecer, em atenção ao princípio da supremacia da constituição, a solução que prestigie as normas constitucionais, na medida em que são hierarquicamente superiores formal e materialmente²⁶⁸. Neste sentido, releva acentuar que a proteção da liberdade individual contra o exercício abusivo dos poderes estatais é garantida especialmente através da observância dos direitos e garantias fundamentais previstas na constituição, de sua aplicabilidade direta, inclusive frente a atividade do legislador, bem assim através da legislação infraconstitucional que deve observar e concretizar os mandamentos constitucionais²⁶⁹.

É nessa conjuntura que se constata a necessidade de uma releitura da relação entre o sistema processual penal e a Constituição, para que seja formado um todo unitário. O processo é a Constituição aplicada, de maneira que não há como conceber o processo sem Constituição haja vista que o processo constitucionalizado constitui uma garantia contramajoritária²⁷⁰ e também assegura a concretização de direitos fundamentais previstos no texto constitucional e não adimplidos espontaneamente, desempenhando o processo constitucional e a constitucionalização

²⁶⁸ BRANCO, Paulo Gustavo G.; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. (Série IDP). Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 72. E-book. ISBN 9786553629417. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629417/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

²⁶⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 84.

²⁷⁰ Nesse sentido, em um ordenamento jurídico constitucional a maioria legislativa de ocasião não pode impor sua vontade e vulnerar o rol de direitos fundamentais elencados na Constituição pelo Poder Constituinte Originário, constituindo verdadeiro limite aos poderes constituídos.

das garantias processuais um relevante papel na realização da justiça²⁷¹ e na defesa contra regimes autoritários e ditatoriais.

É a partir da Constituição que os poderes legislativo e judiciário, bem como a doutrina constroem o processo, que deve ter na Constituição seu parâmetro de interpretação e aplicação. É o processo constitucional, então, que se ocupa dos instrumentos constitucionais voltados à tutela de direitos fundamentais, da ordem constitucional e do guardião da Constituição. É neste espaço que se realiza a interpretação e a aplicação da Constituição, notadamente mediante o exercício do controle de constitucionalidade por ações em que se evocam diretamente as normas constitucionais como parâmetro de exame da arguição da inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais²⁷².

Ao tratar da ponderação dos interesses coletivos e individuais em conflito definida pela lei processual penal e como a solução deste conflito por ela é sintomática da relação estabelecida entre indivíduo e estado em uma comunidade, Roxin assevera que o direito processual penal é o sismógrafo da constituição de um estado, pois cada mudança relevante na estrutura política também conduz a transformações no processo penal²⁷³. É nesse sentido, então, que devemos compreender a quadra axiológica, as finalidades e princípios inaugurados pela ordem constitucional de 1988, dado o seu poder transformador, inovador e balizador do nosso sistema processual penal.

O processo penal deve ser interpretado de acordo com a Constituição e demais tratados de direitos humanos em vigor no Estado Brasileiro e não o contrário²⁷⁴. O nosso processo constitucional tem como parâmetro para a aferição da constitucionalidade, como regra, a Constituição formalmente considerada. Todavia, ainda que determinada norma não esteja formalmente na Constituição, ela pode ser reconhecida como materialmente constitucional, formando-se um bloco de constitucionalidade, se oriunda de documento dotado de estatura constitucional, como os tratados internacionais sobre direitos humanos devidamente recepcionados em conformidade com a Constituição²⁷⁵.

²⁷¹ ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-4.1. E-book. ISBN 978-65-5991-677-1. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/272787512/v3/page/RB-4.1%20>. Acesso em: 07 de setembro de 2024.

²⁷² MITIDIERO, Daniel. *Processo Constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.3. E-book. ISBN 978-65-5991-279-7. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/287195172/v1/page/RB-1.3%20>. Acesso em: 07 de setembro de 2024.

²⁷³ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 10.

²⁷⁴ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 15. E-book. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/>. Acesso em: 16 jul. 2024.

²⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. RB-3.5.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal e a legislação processual penal devem formar uma unidade não mais apenas com a Constituição da República, já que seu conteúdo atualmente também deve ficar submetido a outro controle, consistente no exame de sua compatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos vigentes em nosso país, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dentre outros.

O controle de convencionalidade é uma doutrina que surge no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos com o objetivo de assegurar a efetivação dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos²⁷⁶. Ele foi discutido pela primeira vez no caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*²⁷⁷. Na ocasião do julgamento proferido em 26 de setembro de 2006 a Corte Interamericana de Direitos Humanos consignou²⁷⁸:

A corte tem consciência de que os juízes e tribunais domésticos devem respeitar o estado de direito e, portanto, devem aplicar as previsões em vigor no sistema legal. Mas quando o estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como integrantes do Estado, também estão vinculados à referida Convenção. Isto os obriga a zelar para que todos os efeitos das previsões contidas na Convenção não sejam impropriamente afetados pela aplicação de leis que sejam contrárias a seu propósito e que careçam de efeitos jurídicos desde a sua criação. Em outras palavras, o Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as disposições legais internas que são aplicadas a casos específicos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Para desempenhar esta tarefa, o Judiciário tem que levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação feita pela Corte Interamericana, que é a intérprete final da Convenção Americana.

Esse foi o primeiro caso em que a Corte Interamericana utiliza oficialmente o conceito de controle de convencionalidade para tratar da sua atribuição de exercer o controle e adequação das normas de direito interno em relação às da Convenção Americana²⁷⁹.

A partir desta decisão a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabelece que os juízes e tribunais domésticos devem exercer o controle de convencionalidade e ao fazê-lo necessitam levar em consideração não apenas as disposições do tratado, mas também a interpretação que a Corte

²⁷⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Controle de Convencionalidade: Origem, Conceito e desdobramentos*. Escola Superior do Ministério Público da União, 2021, p. 05. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/plataforma-aprender/acervo-educacional/conteudo/direitos-humanos-tratados-internacionais-e-o-controle-de-convencionalidade-na-pratica-do-sistema-de-justica-brasileiro/Aula5controledeconvencionalidadeorigemconceitoed.pdf>. Acesso em 16 de outubro de 2024.

²⁷⁷ MAZZUOLI, Valerio de O. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 359. E-book. ISBN 9786559645886. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645886/>. Acesso em: 11 set. 2024.

²⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Julgamento de 26 de setembro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_ing.pdf. Acesso em: 11 set. 2024.

²⁷⁹ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 07.

Interamericana tenha conferido às suas previsões normativas, na medida em que a Corte é a intérprete última da Convenção Americana.

Como destaca André Carvalho Ramos, o controle de convencionalidade pode ser de matriz internacional, autêntica ou definitiva e de matriz nacional, provisória ou preliminar. No primeiro caso, ele geralmente é realizado por órgãos internacionais criados por tratados internacionais, enquanto no segundo é feito por juízes internos de um estado. Deste duplice controle surge a possibilidade de que o resultado da interpretação feita internacionalmente divirja daquele feito por órgãos internos. Nesta situação deverá prevalecer a interpretação conferida pelo órgão internacional, haja vista o reconhecimento formal da competência jurisdicional do tribunal internacional por um Estado e, sobretudo, para se garantir efetividade às normas internacionais de direitos humanos²⁸⁰.

Nestas situações a interpretação interna dissociada dos parâmetros fixados internacionalmente enfraquece a universalidade dos direitos humanos e reduz os tratados internacionais de direitos humanos a meras promessas vazias, sem força vinculante uma vez que cada estado, por seus órgãos internos, poderia atribuir às normas submetidas ao controle de convencionalidade o conteúdo que melhor lhes aprouvesse²⁸¹.

O controle de convencionalidade foi novamente objeto de atenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso dos trabalhadores demitidos do Congresso (Aguado-Alfaro et al.) v. Peru²⁸² e na ocasião a Corte além de reiterar que os juízes de um Estado signatário de um tratado internacional de direitos humanos como a Convenção têm o dever de assegurar que o conteúdo das disposições, o objeto e finalidade do tratado não sejam anulados ou reduzidos pelas previsões normativas internas, devem exercer este controle de ofício, sem a necessidade de provocação das partes²⁸³.

Importa destacar, que não apenas a Convenção Americana constitui paradigma para o exercício do controle de convencionalidade das leis internas, inclusive as de natureza processual

²⁸⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Controle de Convencionalidade: Origem, Conceito e desdobramentos*. Escola Superior do Ministério Público da União, 2021, p. 10. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/plataforma-aprender/acervo-educacional/conteudo/direitos-humanos-tratados-internacionais-e-o-controle-de-convencionalidade-na-pratica-do-sistema-de-justica-brasileiro/Aula5controledeconvencionalidadeorigemconceitoed.pdf>. Acesso em 16 de outubro de 2024.

²⁸¹ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 18-19.

²⁸² CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Caso dos trabalhadores demitidos do Congresso (Aguado-Alfaro et al.) v. Peru. Julgamento de 24 de novembro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_ing.pdf. Acesso em: 11 set. 2024.

²⁸³ Importa mencionar que a jurisprudência da Corte Interamericana a respeito do dever de os juízes, tribunais e demais órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis realizar o controle de convencionalidade das normas domésticas de um estado foi reafirmada em outros julgamentos subsequentes como no caso Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México de 26 de novembro de 2010 e o caso Gelman Vs. Uruguai, em 24 de fevereiro de 2011. MAZZUOLI, Valerio de O. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 362. E-book. ISBN 9786559645886. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645886/>. Acesso em: 11 set. 2024.

penal. Qualquer tratado de direitos humanos em vigor no ordenamento jurídico de um estado signatário da Convenção Americana pode servir como parâmetro para o exame da compatibilidade das normas internas, conclusão esta que pode ser extraída da previsão do artigo 64, 1º da Convenção Americana e das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* e no caso *Gómez Palomino Vs. Peru*²⁸⁴.

Por fim, importa mencionar uma interessante perspectiva de abordagem do tema, que propõe a observância de um duplo controle. De acordo com esta concepção caberia ao Supremo Tribunal Federal e aos tribunais internos o controle de constitucionalidade dos atos internos e às cortes internacionais o controle de convencionalidade. Os atos internos devem se submeter, então, aos dois controles e na hipótese de não superar um deles o Estado deve atuar para que haja a cessação da conduta ilegítima e para reparar os danos. Esse duplo controle parte da premissa de que é possível separar a atuação dos tribunais, haja vista que atuariam em diferentes esferas e o eventual conflito de decisões seria apenas aparente²⁸⁵.

²⁸⁴ Como explica Mazzuoli, no julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* a Corte Interamericana ao tratar do controle de constitucionalidade referiu-se a “um tratado internacional como a Convenção Americana”. Já no caso *Gómez Palomino Vs. Peru* consistiu na primeira vez que a Corte Interamericana exerceu o controle de convencionalidade utilizando como paradigma outro tratado além da Convenção Americana. Na ocasião foi utilizada para fins de controle a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas. MAZZUOLI, Valerio de O. Op. cit., p. 361.

²⁸⁵ RAMOS, André de C. *Processo internacional de direitos humanos*. 7th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2022. E-book. p.167. ISBN 9786555599275. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555599275/>. Acesso em: 16 out. 2024.

3. SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO. FINALIDADES, LIMITES A ATIVIDADE PROBATÓRIA DO MAGISTRADO.

3.1 A importância do princípio da imparcialidade para um justo processo de natureza acusatória

O monopólio do poder estatal de impor a sanção penal surge a partir da compreensão de que a vítima e seus familiares não possuem a necessária isenção para determinar uma pena justa e racional ao autor do fato delituoso, uma vez que foram impactados pelo delito. O processo, então, constitui o instrumento estatal através do qual se produzem as provas destinadas a comprovar a eventual prática do crime e sua autoria. As partes envolvidas em um conflito transferem ao Estado o poder de solucionar o litígio instaurado. E, ao fazê-lo, elas têm a legítima expectativa de que o magistrado, terceiro e alheio aos interesses das partes, atuará de forma imparcial e proferirá uma decisão justa²⁸⁶.

A noção de neutralidade do julgador, que surge com o desenvolvimento do positivismo²⁸⁷, tem sido objeto de severas críticas, pois o magistrado não é um simples aplicador de normas, mero sujeito passivo das relações de conhecimento. Ele participa da construção da realidade e atua sobre ela ao aplicar as leis²⁸⁸.

A história de vida, o contexto histórico e social e as concepções políticas e filosóficas exercem influência na forma com que o magistrado irá interpretar e aplicar a lei. Desta forma, ele não pode ser considerado, na acepção pura da palavra, imparcial²⁸⁹.

A admissão de que a neutralidade do órgão julgador não existe permite trazer à lume uma importante consequência, consistente na aceitação de que elementos sociais, políticos, históricos, econômicos e ideológicos determinam a postura e o relacionamento do juiz no ambiente em que vive e possibilita que ele, tendo conhecimento a respeito da influência que estes fatores exercem, seja cauteloso para que seus pré-julgamentos e pré-conceitos sobre determinados assuntos

²⁸⁶ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. (Série IDP). São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023, p. 240. E-book. ISBN 9786553624474. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624474/>. Acesso em: 17 jun. 2024.

²⁸⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso (La parcialidad y la imparcialidad)*, p. 20. Disponível em: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf. Acesso em 25 de maio de 2024.

²⁸⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, p.163-168, 1998, p. 171.

²⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.3. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/RB-1.3%20>. Acesso em: 12 de junho de 2024.

submetidos à sua apreciação não o tornem pré-condicionado e prejudiquem a justa solução do caso em exame.

Maier afirma que no sentido moderno a palavra juiz não pode ser compreendida sem o adjetivo “imparcial”. Em outros termos, atualmente a qualificação imparcial integra o conceito de juiz²⁹⁰.

A imparcialidade constitui garantia tanto para quem exerce a jurisdição, como para aquele que demanda perante ela²⁹¹, pois é fundamental ao processo, que tem como pressuposto uma decisão justa por um terceiro equidistante das partes²⁹² e que não tenha interesse judicial quanto ao resultado do processo. Nesse sentido, ela se relaciona ao estado de ânimo do juiz²⁹³, que não pode decidir qualquer relação da qual também participe (*Nemo iudex in causa propria*)²⁹⁴. Calamandrei ensina que “A imparcialidade, virtude suprema do juiz, é a resultante psicológica de duas parcialidades que se combatem”²⁹⁵.

O princípio da imparcialidade tem como premissa a necessidade de que o magistrado solucione o caso submetido a sua apreciação sem que seja influenciado por nenhum outro interesse que não seja a aplicação correta da lei e a solução justa para o caso²⁹⁶. Outrossim, tem uma especial relação com o dever de se ouvir a parte contrária antes de se resolver um litígio, em prestígio, também, ao princípio do contraditório, conforme antigo adágio latino que preceitua “*Audiatur et altera pars*”. A ausência de concessão do direito de audiência a ambas as partes produz uma parcialidade, pois o magistrado, neste caso, apenas teve conhecimento de parte do que deveria tomar conhecimento, de um dos pontos de vista existentes²⁹⁷.

²⁹⁰ MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal, Tomo I – Fundamentos*, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 739.

²⁹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, p.163-168, 1998, p. 173.

²⁹² MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. (Série IDP). São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023, p. 284. E-book. ISBN 9786553624474. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624474/>. Acesso em: 17 jun. 2024.

²⁹³ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2022, p. 390. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 17 jun. 2024.

²⁹⁴ CAPPELLETI, Mauro. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 75.

²⁹⁵ CALAMANDREI, Piero. Trad. Ivo de Paula. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. São Paulo: Editora Pillares, 2013, p. 87.

²⁹⁶ BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. atual. ampl. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L, 1999, p. 320.

²⁹⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso (La parcialidad y la imparcialidad)*, p. 05-06. Disponível em: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf. Acesso em 25 de maio de 2024.

A imparcialidade, juntamente com a independência do juiz, constituem garantias necessárias para a salvaguarda das liberdades individuais²⁹⁸ e para assegurar a justiça e a equidade das decisões²⁹⁹. De outra sorte, o seu desrespeito conduz a erosão de diversas garantias e direitos fundamentais.

Um importante instrumento de fiscalização da atuação do julgador consiste na exigência da motivação das decisões judiciais, que não têm como destinatários apenas as partes e os julgadores responsáveis por apreciar o recurso, mas também a comunidade, que poderá verificar concretamente a imparcialidade do magistrado e a justiça da decisão³⁰⁰.

Cabe pontuar, por pertinente, que a imparcialidade não se confunde com a justiça, haja vista que aquela se relaciona com o móvel que impulsiona a decisão exteriorizada, os motivos que sustentaram uma decisão, enquanto a justiça diz respeito ao conteúdo do ato³⁰¹. No entanto, é certo que sofrem influências recíprocas, notadamente porque a justiça da decisão tem como pressuposto a imparcialidade do julgador³⁰².

A Constituição da República de 1988 não previu expressamente a garantia da imparcialidade do órgão julgador, todavia, ela é *conditio sine qua non* de qualquer juiz, constituindo uma garantia constitucional implícita³⁰³ que objetiva, dentre outras finalidades, coartar eventual atuação arbitrária do poder penal pelo Estado³⁰⁴.

No âmbito internacional, diversos tratados de proteção de direitos humanos previram expressamente a imparcialidade como garantia judicial do acusado submetido a persecução penal³⁰⁵.

²⁹⁸ FILHO, Manoel Gonçalves F. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022, p. 216. E-book. ISBN 9786559644599. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644599/>. Acesso em: 29 mai. 2024.

²⁹⁹ BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 320. E-book. ISBN 9788553621132. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621132/>. Acesso em: 29 mai. 2024.

³⁰⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

³⁰¹ GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso (La parcialidad y la imparcialidad)*, p. 20. Disponível em: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf. Acesso em 25 de maio de 2024.

³⁰² Ibidem, p. 04.

³⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.3. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/RB-1.3%20>. Acesso em: 12 de junho de 2024.

³⁰⁴ BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. atual. ampl. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L, 1999, p. 149.

³⁰⁵ Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, artigo 8º, 1 (*Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*). Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 15 de junho de 2024; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, artigo XXVI (*Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser ouvida numa forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas*). Disponível em:

As Cortes Internacionais em inúmeras oportunidades já se debruçaram sobre o tema. A Corte Europeia de Direitos Humanos ao apreciar o caso *Piersack vs. Bélgica* salientou que a imparcialidade normalmente significa a ausência de pré-juízos ou de predisposição, e sua presença pode ser apurada de diversas formas, dentre elas a partir da distinção entre uma perspectiva subjetiva, que consiste em verificar a convicção pessoal de um magistrado em um determinado caso concreto (imparcialidade pessoal) e a perspectiva objetiva, que diz respeito ao fornecimento de garantias suficientes para que se exclua qualquer dúvida legítima a respeito da imparcialidade, ou seja, é necessário que tribunal inspire no público a confiança de que é imparcial³⁰⁶:

Enquanto imparcialidade normalmente denota ausência de preconceito ou predisposição, sua existência ou não pode, notadamente sob o Artigo 6 § 1 (art. 6-1) da Convenção, ser testada de várias formas. A distinção pode ser extraída entre uma abordagem subjetiva, que procura determinar a convicção pessoal de um juiz em um determinado caso, e a abordagem objetiva, que determina se ele ofereceu garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima a este respeito. (a) Em relação à primeira abordagem, a Corte observa que o requerente muito respeitosamente rende homenagem à imparcialidade subjetiva do Sr. Van de Walle; não se tem qualquer dúvida a este respeito e certamente a imparcialidade subjetiva deve ser presumida até que se prove o contrário (veja os julgamentos de *Le Compte, Van Leuven e De Meyere* de 23 de junho de 1981, Series A no. 43, p. 25, § 58). Entretanto, não é possível limitar-se a um teste puramente subjetivo. Nesta seara, mesmo as aparências podem ter certa importância (veja o julgamento de *Delcourt* de 17 de Janeiro de 1970, Series A no. 11, p. 17, § 31). Como foi observado pela Corte Belga de Cassação no julgamento de 21 de fevereiro de 1979 (veja parágrafo 17 acima), qualquer juiz em relação a quem haja uma razão legítima para temer a ausência de imparcialidade deve se afastar. O que está em jogo é a confiança que a Corte deve inspirar no público em uma sociedade democrática. (b) Seria ir longe demais ao extremo oposto sustentar que antigos funcionários judiciais do departamento de promotoria pública não pudessem atuar como magistrado em todos os casos que foram inicialmente examinados pelo departamento, apesar de nunca terem tido que lidar com o caso pessoalmente. Uma solução radical desta, baseada na inflexibilidade e concepção formalista de unidade e indivisibilidade do departamento da promotoria pública iria erigir uma impenetrável barreira entre este departamento e a magistratura. Isto conduziria a um abalo no sistema judicial de diversos Estados Contratantes onde transferências de um destes cargos ao outro são de frequentes ocorrências. Além de tudo, o mero fato de um juiz ter sido membro do departamento da promotoria pública não é razão para temer que ele careça de imparcialidade; a Corte concorda com o Governo neste ponto. (c) A Corte Belga de Cassação que, de ofício, levou em consideração o Artigo 6 § 1 (art. 6-1), adotou neste caso um critério baseado nas

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em: 15 de junho de 2024; Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 10 (*Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele*). Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 15 de junho de 2024; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 14, 1 (*Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil (...)*). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 15 de junho de 2024.

³⁰⁶ Caso *Piersack vs Bélgica*. O réu questionou a imparcialidade de um dos juízes do Tribunal que previamente atuou como chefe de uma seção do Ministério Público responsável pela formulação da acusação contra Mr. Piersack. A parcialidade do julgador, ao final, foi reconhecida pelo Tribunal, que entendeu que o público tinha razões suficientes para temer que o julgador não tenha oferecido garantias suficientes de imparcialidade. CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57557>. Acesso em 16 de junho de 2024.

funções exercidas, ou seja, se o juiz previamente entrevistou “no caso em ou por ocasião do exercício de... funções de funcionário judicial no Ministério Público”. A Corte rejeitou o recurso do Sr. Piersack em questões de direito porque os documentos que lhe foram apresentados não demonstravam, no seu ponto de vista, que tivesse havido qualquer intervenção desse tipo por parte do Sr. Van de Walle na qualidade de Substituto Sênior do Ministério Público de Bruxelas, mesmo de alguma forma que não seja a adoção de um ponto de vista pessoal ou a tomada de uma medida específica no processo de acusação ou investigação (ver parágrafo 17 acima). (d) Mesmo esclarecido da forma acima mencionada, um critério deste tipo não atende plenamente aos requisitos do Artigo 6 § 1 (art. 6-1). Para que as cortes possam inspirar no público a confiança que é indispensável, também devem ser levadas em considerações questões internas de organização. Se um indivíduo, depois de exercer no Ministério Público um cargo cuja natureza lhe permite tratar de um determinado assunto no exercício das suas funções e apreciar posteriormente o mesmo processo como um juiz, o público tem o direito de temer que ele não ofereça garantias suficientes de imparcialidade.

O tema da imparcialidade também foi apreciado pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *De Cubber vs. Bélgica*, no qual o Tribunal entendeu violada a imparcialidade objetiva ao argumento de que o juiz responsável pelo julgamento atuou previamente como juiz da fase de investigação. Na ocasião foi consignado³⁰⁷:

Seja como for, a imparcialidade pessoal de um juiz é presumida até que haja prova em contrário (veja o mesmo julgamento, loc.cit.) e no presente caso tal prova não se encontra nas evidências apresentadas perante a Corte. Não há nada, em particular, que indique que em casos anteriores o Senhor Pilate demonstrou qualquer hostilidade ou animosidade em relação ao Senhor de Cubber (veja parágrafo 9 acima) ou que ele tenha providenciado, por razões estranhas às regras normais que regulam a atribuição dos casos, a atribuição a ele de cada uma das três investigações preliminares abertas em relação ao requerente em 1977 (veja parágrafos 8, 10 e 16 acima; parágrafo 46 do relatório da Comissão).

26. Entretanto, não é possível que a Corte se limite puramente ao teste subjetivo; devem também ser examinados aspectos relacionados às funções exercidas e à organização interna (abordagem objetiva). A este respeito, mesmo aparências são importantes; nas palavras da máxima inglesa citada, por exemplo, no julgamento de *Delcourt* de 17 de janeiro de 1970 (Série A n. 11, p. 17, para.31), “justiça deve não apenas ser feita: também precisa ser vista como feita”. Como a Corte de Cassação belga observou (21 de fevereiro de 1979, *Pasicrisie* 1979, I, p. 750), deve ser recusado qualquer juiz em relação a quem haja legítima razão para temer a ausência de imparcialidade. O que está em jogo é a confiança que os tribunais em sociedades democráticas devem inspirar no público e acima de tudo, em relação ao processo penal, no acusado (veja julgamento acima mencionado de 1 de outubro de 1982, pp. 14-15, para. 30).

Posteriormente, no caso *Hauschildt vs. Dinamarca* a Corte Europeia de Direitos Humanos adotou uma nova perspectiva a respeito da imparcialidade judicial. De acordo com o entendimento firmado neste caso o fato de um magistrado ter ordenado a prisão cautelar do acusado, por si só, não afetaria a sua imparcialidade, sendo necessária a análise da natureza da decisão e se seu conteúdo se aproxima daquela a ser proferida por ocasião do exame do mérito do caso. Na situação em comento, a legislação dinamarquesa, para a constrição cautelar do acusado, exigia que houvesse suspeita

³⁰⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso de *Cubber vs. Bélgica*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57465%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57465%22]}). Acesso em: 07 de julho de 2024.

particularmente confirmada de que ele tivesse cometido o crime, o que significaria que o juiz deveria estar convencido com um alto grau de claridade a respeito da culpa do réu. Desta forma, a diferença entre estas questões e aquelas que deveria examinar por ocasião do julgamento do mérito era bem tênue e tinha o condão de abalar sua imparcialidade objetiva³⁰⁸.

A Corte Interamericana de Direito Humanos também já enfrentou o tema e asseverou que o direito de ser julgado por um juiz imparcial é uma garantia fundamental do devido processo e o magistrado deve apreciar o caso livre de pré-julgamentos, oferecer suficientes e objetivas garantias para que inspire a necessária confiança e segurança nas partes envolvidas no caso, bem como nos cidadãos de uma sociedade democrática³⁰⁹:

A Corte reitera que o direito de ser julgado por um juiz ou tribunal imparcial é uma garantia fundamental do devido processo. Em outras palavras a pessoa submetida a julgamento deve ter a garantia que o juiz ou o tribunal que julgam o seu caso apresentem a mais completa objetividade. Esta Corte estabeleceu que a imparcialidade exige que o juiz que atue em um litígio aborde os fatos do caso subjetivamente, livre de todos prejuízos e deve oferecer suficientes garantias objetivas a partir de um ponto de vista objetivo de forma a inspirar a necessária crença e confiança nas partes do caso e nos cidadãos de uma sociedade democrática. A imparcialidade de um tribunal implica que seus membros não tenham interesse direto no caso, um ponto de vista preestabelecido ou preferência por uma das partes e que não estejam envolvidos na controvérsia. Desta forma, o juiz deve parecer atuar sem estar sujeito a nenhuma influência, induzimento, pressão, ameaça ou interferência, direta ou indireta, e apenas e exclusivamente de acordo com – e com fundamento – na lei.

Em sentido semelhante foi o entendimento emanado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Arguelles e outros vs. Argentina*. De acordo com a decisão a imparcialidade impõe que o magistrado forneça garantias subjetivas e objetivas que possibilitem afastar qualquer

³⁰⁸ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Hauschildt vs. Dinamarca*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57500%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57500%22]}). Acesso em 11 de julho de 2024.

³⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Caso *Duque Vs. Colômbia*. Julgamento de 26 de fevereiro de 2016 (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas) No original consta nos seguintes termos: “162. *The Court reiterates that the right to be tried by an impartial judge or court is a fundamental guarantee of due process. In other words, the person on trial must have the guarantee that the judge or court presiding over his case brings to it the utmost objectivity. This Court has established that impartiality demands that the judge acting in a specific dispute approach the facts of the case subjectively, free of all prejudice, and must offer sufficient objective guarantees from an objective viewpoint so as to inspire the necessary trust and confidence in the parties to the case and in the citizens of a democratic society. The impartiality of a court implies that its members have no direct interest in, a pre-established viewpoint on, or a preference for one of the parties, and that they are not involved in the controversy. That is so, since a judge must appear to act without being subject to any influence, inducement, pressure, threat or interference, direct or indirect, and only and exclusively in accordance with —and on the basis of— the law*”. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_ing.pdf. Acesso em: 17 de junho de 2024. Não é toda e qualquer decisão judicial proferida em sede de investigação, portanto, que tem aptidão para tornar o juiz parcial. Todavia, se o magistrado de alguma forma manifesta sua convicção de que o investigado tenha tomado parte nos fatos criminosos objeto de investigação, refletindo um pré-julgamento sobre o caso, sua isenção está comprometida e por consequência, a eventual decisão que venha proferir ao fim do processo estará maculada pelo manto da parcialidade. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.3. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/RB-1.3%20>. Acesso em: 12 de julho de 2024.

dúvida que o acusado ou a sociedade possa ter a respeito da sua imparcialidade. Outrossim, foi consignado que³¹⁰:

A garantia da imparcialidade implica que os integrantes do tribunal não tenham um interesse direto, uma posição tomada, uma preferência por alguma das partes e que não se encontrem envolvidos na controvérsia, e que inspirem a confiança necessária às partes do caso, bem como aos cidadãos de uma sociedade democrática. Outrossim, não se presume a falta de imparcialidade, mas esta deve ser analisada caso a caso.

Nessa linha de intelecção a teoria da aparência geral da imparcialidade preceitua que não é suficiente que o magistrado seja subjetivamente imparcial, sendo imperioso que a sociedade tenha a legítima crença de que o julgamento ocorreu por um órgão imparcial. Assim, além de efetivamente imparcial, é necessário que o órgão julgador também pareça ser imparcial, uma vez que se a sociedade tiver a crença de que ao réu não foi assegurado um justo julgamento, a própria legitimidade do Poder Judiciário é questionada³¹¹.

Desta forma, pode-se afirmar que a imparcialidade constitui um dos princípios concretizadores do Estado de Direito³¹² e tem como pressuposto a exigência de os juízes não serem parte nos processos submetidos a sua apreciação³¹³ e não ter interesse pessoal no seu resultado. Além disso, também requer a ausência de preconceitos em relação às pessoas ou ao assunto submetido a sua apreciação³¹⁴, notadamente porque a legitimidade social do juiz tem seu fundamento na sua imparcialidade³¹⁵.

No âmbito da gestão de provas no processo penal, o risco de comprometimento da imparcialidade do julgador desponta tanto mais quanto maior for o protagonismo assumido pelo magistrado na iniciativa de buscar, colher e introduzir a prova no processo. Se por um lado, a atitude passiva, inerte e espectadora não se revela satisfatória para a consecução dos fins almejados pelo direito processual penal, a centralidade do magistrado na atividade instrutória tampouco se afigura a postura mais adequada.

³¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Caso Arguelles e outros vs. Argentina. Julgamento de 20 de novembro de 2014 (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_ing.pdf. Acesso em: 13 de julho de 2024.

³¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.3. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/RB-1.3%20>. Acesso em: 24 de junho de 2024.

³¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 792.

³¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 665.

³¹⁴ MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal, Tomo I – Fundamentos*, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 739.

³¹⁵ BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. atual. ampl. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L, 1999, p. 141.

Como esclarece Teresa Armenta Deu nenhum sistema atualmente existente satisfaz, em sua plenitude, as necessidades e exigências de um devido processo legal. Diante da inexistência de modelos perfeitos deve-se, então, buscar a elaboração do melhor modelo possível e para tanto é importante encontrar o equilíbrio entre os valores e interesses em jogo³¹⁶.

Assim é que a incidência do princípio acusatório, “*uma garantia essencial do julgamento independente e imparcial*”³¹⁷, constitui limite seguro ao risco da proatividade judicial na instrução probatória e é um importante instrumento para minimizar o perigo de o magistrado se envolver indevida e demasiadamente na atividade de produção probatória e se comprometer psicologicamente com um dos polos da ação e sua versão sobre os fatos em franca violação ao princípio da imparcialidade.

O magistrado que antecipadamente já tem uma convicção formada sobre o caso torna dispensável o processo penal, na exata medida em que, desde o início do processo as partes não têm condições de influenciar o resultado do julgamento³¹⁸.

3.2. Finalidades do Processo. Considerações iniciais.

O reconhecimento da autonomia do direito processual como ciência suscitou o debate a respeito da existência de duas ciências jurídicas autônomas, de caráter civil e penal, ou de apenas uma.

Os defensores da teoria dualista asseveram que o direito processual civil e o direito processual penal são substancialmente diversos e constituem duas ciências jurídicas diversas³¹⁹. A

³¹⁶ DEU, Teresa Armenta. *Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 121-139, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.7>. Acesso em 29 de junho de 2024.

³¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa* Anotada, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 205-206.

³¹⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, Rio de Janeiro, p. 177-178. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Parte I - Princípios. 1. Pensando um sistema acusatório para o Brasil a partir dos modelos dos EUA, da Argentina, do Chile e do México*. In DEZEM, Guilherme Madeira. BADARÓ, Gustavo Henrique. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Código de Processo Penal, vol. 1 (coord.)*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.14. E-book. ISBN 978-65-5991-642-9. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/276576450/v1/page/RB-1.14%20>. Acesso em: 12 de maio de 2024.

³¹⁹ Florian menciona quatro distinções, que na sua ótica impedem se possa reconhecer a unidade entre processo civil e processo penal: i) no âmbito do processo penal o objeto essencial é uma relação de direito público, haja vista que nele se desenvolve uma relação de direito penal, enquanto no processo civil está sempre presente uma relação de natureza privada, civil ou comercial; ii) o processo penal, como regra, constitui instrumento indispensável para a aplicação do direito penal, o que, nem sempre acontece com o processo civil; iii) o poder dispositivo das partes é restrito e o do juiz mais abrangente no processo penal, diversamente do que ocorre no processo civil, em que as partes possuem maior discricionariedade de atuação e o magistrado um menor poder dispositivo; iv) o processo civil se orienta por critérios estritamente jurídicos enquanto o processo penal é inspirado também por valores éticos e sociais. FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Bosch: Barcelona, 1934, p. 20-21.

teoria unitária, atualmente dominante e que tem entre seus expoentes Carnelutti³²⁰, sustenta a unidade do direito processual. De acordo com os defensores desta corrente o direito processual civil e o direito processual penal são ramos distintos da ciência do direito processual, mas não há uma diferença substancial entre eles, que possuem diversos institutos comuns, como os conceitos de processo, jurisdição, ação, dentre outros³²¹. Assim, as teorias gerais do processo civil e do processo penal se unem em uma teoria mais geral do processo despida de qualquer adjetivação³²².

A despeito de sua autonomia em relação ao direito material, o processo constitui instrumento para o exercício legítimo do poder jurisdicional do Estado³²³ e é formado por um conjunto de princípios, regras e instituições voltados para dirimir o conflito entre as partes³²⁴.

No âmbito doutrinário, não há consenso a respeito do escopo do processo. Alguns sustentam ser a tutela de direitos subjetivos (teoria subjetivista) enquanto outros asseveram que visa a atuação da vontade da lei (teoria objetivista). A primeira vertente sofre críticas por ser demasiadamente formalista e ter em perspectiva apenas a ótica estatal de atuação do direito objetivo. Já a segunda considera apenas o interesse e a pretensão da parte autora. Há ainda uma terceira linha de pensamento, chamada de subjetivista-objetivista ou mista que afirma que as duas outras teorias não se opõem, haja vista que os direitos subjetivos consubstanciam o resultado da valoração jurídica que se faz do direito objetivo, identificando-se, pois, com ele³²⁵.

Atualmente, a partir da adoção de uma perspectiva social e política do processo, tem sido observada uma tendência de abandono da concepção unitária do escopo do processo para que se amplie o âmbito dos objetivos perseguidos mediante a adoção de uma visão sistemática e integrada dos fenômenos político, social e jurídico³²⁶. Há então, uma superação da concepção prevalente no estado liberal do século XIX, que entendia suficiente para a realização da justiça o mero cumprimento da lei³²⁷.

O Estado social contemporâneo não mais se satisfaz com o juiz passivo, inerte e espectador³²⁸. O processo deve servir como ferramenta para a concretização de resultados jurídico-

³²⁰ CARNELUTTI, Francesco. Trad. Santiago Sentís Melendo. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Libreria el Foro, 1950, p. 43.

³²¹ ALVIM, J. E. C. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book, p. 27. ISBN 9788530994433. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994433/>. Acesso em: 21 jun. 2024.

³²² CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., p. 43.

³²³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 302.

³²⁴ MARTINS, Sergio P. *Teoria geral do processo*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book, p. 13. ISBN 9786555599541. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599541/>. Acesso em: 21 jun. 2024.

³²⁵ ALVIM, J. E. C. Op. cit., p. 13-14. ISBN 9788530994433. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994433/>. Acesso em: 21 jun. 2024.

³²⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 183-184.

³²⁷ Ibidem, p.185.

³²⁸ Ibidem, p. 184.

substanciais a partir das aspirações e necessidades exteriorizadas pela comunidade política que regula³²⁹.

Não se pode perder de vista, no entanto, que o processo constitui o instrumento para o exercício da função jurisdicional, que tem entre seus objetivos a eliminação dos conflitos e a realização da justiça através da vontade concreta da lei³³⁰.

A jurisdição³³¹ e, por consequência, o sistema processual, afirma-se, possuem várias finalidades, de natureza social, política³³² e jurídica³³³, sendo a pacificação social com justiça o escopo mais importante da jurisdição³³⁴. Nesta linha, a atuação jurídica do Estado se justifica a partir da constatação de estados pessoais de insatisfação e de decepção dos componentes de uma sociedade e a sua ação se legitima mediante uma atuação voltada para eliminar condutas disruptivas, fomentar comportamentos agregadores e para distribuir bens entre as pessoas, promovendo, desta forma, um ambiente favorável ao alcance da paz na sociedade. Para a concretização deste mister, é indispensável que o Estado promova a eliminação dos conflitos mediante o emprego de critérios justos, pois desta forma favorece a aceitação do resultado – ainda que discordem - por aqueles que tiveram seus interesses contrariados³³⁵.

3.2.1 Finalidades do processo penal. Sistemas processuais penais de natureza acusatória e inquisitória.

O processo penal é concebido como um conjunto de atos e formas através das quais os órgãos competentes previamente definidos em lei e mediante a observância de certos requisitos

³²⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 186.

³³⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 301.

³³¹ A jurisdição é um dos atributos do Estado, pode ser conceituada como poder de se decidir de forma imperativa e compelir o seu cumprimento. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 30.

³³² Através deste escopo, o Estado reafirma o seu poder, decide e impõe imperativamente o que decidiu sem que se possa revisar o decidido, acarretando a *imunização* das decisões. Há ainda outro importante escopo político, consistente na preservação das liberdades públicas. DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 200-202.

³³³ Aqui referida como a atuação concreta do direito, cujo conteúdo não corresponde exata e necessariamente à lei, mas à ideia de justiça, que deve ser obtida mediante interpretação dinâmica e atenção à realidade subjacente. DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 257.

³³⁴ Cintra, Dinamarco e Grinover citam entre os demais objetivos do processo apontados pela doutrina: “a) educação para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do valor liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado e a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste (escopos políticos); c) a atuação da vontade concreta do direito (escopo jurídico).” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 30.

³³⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 189-190.

proferem julgamentos e aplicam a lei em casos concretos³³⁶. A regra, portanto, é a necessária observância pelo Estado das regras processuais previstas em lei para que possa exercer o poder punitivo e submeter o acusado a uma pena, pois a lei penal só pode ser aplicada por via da observância do processo penal³³⁷.

A opção por um determinado modelo processual sofre o influxo de várias influências, dentre elas a determinação da finalidade que o processo penal deve exercer no ordenamento jurídico de um país. Estados que possuem tradição de respeito ao Estado de Direito ostentam sistemas processuais que têm objetivos completamente diversos daqueles de tradição autoritária. Esta distinção de finalidade é deveras evidente, quando se cogita a possibilidade de se introduzir um modelo inquisitório em um ordenamento jurídico de bases democráticas.

É oportuno ponderar, no entanto, que um sistema processual penal pode não possuir apenas uma finalidade. Há, sim, a possibilidade de ostentar propósitos e objetivos diversos, mas que sejam compatíveis entre si.

Nesta conjuntura, o sistema processual penal que tem como finalidades preponderantes a defesa social e a segurança pública em detrimento de todas as demais submete os cidadãos ao risco de arbítrio e de vulneração de garantias fundamentais, pois o processo orientado prevalentemente à eficiência expõe o julgador ao risco de juízos prévios desfavoráveis às teses defensivas e inclinação para adesão desde o início à tese acusatória formulada, à relativização de nulidades, a adoção de postura ativa e central na produção de provas, tornando o processo uma mera formalidade, já que desde o início já está decidido e comprometido com uma das teses apresentadas³³⁸.

Os modelos inquisitórios de processo penal são orientados para a obtenção da verdade substancial, abrangente e política. Para tanto, a busca e concretização da verdade máxima não encontra qualquer limitação normativa na forma de sua obtenção e o fim (alcance desta verdade, qualquer que seja) justifica a adoção dos meios (procedimentos, quaisquer que sejam eles)³³⁹. A busca pela verdade substancial carece de limites legais e autoriza-se a sua perseguição para além da observância das regras processuais legalmente previstas³⁴⁰.

³³⁶ O conceito aqui mencionado parte do exame da função, do objeto do processo, que consiste em definir, determinar a relação jurídica de direito penal entre o Estado e o réu e é de autoria de Eugênio Florian, que afirma: *El proceso penal se puede, pues, considerar como el conjunto de las actividades y formas, mediante las cuales los órganos competentes, preestablecidos en la ley, observando ciertos requisitos, proveen, juzgando, a la aplicación de la ley penal en cada caso concreto : trata — dicho en otros términos — de definir la relación jurídica penal concreta y, eventualmente, las relaciones jurídicas secundarias conexas*. FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Bosch: Barcelona, 1934, p. 14.

³³⁷ Ibidem, p. 17.

³³⁸ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 181/182.

³³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 434-435.

³⁴⁰ Ibidem, p. 38.

Neste linha, a perseguição a todo e qualquer custo de uma pretensa verdade material tem o condão de, a pretexto de se descobrir realmente o que ocorreu e assegurar a eficiência criminal, legitimar condutas arbitrárias como tortura, meios ilícitos de obtenção da prova, a proatividade probatória do juiz, e por conseguinte a vulneração da imparcialidade mediante prévio comprometimento do julgador com um dos polos da ação.

A doutrina adverte, todavia, que esta pretensa busca pela verdade material ou real constitui apenas um mito e é insuscetível de ser alcançada³⁴¹, apesar de ser utilizada como fundamento para diversos excessos, ainda que bem intencionados. Neste sentido, é preciso pontuar que, não obstante o processo constituir instrumento para a aplicação do Direito Penal, este não é o único e nem o seu principal papel.

De toda forma, a busca pela verdade absoluta como o objetivo preponderante do processo penal não encontra guarida em modelos processuais de caráter acusatório e inspiração democrática, que devem se satisfazer com a verdade possível obtida mediante a produção das provas a partir da atividade probatória preponderantemente desenvolvida em contraditório pelas partes.

Em um modelo processual acusatório, a finalidade do processo penal, a despeito de não ser única, diverge daquela de um modelo inquisitório.

Dentre os propósitos perseguidos pelo processo releva apontar a busca pelo conhecimento, mediante a produção de provas, para possibilitar a decisão final³⁴². É através do processo judicial que se verifica a ocorrência de um delito e de sua autoria³⁴³. O processo penal, então, constitui instrumento de legitimação de uma decisão de força proferida pelo Estado³⁴⁴.

Interessante ainda mencionar a perspectiva que salienta a existência da “*tetralogia teleológica do direito processual penal*”, que tem como finalidades a realização da justiça material mediante a observância das regras legais, a descoberta da verdade processual e juridicamente

³⁴¹ GIACOMMOLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas. Provas. Rituais Processuais. Júri. Sentenças*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 36/37.

³⁴² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Parte I - Princípios. 1. Pensando um sistema acusatório para o Brasil a partir dos modelos dos EUA, da Argentina, do Chile e do México*. In DEZEM, Guilherme Madeira. BADARÓ, Gustavo Henrique. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Código de Processo Penal, vol. 1 (coord.)*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.14. E-book. ISBN 978-65-5991-642-9. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/276576450/v1/page/RB-1.14%20>. Acesso em: 12 de junho de 2024.

³⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.7. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/1>. Acesso em: 29 de junho de 2024. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Parte I - Princípios. 1. Pensando um sistema acusatório para o Brasil a partir dos modelos dos EUA, da Argentina, do Chile e do México*. In DEZEM, Guilherme Madeira. BADARÓ, Gustavo Henrique. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Código de Processo Penal, vol. 1 (coord.)*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.15. E-book. ISBN 978-65-5991-642-9. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/276576450/v1/page/RB-1.15%20>. Acesso em: 12 de junho de 2024.

³⁴⁴ BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. atual. ampl. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L, 1999, p. 141.

válida, a tutela dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e o restabelecimento da paz jurídica e social³⁴⁵.

Nesta conjuntura, além de constituir meio para a satisfação da pretensão acusatória, em ordenamentos jurídicos democráticos o processo possui uma finalidade constitucional, consistente na tutela dos direitos e garantias fundamentais³⁴⁶. É, pois, instrumento para limitação do poder estatal e para proteção daquele submetido à persecução penal, que por se encontrar nesta posição de sujeito passivo no processo criminal, se encontra em situação fragilizada, independentemente de sua situação econômica, social ou política³⁴⁷.

O processo, então, tem também entre suas finalidades a defesa dos direitos fundamentais do réu face o eventual arbítrio estatal no exercício de sua pretensão punitiva³⁴⁸. Outrossim, ele visa proporcionar o espaço necessário para que as partes participem ativamente na construção da decisão a ser prolatada pelo órgão julgador³⁴⁹.

Os modelos acusatório e inquisitório, desta forma, possuem propósitos distintos, com importantes consequências para a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Como explica Binder, os sistemas acusatório e inquisitório representam uma síntese da eficiência e garantia. O modelo acusatório tem uma tendência em melhor proteger o indivíduo e sua dignidade enquanto o modelo inquisitório confere maior importância à eficiência³⁵⁰.

Importa destacar, todavia, que a busca pela eficiência não é incompatível com os demais objetivos de um processo penal que se propõe acusatório. Ao revés, a sua valoração e devida consideração dentre as finalidades de um modelo acusatório tem o condão de reforçar a confiança na integridade do ordenamento e contribui para a pacificação social com justiça. Sobre o tema, Grinover explica³⁵¹:

O direito processual é ramo autônomo do direito, regido por princípios publicistas. Tem ele fins distintos de seu conteúdo e esses fins se confundem com os objetivos do próprio Estado, na medida em que a jurisdição é uma de suas funções. Os objetivos da jurisdição e

³⁴⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal, Segurança e Liberdade: uma provocação*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 105-120, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>. Acesso em 29 de junho de 2024.

³⁴⁶ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89.

³⁴⁷ LOPES JR. Aury. *Ibidem*, p. 91.

³⁴⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, Rio de Janeiro, p. 103.

³⁴⁹ Eugênio Pacelli se refere ao processo “*como espaço e ambiente deliberativo (democrático, nesse sentido), no qual se permite a ampla participação dos atores designados em lei e na Constituição da República (Ministério Público, Poder Judiciário, Defensoria Pública e Ordem dos Advogados, aqui em ordem de entrada em cena), na construção da decisão final.*” PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 148.

³⁵⁰ BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. atual. ampl. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L, 1999, p. 63.

³⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 14, n. 15, p. 15-26, jan./jun. 1999, p. 18. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista15.asp>. Acesso em: 15 de junho de 2024.

do seu instrumento, o processo, não se colocam com vistas à parte, a seus interesses e a seus direitos subjetivos, mas em função do Estado e dos objetivos deste. A observância das normas jurídicas postas pelo direito material interessa à sociedade. Por via de consequência, o Estado tem que zelar por seu cumprimento, uma vez que a paz social somente se alcança pela correta atuação das regras imprescindíveis à convivência das pessoas. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social. Trata-se da função social do processo, que depende de sua efetividade. Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social.

Desta forma, a construção de um modelo processual penal deve buscar um ponto de equilíbrio com a máxima eficiência na aplicação da lei penal e respeito absoluto à dignidade humana, o que, não obstante, ainda não ocorreu, mas deve servir como vetor que baliza o aperfeiçoamento dos sistemas existentes³⁵².

3.3 A gestão de provas e poderes instrutórios. Exame dos limites à iniciativa probatória do magistrado.

Formulações incondicionais, princípios absolutos dificilmente encontram guarida na realidade³⁵³ e a predileção por sua adoção não necessariamente conduz ao melhor resultado.

Modernamente, em modelos acusatórios não mais se admite a ausência de poderes acusatórios atribuídos às partes³⁵⁴.

No âmbito da gestão de provas há de se perquirir qual o limite da atividade probatória do magistrado compatível com o princípio acusatório. Esta delimitação afigura-se pertinente para que não se admitam condutas que contrariem a essência de um modelo acusatório. O exame da matéria, contudo, demonstra que o tema carece de consenso.

Uma primeira linha de pensamento defende ser necessária uma postura inerte, espectadora do magistrado, que não pode ter a iniciativa na produção das provas e deve realizar o julgamento a partir da atividade probatória produzida pelas partes.

Esta posição sustenta que o magistrado é o sujeito de conhecimento destinatário da prova e ao se permitir sua atuação probatória de ofício, ele se coloca na posição de sujeito ativo do conhecimento e desempenhará uma função que tem o condão de influir na sua imparcialidade, pois se estabelecerá um vínculo, um liame entre o juiz e a hipótese que pretende comprovar mediante a

³⁵² BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. atual. ampl. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L, 1999, p. 64.

³⁵³ FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Bosch: Barcelona, 1934, p. 66.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 102.

determinação para a produção da prova³⁵⁵. Nesse sentido, a atuação ordenada para a introdução dos elementos de prova no processo seria precedida de ponderações de ordem psicológica a respeito das consequências jurídicas que o material probatório poderia ocasionar acaso introduzido no processo³⁵⁶.

De acordo com esta visão, a concessão de poderes instrutórios ao magistrado resultaria na primazia da hipótese sobre o fato, pois o juiz que adota uma postura proativa na produção de provas tende a definir, eleger uma hipótese e após, empreende seus esforços para a obtenção das provas que corroborem a hipótese inicialmente eleita³⁵⁷. Ademais, se sustenta que a figura do juiz atuante destruiria a dialética processual, o contraditório, a paridade de armas e a imparcialidade³⁵⁸.

Além disso, a admissão da atribuição da iniciativa probatória sob a justificativa de uma pretensa necessidade de o juiz suprir eventuais deficiências na atividade das partes ou reequilibrar eventuais desigualdades materiais entre elas ou ainda para resguardar os direitos do réu não poderia fundamentar a atuação ativa do órgão julgador, porque o juiz que determina a busca pela prova não o faz para favorecer o acusado, mas para obter elementos para a condenação, pois se não há provas suficientes para condenação ou se presentes dúvidas, o magistrado deve aplicar o princípio *in dubio pro reo*³⁵⁹. De outra parte, se ele busca, de ofício, introduzir provas no processo que objetivem comprovar a autoria delitiva do acusado, o seu papel de terceiro imparcial e equidistante das partes resta abalado.

Outrossim, a avaliação da licitude da prova também ficaria prejudicada uma vez que o responsável pelo exame de sua legitimidade e admissão no processo é a mesma pessoa responsável pela sua obtenção, que por certo, não vislumbrará qualquer irregularidade na prova por ele produzida³⁶⁰.

Neste contexto, esta corrente defende que a separação das funções de acusar e julgar é necessária, mas não suficiente para se assegurar um processo de natureza acusatória. É preciso

³⁵⁵ Aury Lopes Júnior destaca que "*Frente ao inconveniente de ter que suportar uma atividade incompleta das partes (preço a ser pago pelo sistema acusatório), o que se deve fazer é fortalecer a estrutura dialética e não destruí-la, com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz.*" LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, Rio de Janeiro, p. 225. Paulo Rangel pondera que permitir que o juiz atue de ofício na produção da prova pode prejudicar sua imparcialidade. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 426. ISBN 9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/>. Acesso em: 26 jun. 2024.

³⁵⁶ PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 218.

³⁵⁷ CORDERO, Franco. *Guida alia Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.

³⁵⁸ LOPES JR. Aury. Op. cit., p. 188.

³⁵⁹ PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 225.

³⁶⁰ LOPES JR. Aury. Op. cit., p. 541.

ainda que esta separação inicial se mantenha ao longo do processo, com o afastamento do juiz da atividade probatória para que não haja risco à imparcialidade do órgão julgador³⁶¹.

A opção pela postura passiva e inerte do magistrado, todavia, é objeto de críticas na medida em que se confere ao juízo criminal menos faculdades processuais para a tutela do interesse público do que ao juízo civil. Aduz-se ainda, ser necessário realizar o adequado equilíbrio entre o interesse público na persecução do delito e os demais valores em jogo. Pontua-se, ademais, que é errônea a tentativa de identificação do modelo acusatório com o adversarial, de origem anglo-americana, que tem dentre suas características a disponibilidade das provas pelas partes e a atitude passiva do juiz na produção de provas³⁶².

A crítica à atitude passiva do magistrado no curso da instrução tem entre seus fundamentos a afirmação de que o processo penal possui natureza publicista e deve cumprir sua função social. Neste cenário a comunidade tem interesse que os destinatários das normas de direito material cumpram suas disposições e que o Estado exerça a contento o seu dever, zele pelo adequado cumprimento das normas de direito penal e favoreça a concretização da paz social, cuja realização depende da manutenção da integridade do ordenamento jurídico³⁶³.

Neste contexto, a linha de pensamento que defende a ausência de qualquer iniciativa probatória ao magistrado, em nossa perspectiva, não se afigura adequada para a concretização das finalidades do processo como a reconstrução histórica dos fatos e a observância das regras de direito penal na medida em que o magistrado fica a mercê da atividade probatória produzida pelas partes e terá que aplicar as normas de direito material ainda que evidentemente insuficientes os elementos de prova produzidos, comprometendo o alcance da paz social³⁶⁴.

³⁶¹ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129.

³⁶² DEU, Teresa Armenta. *Sistemas procesales penales : la justicia penal en Europa y América ¿un camino de ida y vuelta?* Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 34.

³⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 14, n. 15, p. 15-26, jan./jun. 1999, p. 18. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista15.asp>. Acesso em: 15 de junho de 2024.

³⁶⁴ Merece ser mencionada ainda, por sua pertinência, uma linha de pensamento que assevera que somente seria admissível a atividade probatória do magistrado nos casos de dúvida razoável sobre ponto relevante do processo, não devendo ser admitido, no entanto, postura supletiva ou subsidiária da atuação do órgão de acusação, sob pena de violação dos princípios acusatório e da paridade de armas. PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 581-582. Uma interessante perspectiva salienta, de outra sorte, que a imparcialidade estaria melhor assegurada através da exigência de se observar o contraditório e a fundamentação exaustiva, providências estas que seriam mais eficazes do que se impor o afastamento processual do juiz em relação aos demais sujeitos processuais STRECK, Lênio Luiz. *Novo Código de Processo Penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)*. Revista de Informação Legislativa, v. 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009, p. 131.

Ademais, a concretização de um justo processo e a realização de suas finalidades não pode prescindir da pesquisa e accertamento da verdade possível, que constitui um valor básico no âmbito do processo e que deve nortear as regras que definem o procedimento probatório³⁶⁵.

Outra posição assevera ser possível o processo conservar sua estrutura acusatória, se desenvolver observando seus princípios e ao mesmo tempo se atribuir ao juiz poderes instrutórios, que deverão ser coordenados com as finalidades do processo. Esta posição parte da premissa de que o órgão jurisdicional é imparcial e tem em vista interesses gerais, superiores aos das partes e assim, deve-se permitir que o juiz ordene, por iniciativa própria, a produção de provas para a constatação dos fatos que têm que julgar para o descobrimento da verdade material³⁶⁶.

Esta visão que sustenta ser possível o juiz desempenhar um papel ativo na atividade instrutória fundamenta-se na circunstância de que o processo penal tem um interesse público subjacente a ser tutelado. O juiz inerte, oriundo da *Common Law*, foi concebido a partir de uma perspectiva liberal que sustenta a preponderância do interesse privado na condução do processo sobre o interesse público e neste caso se interdita ao magistrado qualquer atividade probatória, ainda que auxiliar ou complementar àquela desempenhada pelas partes, independentemente de quem possa vir a se beneficiar³⁶⁷.

Cabe ponderar, no entanto, que a pretensa busca pela verdade real, utópica diga-se, mediante a tentativa da reconstrução histórica dos fatos não pode justificar a substituição das partes e a sua insuficiente atuação pelo protagonismo probatório do magistrado. Tanto a função de acusar como a de julgar são desenvolvidas por instituições do Estado. Admitir a iniciativa probatória ao juiz sem qualquer limitação tem o condão de vulnerar a paridade de armas entre as partes no processo e sim, a imparcialidade poderá ficar comprometida.

Como salientado anteriormente, a iniciativa probatória do magistrado sem qualquer limite pode ser prejudicial ao réu, uma vez que se a acusação não houvesse produzido provas suficientes para uma condenação, incidiria o princípio do *in dubio pro reo*, com a consequente absolvição³⁶⁸.

³⁶⁵ COMOGLIO, Paolo. *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018, p. 80-81.

³⁶⁶ FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Bosch: Barcelona, 1934, p. 102-103.

³⁶⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183, p. 168-188, julho./set. 2009, p. 175. Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover esclarece que o processo penal tem fins publicistas e deve cumprir sua função social: “O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a par condicio. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 14, n. 15, p. 15-26, jan./jun. 1999, p. 18. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista15.asp>. Acesso em: 15 de junho de 2024.

³⁶⁸ Esta observação é feita por Paulo Rangel que afirma: “Quando o juiz pratica atos de ofício em busca da prova, é para condenar, até porque qualquer neófito sabe que se não há provas ou se há dúvida, o juiz tem que decidir em favor do réu”. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 426. ISBN

O magistrado que assume a centralidade probatória compromete a integridade do processo de tomada de decisão devido ao risco de ficar sujeito, de forma inconsciente e involuntária, ao viés de confirmação da hipótese que ele inicialmente elegeu, pois tende a empreender esforços para obter provas que sejam consistentes com a hipótese eleita, negligenciando e ignorando outras possibilidades e explicações que possam levar a uma conclusão diversa³⁶⁹.

Sobre o tema, José Frederico Marques aduz³⁷⁰:

Na instrução processual, que se realiza no *judicium causae*, não pode imperar, para a pesquisa probatória, o *fiat justitia pereat mundus*. O magistrado tem de manter-se sereno, imparcial, comedido, equilibrado e superposto ao litígio, para decidi-lo com a estrita exação de tudo quanto deva imperar na excelsa função de dizer o direito e dar a cada um o que é seu. Pensar que o juiz precise descer à arena das investigações, como se fosse um policial à procura de pistas e vestígios, seria tentar a ressurreição das devassas, do procedimento inquisitivo, e criar o risco e perigo de decisões parciais e apaixonadas, com grande prejuízo, sobretudo, para o direito de defesa.

Nesse sentido, a noção de processo pressupõe que o juiz não assuma as funções próprias da acusação ou da defesa, haja vista que esta postura contraria a própria essência do processo³⁷¹.

Nesta conjuntura, exigir do magistrado uma postura passiva e o desempenho do papel de mero espectador das provas a serem produzidas pelas partes não se mostra a opção mais adequada. Podemos afirmar, como anteriormente mencionado, que o processo penal tem entre seus propósitos a tutela dos direitos fundamentais do acusado, todavia, sua concretização deve ser harmonizada e compatibilizada com as demais finalidades que um modelo processual acusatório deve perseguir em um Estado de Direito e Democrático.

Do mesmo modo, a atividade instrutória ilimitada do magistrado também não se afigura compatível com um modelo processual de inspiração acusatória e que tem como um de seus objetivos assegurar que a decisão seja proferida por um terceiro equidistante e imparcial.

Assim, a atribuição de poderes instrutórios ao juiz deve ser admitida, todavia, com temperamentos e, sobretudo, em caráter complementar a atividade probatória desenvolvida pelas partes, pois a concretização das finalidades processuais não pode ficar apenas na dependência da atuação das partes e da sua eventual postura diligente.

9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/>. Acesso em: 26 jun. 2024.

³⁶⁹ ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Truth finding and the mirage of inquisitorial process*. In Jordi Ferrer Beltrán & Carmen Vázquez (eds.), *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*. New York, NY: Cambridge University Press, 2020, p. 05.

³⁷⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. 2, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 285.

³⁷¹ AROCA, Juan Montero. *El principio acusatorio entendido como eslogan político*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015, p. 74. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>. Acesso em: 07 de julho de 2024.

O exame das provas tem um componente axiológico que pode variar de acordo com quem realiza a valoração. Deste modo, ainda que a parte que tenha introduzido a prova entenda por sua suficiência para demonstrar o que pretende comprovar, nada impede que o juiz determine a sua complementação quando entender necessário para o esclarecimento do fato.

Da mesma forma, afigura-se inconcebível que o magistrado, constatando que um elemento de prova já produzido e que não tenha sido introduzido no processo por incúria ou por lapso da parte, não possa, de ofício, determinar a sua introdução, porquanto é seu dever assegurar que a imprevidência das partes não impacte de forma decisiva o convencimento judicial e o resultado do processo³⁷².

Outrossim, a negligência na produção probatória desempenhada pelas partes, notadamente quando se omitem na produção de um meio de prova pertinente para a reconstrução histórica dos fatos a partir de uma fonte de prova previamente conhecida também legitima a complementação das provas através da atuação judicial³⁷³.

Outra situação que legitima a atividade probatória do julgador se dá nas situações em que o órgão de acusação não solicita a introdução no processo de provas antecipadas irrepetíveis como áudios e transcrições de interceptações telefônicas devidamente autorizadas, vídeos e laudos periciais relacionados ao fato objeto de apuração obtidos em procedimentos investigatórios e que são pertinentes para o adequado esclarecimento dos fatos.

Não se está aqui a defender que o magistrado assuma o papel de protagonista na produção das provas e que substitua as partes na sua atividade de busca, colheita e introdução no processo. Esta atribuição deve ficar mesmo, preponderantemente com as partes. O magistrado deve ser comedido e moderado ao praticar atos que visem a introdução de provas no processo, que deve ser admitido em situações específicas como acima mencionado.

Frise-se, no entanto, que a necessidade de parcimônia e autocontenção do magistrado não se traduz em autorização para que sua atuação fique submetida apenas à sua própria avaliação do que constitua ou não protagonismo probatório. O sistema jurídico disponibiliza inúmeros instrumentos, como recursos e ações mandamentais para que se possa questionar os limites da atuação do juiz na atividade probatória.

Cabe ponderar, por oportuno, que deve ser proibida ao magistrado a busca pela fonte da prova, já que esta atividade é intimamente relacionada à investigação e por conduzir a um risco

³⁷² COMOGLIO, Paolo. *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018, p. 108.

³⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.16. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/RB-1.16%20>. Acesso em: 12 de junho de 2024.

excessivo de violação da imparcialidade não pode ser admitida. Esta situação, todavia, é diversa da determinação para introdução no processo de provas existentes e de que se tenha conhecimento a partir da atividade das partes ou ainda da determinação de produção de certo meio de prova em virtude de ter tido prévia ciência a respeito de uma fonte de prova³⁷⁴, situações estas compatíveis com o processo acusatório, pois não têm o condão de violar a imparcialidade e têm o propósito de apenas proporcionar uma reconstrução eficiente dos fatos.

No ordenamento jurídico pátrio a Lei n. 13.964/2019 inseriu o artigo 3º-A no Código de Processo Penal e positivou a estrutura acusatória em nossa ordem jurídica. No entanto, o conteúdo do dispositivo foi objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal em virtude de apenas vedar ao magistrado atuar em substituição à atividade probatória da acusação. Se sustentou que a proibição deveria abarcar a substituição da atividade probatória de todas as partes integrantes da relação jurídica processual sob pena de violação ao sistema acusatório.

Ao apreciar o mérito das ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305³⁷⁵ o Supremo Tribunal Federal salientou que o nosso ordenamento tem estrutura acusatória desde a ordem jurídica inaugurada com a Constituição da República de 1988 e que era necessário compatibilizar o artigo 3º-A do CPP com outras normas processuais em vigor e que não afetam a separação entre as funções de acusar e de julgar. Desta forma, privilegiando uma interpretação sistemática das normas do Código de Processo Penal e para afastar antinomias, a Suprema Corte atribuiu interpretação conforme ao dispositivo para assentar que *“o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito”*. Além disso, a Suprema Corte, dentre as interpretações possíveis, elegeu como ajustada e compatível com a Constituição aquela que veda ao magistrado a atividade substitutiva de qualquer das partes e não apenas do órgão de acusação.

3.4. Elementos estruturantes de um sistema processual acusatório conceitual.

A determinação dos elementos essenciais de um sistema processual ideal não se resume a uma discussão apenas teórica, pois tem repercussões práticas na análise dos modelos processuais

³⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.16. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/RB-1.16%20>. Acesso em: 12 de junho de 2024.

³⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6298, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6299, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6300, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6305, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023.

empíricos e na sua aproximação ou distanciamento de características típicas de um sistema acusatório.

Como pontuado no item 1.1 do primeiro capítulo, a estruturação de um modelo teórico ideal de natureza acusatória e a delimitação dos seus elementos fundamentais sofre o influxo de diversos fatores. Dentre os aspectos que exercem influência na delimitação dos componentes básicos de um modelo teórico podem ser mencionados a necessidade de eles serem funcional e logicamente compatíveis entre si e a realização de juízos de valor a respeito do que seria fundamental a partir da análise histórica dos elementos presentes nos modelos existentes³⁷⁶.

Além disso, a delimitação dos elementos estruturantes de um modelo deve ser feita a partir da definição da função que ele pretende desempenhar no ordenamento jurídico de um Estado. Se o objetivo do sistema processual é obter de forma coercitiva o reconhecimento da culpabilidade do acusado o modelo teórico é de natureza inquisitória³⁷⁷ e a eleição dos componentes deste sistema deve ser feita a partir desta premissa.

Por outro lado, os sistemas que, além de buscarem a reconstrução histórica dos fatos, também tenham por objetivo assegurar a aplicação adequada das normas de direito material, a pacificação social e a tutela dos direitos fundamentais do acusado submetido à persecução penal retratam modelos que acomodam típicos elementos acusatórios.

Neste contexto, as finalidades perseguidas por um modelo ideal acusatório diferem substancialmente daquelas de um modelo inquisitório. A definição dos elementos básicos de um sistema teórico acusatório deve ser feita a partir do exame das funções a serem desempenhadas por este sistema em conjunto com a sua aptidão para proteger e favorecer a imparcialidade do órgão julgador.

É oportuno pontuar, no entanto, que nenhum sistema processual penal histórico tem exata correspondência com tipos ideais, na medida em que aqueles possuem em maior ou menor grau características presentes nos modelos ideais³⁷⁸.

Cabe destacar, por relevante, que a definição dos elementos essenciais de um sistema processual teórico que se propõe acusatório não é objeto de consenso. Todavia, é possível apontar algumas características estruturantes que possuem um relativo consenso teórico.

³⁷⁶Ferrajoli esclarece que “Além disso, a seleção dos elementos teoricamente essenciais nos dois modelos inevitavelmente é condicionada por juízos de valor em virtude da conexão que indubitavelmente pode ser instituída entre sistema acusatório e modelo garantista e, por outro lado, entre sistema inquisitório, modelo autoritário e eficiência repressiva.” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 452.

³⁷⁷ LANGER, Maximo. *La dicotomia acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. In MAIER, Julio B. J; BOVINO, Alberto *El procedimiento abreviado*(comps.). Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 2001, p. 106.

³⁷⁸ Ibidem, p. 105.

O exame do núcleo central de oposição entre os modelos acusatório e inquisitório permite observar que no sistema acusatório está presente a disputa entre acusação e defesa, que assumem o papel de protagonistas, com uma postura relativamente passiva do juiz, em contraposição ao sistema inquisitório, que é estruturado a partir de uma investigação iniciada por funcionários do estado, que praticam a maioria dos atos no processo³⁷⁹.

A respeito do tema Casara assevera que³⁸⁰:

A separação entre o juiz e a acusação; ou, melhor, a divisão de funções entre o Estado-juiz, que deve ser imparcial e, portanto, afastado de toda atividade persecutória, e o Estado-acusador, órgão que, apesar de parcial, deve atuar de forma impessoal e comprometida com a legalidade estrita, é o mais importante elemento constitutivo do modelo teórico acusatório.

Nesse sentido, a separação rígida entre o órgão responsável pela formulação da acusação e o julgador constitui uma característica básica de um modelo conceitual acusatório³⁸¹, porquanto tem o relevante papel de preservar a imparcialidade do magistrado, cuja vulneração tem o condão de ocasionar a deterioração de garantias fundamentais do acusado, como a presunção de inocência e a igualdade de armas, sujeitando o réu a uma decisão final contaminada e que desde o início do processo muito provavelmente já estava pré-determinada.

Esta separação inicial entre as funções de acusar e julgar, apesar de importante e necessária, não se afigura suficiente. Como anteriormente acentuado é preciso que a separação entre o órgão responsável pela acusação e o julgador permaneça ao longo de todo o processo, com a atribuição da centralidade e protagonismo às partes no desempenho da atividade instrutória e a concessão de poderes instrutórios limitados ao órgão julgador apenas para se determinar a eventual introdução no

³⁷⁹ DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: A comparative approach to the legal process*. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 03.

³⁸⁰ CASARA, Rubens Roberto R. *Mitologia processual penal*, 1ª edição. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2015. E-book. ISBN 9788502626034. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626034/>. Acesso em: 25 mai. 2024. No plano teórico, de acordo com Ferrajoli o modelo acusatório deve possuir as seguintes características: “Justamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção.” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 451.

³⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-1.15. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/RB-1.15%20>. Acesso em: 12 de maio. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 451. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/>. Acesso em: 08 jul. 2024. Geraldo Prado afirma que duas são as características que integram o princípio acusatório, a iniciativa para propor a ação penal por pessoa distinta do julgador e a separação nítida entre as funções de acusar, defender e julgar. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, Rio de Janeiro, p. 108.

processo de elementos de prova já produzidos ou a complementação da prova para esclarecimento de ponto relevante objeto de atividade probatória previamente desenvolvida pelas partes.

Lopes Júnior salienta que a separação inicial entre as funções de acusar e julgar é uma importante característica do sistema acusatório, mas não pode ser o único critério determinante, sendo necessária a sua conjugação com outros elementos estruturantes³⁸²:

Apontada pela doutrina como fator crucial na distinção dos sistemas, a divisão entre as funções de investigar-acusar-julgar é uma importante característica do sistema acusatório, mas não é a única e tampouco pode, por si só, ser um critério determinante, quando não vier aliada a outras (como iniciativa probatória, publicidade, contraditório, oralidade, igualdade de oportunidades etc.).

Neste contexto, cumpre salientar que a mera possibilidade de se proferir uma decisão que venha afetar de forma desfavorável a esfera jurídica do destinatário impõe seja observado o direito ao contraditório como pressuposto para a garantia de um justo processo³⁸³.

Sob uma perspectiva liberal, o contraditório assegura o direito de a parte ter conhecimento das alegações e provas produzidas pela parte contrária, bem como a faculdade de contrapor-las. Atualmente, no entanto, o conteúdo do princípio adquire novos elementos e não mais se resume à bilateralidade, em que apenas as partes figuram como destinatárias. Assim, além do binômio conhecimento-reação, o contraditório também assegura o direito de efetivamente participar do processo e a possibilidade de influenciar o seu resultado. Desta forma, o magistrado passa a se submeter ao contraditório³⁸⁴, com o consequente dever de manter um diálogo com as partes a respeito das futuras decisões a serem proferidas no processo, evitando-se a chamada “decisão surpresa”³⁸⁵. Nesta perspectiva, além do direito de acusar, também está presente efetivamente o direito de defesa, que pode verdadeiramente influenciar a decisão judicial prolatada com base na livre convicção do magistrado.

Ao discorrer sobre o princípio do contraditório Jorge Miranda explica³⁸⁶:

³⁸² LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

³⁸³ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2022, p. 391, E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 05 jul. 2024.

³⁸⁴ Ibidem, p. 391.

³⁸⁵ DOTTI, Rogéria Fagundes. *Seção VI – Direitos fundamentais e processo constitucional*. 38. *Garantias constitucionais processuais: devido processo legal substantivo e formalismo excessivo*. In CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional Brasileiro*, v. 1 (coord.), 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022, p. RB-38.3. E-book. ISBN 978-65-5991-670-2. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99179284/v2/page/RB-38.3%20>. Acesso em: 07 de julho de 2024.

³⁸⁶ MIRANDA, Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, rev. Atual, 2000, p. 273.

Por seu turno, o princípio do contraditório serve de garantia da igualdade e compreende, pelo menos, dois elementos: dever e direito de o juiz ouvir as razões das partes em relação a assuntos sobre os quais tenha de proferir uma decisão; direito de audiência de todos os sujeitos processuais que possam vir a ser afectados pela decisão, de forma a garantir-lhes uma influência efectiva no desenvolvimento do processo. Simultaneamente, a audição da parte contra a qual é alegado um facto assegura-lhe a possibilidade de defesa contra as pretendidas consequências daquele.

Nesta linha, tudo aquilo que for introduzido e apresentado por uma das partes no processo deve dar o ensejo de que a outra parte possa contrapor, discutir, apresentar contraponto, interpretação e versão diversa, mediante o respeito à igualdade de possibilidades no âmbito do processo, possibilitando que suas alegações sejam objeto de atenção e efetivamente levadas em consideração por ocasião das decisões a serem prolatadas³⁸⁷.

Intimamente relacionada ao contraditório, a igualdade de armas é outro importante princípio, também fundamental em um modelo processual teórico acusatório.

A paridade de armas entre acusação e defesa consiste na exata e estrita igualdade entre elas, de forma que a defesa possua as mesmas capacidades e poderes processuais que a acusação e que tenha a possibilidade em todo estado e grau de jurisdição de contrapor sua atuação, bem como qualquer atividade probatória singular. Ela possibilita que as partes participem da dinâmica processual em condição de efetiva igualdade e não haja desequilíbrio de poderes e faculdades processuais que possa de alguma forma ocasionar influência na imparcialidade do julgador³⁸⁸ e acarrete o risco de ele se predispor a aderir a uma das posições, previamente influenciado pela desigualdade material das partes.

Assim, a paridade de armas também constitui elemento essencial de um modelo teórico acusatório³⁸⁹ na medida em que objetiva garantir o equilíbrio entre as partes para que tenham os mesmos meios processuais disponíveis para apresentar seus argumentos, assegurando-se que tenham direitos processuais idênticos e estejam sujeitos aos mesmos ônus e cominações quando se encontrarem na mesma situação. O princípio constitui um fator de contenção de discriminações arbitrárias em favor ou em prejuízo de uma das partes³⁹⁰.

³⁸⁷ TAVARES, Andre R. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023, p. 255. E-book. ISBN 9786553625792. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625792/>. Acesso em: 05 jul. 2024.

³⁸⁸ Ferrajoli assevera que a paridade de armas constitui “um dos pressupostos essenciais do contraditório e do direito de defesa”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 467.

³⁸⁹ Ibidem, p. 451.

³⁹⁰ MIRANDA, Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, rev. Atual, 2000, p. 273.

A publicidade esteve presente nos julgamentos populares romanos e germânicos e era uma consequência do juízo oral³⁹¹. Todavia, ela foi suprimida na época do império romano e também no âmbito do processo inquisitivo canônico e comum germânico³⁹². A publicidade e a oralidade constituem princípios que retratam as transformações ocasionadas no sistema inquisitório na Europa Continental do século XIX e simbolizam os valores e ideais do Iluminismo que propugnava a abolição de práticas cruéis, a participação popular na administração da justiça e o respeito à dignidade humana³⁹³. Pertence ela à essência do processo penal, mais do que à sua natureza³⁹⁴.

A publicidade constitui um importante instrumento de controle da opinião pública sobre a atividade desenvolvida pelos magistrados, que tendem a ser mais cuidadosos e atentos³⁹⁵. Ademais, ela possibilita a transparência e a fiscalização popular sobre a atuação dos juízes, do respeito aos direitos e garantias fundamentais, bem como sobre os atos que irão subsidiar a decisão final a ser proferida³⁹⁶.

Sob a perspectiva interna do processo, ela exige que a defesa tenha acesso a informações relevantes e vitais para que possa orientar seu comportamento no processo e contribuir para a construção do convencimento judicial³⁹⁷. Em situações excepcionais, no entanto, notadamente em fase de investigação preliminar, os atos de natureza cautelar podem ter a publicidade diferida sem que isso implique vulneração do princípio³⁹⁸.

Em decorrência da publicidade os atos processuais como regra, devem ser públicos, o que possibilita a transparência e a fiscalização social dos atos e decisões do Poder Judiciário tanto pelas partes como pela comunidade³⁹⁹. Neste sentido, sob uma perspectiva histórica a publicidade e a oralidade estão relacionadas ao controle popular e à forma republicana de controle social⁴⁰⁰.

O princípio da oralidade, de seu turno, não implica que a sentença deva ser necessariamente proferida oralmente ou que haja a dispensa da documentação dos atos processuais praticados. Dela

³⁹¹ Em Atenas, nos delitos de natureza pública se conferia aos cidadãos a faculdade de, em nome do povo, sustentar a acusação. Embora os procedimentos pudessem variar entre os tribunais, dentre as características que podem ser acentuadas estão a publicidade e a oralidade do procedimento, mediante um debate contraditório entre acusador e acusado, perante o Tribunal e o povo. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, Rio de Janeiro, p. 129.

³⁹² GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso. Tomo I. Problemas fundamentales del derecho*. Jacobo López Barja de Quiroga (ed). Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 795.

³⁹³ MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal, Tomo I – Fundamentos*, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 652.

³⁹⁴ CARNELUTTI, Francesco. Trad. Santiago Sentís Melendo. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Librería el Foro, 1950, p. 119.

³⁹⁵ FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Bosch: Barcelona, 1934, p. 78.

³⁹⁶ MAIER, Julio B.J. Op. cit., p. 655.

³⁹⁷ PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 196-197.

³⁹⁸ Ibidem, p. 250.

³⁹⁹ NUCCI, Guilherme de S. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 79. E-book. ISBN 9786559646838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646838/>. Acesso em: 05 jul. 2024.

⁴⁰⁰ Op. cit., p. 661.

decorre a concentração dos atos processuais e a necessidade de que os fundamentos da decisão judicial sejam fruto dos elementos de prova apresentados perante o magistrado, que deve ter tido contato direto com as provas⁴⁰¹.

Desta forma, a oralidade não corresponde apenas à preponderância das manifestações orais, pois passa a exigir que o magistrado que julga a causa tenha contato direto com as provas e com os argumentos apresentados pelas partes⁴⁰².

Ao tratar da oralidade, Nucci explicita que dela decorrem outros relevantes princípios para o processo penal⁴⁰³:

Os princípios que decorrem da oralidade são os seguintes: concentração (toda a colheita da prova e o julgamento devem dar-se em uma única audiência ou no menor número delas); imediatidade (o magistrado deve ter contato direto com a prova produzida, formando mais facilmente sua convicção); identidade física do juiz (o magistrado que preside a instrução, colhendo as provas, deve ser o que julgará o feito, vinculando-se à causa).

O processo penal de feição acusatória e que tem a oralidade entre seus elementos constitutivos busca garantir a dialética processual mediante o favorecimento do diálogo para que as partes tenham iguais condições de contribuir e influenciar na atividade de aplicação do direito⁴⁰⁴.

A oralidade, portanto, não constitui mera formalidade, na medida em que possibilita a efetiva participação das partes no processo, pois o acusado, a vítima e as testemunhas poderão ser ouvidas mediante contato direto com o julgador e sem a mediação da forma escrita⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, Rio de Janeiro, p. 242. Modernamente a oralidade não se identifica mais com seu sentido primitivo que correspondia a um procedimento inteiramente oral, em sua forma pura. Atualmente ela representa um conjunto de ideias e elementos, do qual decorrem diversos princípios como a imediação, a concentração e a identidade física do juiz. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 354.

⁴⁰² PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 245.

⁴⁰³ NUCCI, Guilherme de S. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 101. E-book. ISBN 9786559646838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646838/>. Acesso em: 05 jul. 2024.

⁴⁰⁴ PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 243.

⁴⁰⁵ Giulio Illuminati explica que a oralidade não se relaciona apenas à técnica de oitiva das testemunhas, mas também que as provas sejam apresentadas direta e imediatamente perante a Corte e que o julgamento seja concluído em audiência una para que a decisão seja proferida tanto quanto possível próxima à representação dos fatos objeto de prova. No original: “*But the most typical aspect of the accusatorial process, strictly linked to the principle of parties’ confrontation, is the orality of the trial. This term refers not only to the technique for the examination of the witnesses but primarily to the fact that evidence is submitted in front of the trial Court (orality-immediacy). The evidence must be presented directly in front of the trial judge, allowing him to form a personal perception of the statements to be evaluated, rather than relying on records drawn up by others. A corollary of the principle of orality-immediacy is the completion of the Trial in one hearing, so that the decision is rendered as closely as possible to the actual representation of the facts, as proven by the evidence*”. ILLUMINATI, Giulio. *The accusatorial process from the Italian point of view*. North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation. Chapel Hill, North Carolina, v. 35, n. 02, p. 310. Winter 2010. Disponível em: <http://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol35/iss2>. Acesso em 25 de junho de 2024. PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 247.

Como regra, a oralidade deve prevalecer, mas em situações excepcionais a forma escrita pode se revelar necessária, como nos casos de investigações técnicas de maior complexidade⁴⁰⁶. Do mesmo modo, a publicidade pode ser restringida em algumas hipóteses em que a defesa da intimidade, o interesse social, os bons costumes, ou outras situações específicas justifiquem a sua relativização⁴⁰⁷.

Maier assinala que o procedimento regido por atos escritos se identifica com uma investigação secreta, ao menos para o público, e é levada a efeito por funcionários do estado que representam o poder central e estão comprometidos com a repressão dos comportamentos que destoam do modelo social imposto⁴⁰⁸. O sigilo, de seu turno, se identifica com regimes autoritários e orientados pelo processo inquisitório⁴⁰⁹.

Neste necessário, impende ressaltar que a busca pela delimitação do núcleo essencial de um modelo teórico ideal de inspiração acusatória não tem apenas consequências teóricas, pois repercute nos direitos e garantias asseguradas àqueles que sofrem a persecução penal. A ausência de algum dos elementos anteriormente apontados neste tópico, porque essenciais à caracterização do sistema acusatório, tem o potencial de colocar em risco a imparcialidade judicial e por consequência o direito a um justo processo e a própria legitimidade do poder punitivo estatal.

De outra parte, as demais características que se encontram em modelos acusatórios, a nosso sentir são secundárias e, como regra, decorrem dos elementos estruturantes antes mencionados.

⁴⁰⁶ FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Bosch: Barcelona, 1934, p. 78.

⁴⁰⁷ MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal, Tomo I – Fundamentos*, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 662.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 661.

⁴⁰⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, Rio de Janeiro, p. 248.

4. A ATIVIDADE PROBATÓRIA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

4.1 Código de Processo Penal de 1941 – Decreto-Lei n. 3.689/1941. Contextualização histórica.

A década de 1930 foi caracterizada pelo populismo da era Vargas, com o fortalecimento do poder do estado⁴¹⁰. Após a promulgação da Constituição de 1934, Getúlio Vargas foi eleito Presidente da República através de eleição indireta com mandato até 1938. Os conflitos do governo com diversos setores políticos, como os “integralistas”, de natureza fascista e os comunistas impulsionaram o recrudescimento da repressão pelo regime. Neste sentido a Lei n. 38/1935 tipificou diversas condutas como crimes contra a ordem política e social e aprofundou o caráter autoritário do governo. No curso do processo eleitoral em novembro de 1937, Getúlio Vargas dá um golpe de Estado, outorga uma nova Constituição e abole as eleições. Até ser afastado do poder em 1945, Vargas governou por decreto. O período foi marcado pela repressão estatal, com suspensão das liberdades civis, prisões arbitrárias, censura à imprensa⁴¹¹ e fortalecimento das polícias, que atuavam com uma ampla margem de liberdade e débil controle, disso resultando torturas e assassinatos dos opositores do regime. Impulsionado pelo crescimento econômico e pelo reconhecimento de direitos trabalhistas, o regime teve grande apoio popular⁴¹². A partir de então, o Estado passa não só tutelar, mas também determinar os rumos da sociedade, mediante uma política centralizadora⁴¹³.

A Constituição outorgada em 1937, conhecida como polaca, sofreu forte influência da Constituição polonesa de 1935, de caráter ditatorial. Ela fortaleceu o Poder Executivo que passou a ter o poder de legislar por decreto-lei, de dissolver o legislativo e de adiar sessões do Parlamento. Além disso, eliminou a justiça federal de primeira instância, reduziu os direitos fundamentais previstos na Constituição anterior, instituiu a pena de morte para crimes políticos e para determinados homicídios, estabeleceu a censura prévia e previu a possibilidade de o Presidente da República submeter decisão do Supremo Tribunal Federal em declaratória de inconstitucionalidade de lei à revisão pelo Parlamento. Outrossim, os atos praticados sob a égide do estado de emergência

⁴¹⁰ NAPOLITANO, Marcos. *História do Brasil República: da queda da monarquia ao fim do Estado Novo*. São Paulo: Editora Contexto, 2016, p. 120. E-book. ISBN 9786555414318. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555414318/>. Acesso em: 18 jul. 2024.

⁴¹¹ LUNA, Francisco V.; KLEIN, Herbert S. *História Econômica e Social do Brasil*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016, p. 90. E-book. ISBN 9788547207786. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547207786/>. Acesso em: 04 ago. 2024.

⁴¹² GIACOMOLLI, Nereu J. *O Devido Processo Penal*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016, p. 83. E-book. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 16 jul. 2024.

⁴¹³ NAPOLITANO, Marcos. Op. cit., p. 118.

ou de guerra seriam insuscetíveis de serem apreciados pelo Poder Judiciário⁴¹⁴. A estrutura do novo regime subordinou o Poder Judiciário ao Poder Executivo e o Poder Legislativo foi fechado em 1937⁴¹⁵.

Durante o período do denominado “Estado Novo”, vigeu no país o estado de emergência, marcado pelo totalitarismo e intolerância política, bem como pela prevalência de comportamentos e ideais políticos reacionários, como a defesa de um governo forte para controlar a população, sendo uma destas formas o sistema criminal. Os defensores do Estado de Direito, dos direitos fundamentais, da dignidade humana, bem como de outros valores democráticos eram tratados como inimigos do Estado⁴¹⁶.

A ideologia totalitária da época propugnava que o Estado deveria desempenhar uma função pedagógica, que no âmbito do sistema criminal se traduzia na punição exemplar do acusado, tanto para que ele se recuperasse como para dissuadir comportamentos semelhantes de outros indivíduos⁴¹⁷.

De acordo com a ideologia então preponderante o totalitarismo construiria um novo modelo de pessoa, obediente e disciplinada, sem abertura para questionamentos e nesta perspectiva o processo penal tinha um importante papel na nova conformação como braço do poder do Estado. Os direitos do acusado ou investigado são relegados a um segundo plano e são vistos como um entrave, um obstáculo à concretização da ordem e defesa social⁴¹⁸.

No âmbito internacional, especialmente no continente europeu, as mazelas ocasionadas pela Primeira Guerra Mundial trouxeram consequências catastróficas como a fome, a inflação e a ausência de postos de trabalho, que constituíram um importante fator para o surgimento de proposições totalitárias como a defesa de um Estado forte e repressor, que deveria impor e assegurar a ordem e a disciplina na sociedade. Neste contexto, emerge o fascismo que defendia a guerra, a luta, o combate. No âmbito do Processo Penal esta ideologia representou a formulação da ideia de

⁴¹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo G.; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. (Série IDP). São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 52. E-book. ISBN 9786553629417. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629417/>. Acesso em: 17 jul. 2024.

⁴¹⁵ NAPOLITANO, Marcos. *História do Brasil República: da queda da monarquia ao fim do Estado Novo*. São Paulo: Editora Contexto, 2016, p. 120. E-book. ISBN 9786555414318. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555414318/>. Acesso em: 18 jul. 2024.

⁴¹⁶ GIACOMOLLI, Nereu J. *O Devido Processo Penal*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016, p. 84. E-book. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 18 jul. 2024.

⁴¹⁷ Ibidem, p. 85.

⁴¹⁸ Ibidem, p. 85.

combate ao acusado, que passa a ser visto como inimigo tanto do Estado como da sociedade e que deve, portanto, ser neutralizado⁴¹⁹.

O regime imposto por Getúlio Vargas tinha grande semelhança nas ideias e nos conceitos com o fascismo de Mussolini na Itália, com um governo marcadamente autoritário, fortemente influenciado pela Igreja Católica e que privilegiava uma estrutura corporativa⁴²⁰.

É neste contexto que no período do denominado Estado Novo, sob a égide da ditadura Vargas que o Código de Processo Penal de 1941 é promulgado, inspirado no Código de Processo Penal Italiano da década de 1930, também conhecido como Código Rocco, de natureza fascista italiana e que substitui as leis processuais penais até então aplicadas, inclusive o Código de Processo Penal do Império de 1832⁴²¹. O Código de Processo Penal concebido em 1941 representava a mentalidade policalesca e autoritária que preponderava na época⁴²² e as ideias, valores e pré-compreensões que nortearam a sua criação podem ser sentidas e observadas até os dias de hoje⁴²³.

A exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, de autoria de Francisco Campos atribuía ao rol de garantias do indivíduo a dificuldade em realizar uma repressão efetiva e célere, pugnando, pela extinção da primazia do interesse da pessoa sobre a tutela social e do bem comum⁴²⁴.

4.2 A prova no modelo processual penal pátrio. Considerações iniciais e aspectos gerais.

⁴¹⁹ GIACOMOLLI, Nereu J. *O Devido Processo Penal*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016, p. 84. E-book. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 18 jul. 2024.

⁴²⁰ LUNA, Francisco V.; KLEIN, Herbert S. *História Econômica e Social do Brasil*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016, p. 140. E-book. ISBN 9788547207786. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547207786/>. Acesso em: 04 ago. 2024.

⁴²¹ DELMANTO, Roberto. *Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2019, p. 279. E-book. ISBN 9788553612956. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612956/>. Acesso em: 18 jul. 2024. GIACOMOLLI, Nereu J. Op. cit., p.83.

⁴²² Nesse sentido, até mesmo a sentença absolutória, na redação originária do artigo 586 do Código, a depender da pena cominada para a infração, não era suficiente para restituir a liberdade do acusado. Além disso, o artigo 312 do Código preconizava que deveria ser automaticamente decretada a prisão preventiva nos casos em que recebida a denúncia por crimes com pena máxima igual ou superior a 10 anos, em franca violação ao princípio da presunção de inocência. PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 24 e p. 29.

⁴²³ GIACOMOLLI, Nereu J. Op. cit., p.83.

⁴²⁴ Consta na Exposição de Motivos: “As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia 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 pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.”

A palavra prova tem origem no latim *probatio*, que deriva do verbo *probare*, que consiste em examinar, persuadir ou demonstrar⁴²⁵.

A prova pode ser conceituada como o resultado da atividade das partes, mediante a observância de meios lícitos e do contraditório, desenvolvida com a finalidade de comprovar ou descaracterizar os fatos objeto de acusação perante o juiz natural e que será cotejado pelo órgão julgador no momento do julgamento⁴²⁶. Através da prova se busca estabelecer a certeza do que se alega e permitir que os outros tenham o conhecimento de uma verdade por nós conhecida⁴²⁷.

A doutrina salienta, no entanto, que o termo não é unívoco e possui mais de uma acepção⁴²⁸:

Mas o termo "prova" não é unívoco. Em uma primeira acepção, indica o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Num segundo sentido, designa o resultado dessa atividade. No terceiro, aponta para os "meios de prova".

O objeto da prova consiste na coisa, circunstância ou acontecimento sobre o qual o magistrado deve adquirir o conhecimento para que possa decidir sobre a questão submetida à sua apreciação. No âmbito do processo penal abrange os elementos de fato, as regras de experiência e em determinadas hipóteses, as normas jurídicas⁴²⁹. Compreende, então, o fato criminoso, a sua autoria e as circunstâncias de natureza objetiva e subjetiva que de alguma forma possam influir na responsabilidade penal e na determinação da pena ou da medida de segurança⁴³⁰.

A sua finalidade é convencer o órgão julgador a respeito da veracidade de um fato e possibilitar o alcance da verdade processual, que pode ou não corresponder à realidade, e que

⁴²⁵ FILHO, Vicente Greco. *Manuel de Processo Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 427.

⁴²⁶ CHOUKR, Fauzi H. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2014. E-book, p. 195. ISBN 9788502220058. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502220058/>. Acesso em: 19 jul. 2024.

⁴²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 3, 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 231.

⁴²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. 9ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 135.

⁴²⁹ FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Bosch: Barcelona, 1934, p. 305 e p. 309. Nucci esclarece que: “Excepcionalmente, a parte deve fazer prova quanto à existência e conteúdo de um preceito legal, desde que se trate de norma internacional, estadual ou municipal (nestes últimos dois casos, caso se trate de unidade da Federação diversa daquela onde está o magistrado), bem como no que toca a estatutos e regras internas de pessoas ou personalidades jurídicas. Provam-se, ainda, regras de experiência, porque, na essência, são fatos reiterados”. NUCCI, Guilherme de S. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 364. E-book. ISBN 9788530994303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994303/>. Acesso em: 22 jul. 2024.

⁴³⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 257.

balizará a decisão judicial a ser proferida⁴³¹. Em nosso ordenamento jurídico o direito a prova tem estatutura constitucional e pode ser extraído do artigo 5º, inciso LV da Constituição da República⁴³².

A partir da perspectiva das atividades processuais, quatro são os momentos relacionados ao procedimento probatório, iniciando-se com sua proposição, mediante indicação; admissão através da qual o magistrado se pronuncia a respeito de sua admissibilidade; produção, que consiste no momento de sua introdução no processo e por fim a valoração, que se relaciona com a apreciação do juiz⁴³³.

Tem sido sustentado que no âmbito do processo criminal vigoraria o princípio da liberdade da prova, disso resultando que todo objeto pode ser levado à prova e a admissibilidade de qualquer meio de prova, desde que não contrário à lei, aos princípios de um sistema jurídico e as regras morais⁴³⁴. Afirma-se, outrossim que, em decorrência do princípio da verdade real e do interesse do Estado na justa aplicação da lei não haveria razão para limitação à prova, pois o magistrado tem o dever de buscar a reconstrução dos acontecimentos. A liberdade, todavia, não seria absoluta, e encontraria limites nas hipóteses em que atentar contra a moralidade ou violar o respeito à dignidade humana, por estarem, nestes casos, contrários a princípios constitucionais⁴³⁵.

O direito a prova possui relevante relação com o princípio do contraditório, haja vista sua centralidade no processo e sua importância para a demonstração da realidade. Tanto o direito de ação como o de defesa, para serem efetiva e concretamente exercidos ficam submetidos ao direito à prova, que propicia a possibilidade de as partes comprovarem a veracidade dos fatos e influir na decisão judicial⁴³⁶.

Em um sistema acusatório, o órgão julgador deve desempenhar um papel ativo na fiscalização da litude e legitimidade probatória⁴³⁷, cabendo às partes a posição de centralidade no desempenho da atividade de produção de provas.

⁴³¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 3, 32º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 233. NUCCI, Guilherme de S. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 364. E-book. ISBN 9788530994303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994303/>. Acesso em: 22 jul. 2024.

⁴³² GIACOMOLLI, Nereu J. *O Devido Processo Penal*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. E-book, p. 190. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

⁴³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. 9ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 136.

⁴³⁴ FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Bosch: Barcelona, 1934, p. 314.

⁴³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 238.

⁴³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 137.

⁴³⁷ CHOUKR, Fauzi H. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2014. E-book, p. 197. ISBN 9788502220058. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502220058/>. Acesso em: 19 jul. 2024.

No processo penal, em prestígio ao princípio da presunção de inocência, o ônus de demonstrar que o acusado praticou uma conduta delituosa é da acusação⁴³⁸, que deve comprovar, outrossim, a presença do elemento subjetivo, consistente no dolo ou na culpa⁴³⁹.

Em uma perspectiva objetiva o ônus da prova se relaciona ao magistrado, que na formação de seu convencimento avaliará se as provas produzidas são suficientes para o alcance da certeza da materialidade e da autoria do crime ou na hipótese de subsistir dúvidas, optar pela absolvição. De outra parte, sob uma ótica subjetiva diz respeito ao encargo que as partes têm de demonstrar a veracidade do que alegam, com o objetivo de convencer o julgador⁴⁴⁰. Incide a máxima “*onus probandi incumbit ei qui asserit*”, ou seja, a prova deve ser feita pelo autor da tese apresentada⁴⁴¹.

Há quem sustente, todavia, que no âmbito do processo penal o ônus probatório não tem a mesma abrangência do que no processo civil, notadamente porque incide, no caso, o princípio da verdade material. De acordo com esta linha de inteligência, a cognição do juiz não pode ficar adstrita apenas aos limites impostos pelas partes, de forma que pode o magistrado suprir a atividade deficiente das partes haja vista a presença de um interesse público no processo penal⁴⁴². Esta posição, cumpre ressaltar, é sustentada a partir de uma realidade diversa da existente em nosso ordenamento e tem como pano de fundo países nos quais o processo penal é dividido em fases, ficando a instrução afeta a um órgão e o julgamento a outro, o que, como dito, difere do nosso ordenamento onde um único juiz atua na fase instrutória e também no julgamento. Nesta hipótese, como adverte Tourinho Filho a regra de distribuição do ônus probatório não deve ser mitigada, pois o magistrado que abandona a posição equidistante e suprapartes e passa a realizar a busca e colheita das provas compromete sua imparcialidade⁴⁴³.

Nesta conjuntura, a análise dos dispositivos de nosso Código de Processo Penal que regulam a atividade probatória constitui um importante mecanismo para se avaliar a aproximação ou distanciamento do nosso sistema processual penal de um modelo de natureza acusatória ideal, na medida em que o protagonismo das partes ou do órgão julgador no desempenho da atividade instrutória retrata uma relevante distinção entre os modelos acusatório e inquisitório.

⁴³⁸ CHOUKR, Fauzi H. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2014. E-book, p. 200. ISBN 9788502220058. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502220058/>. Acesso em: 19 jul. 2024. MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal, Tomo I – Fundamentos*, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 506.

⁴³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 3, 32º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 266.

⁴⁴⁰ NUCCI, Guilherme de S. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 366. E-book. ISBN 9788530994303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994303/>. Acesso em: 22 jul. 2024.

⁴⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 265.

⁴⁴² FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Bosch: Barcelona, 1934, p. 323.

⁴⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 266.

Assim, o exame dos dispositivos do Código de Processo Penal que dispõem sobre a iniciativa para a produção de provas tem como objetivo verificar em que medida o nosso sistema privilegia a centralidade das partes ou do magistrado na produção de provas e a compatibilidade das previsões normativas com um modelo processual de caráter acusatório. Outrossim, a partir da análise crítica dos dispositivos são apresentadas propostas de interpretação que busquem compatibilizá-los com os demais preceitos normativos previstos no Código de Processo Penal, bem como com as normas constitucionais.

4.3 A cláusula geral do sistema processual penal acusatório. Artigo 3º-A do Código de Processo Penal

O artigo 3º-A do Código de Processo Penal, apesar de localizado na seção do “juiz das garantias” tem um alcance muito maior do que o âmbito daquela figura⁴⁴⁴ uma vez que retrata a opção legislativa por um modelo de processo penal de natureza acusatória⁴⁴⁵.

No entanto, cabe ponderar que, a despeito de ser salutar a novidade legislativa, notadamente sob a perspectiva de considerá-la princípio geral e critério balizador para a atividade interpretativa de todas as demais normas constantes no Código de Processo Penal, ela não é suficiente para que se considere, por si só, o nosso modelo como acusatório.

É preciso o exame das normas constitucionais e da legislação infraconstitucional para que se possa chegar à conclusão de que o nosso ordenamento adotou ou não elementos básicos e estruturantes em sintonia com um sistema processual de feição acusatória.

Em uma interpretação literal do artigo 3-A do Código de Processo Penal, é possível afirmar que o legislador vedou ao magistrado apenas a atividade probatória substitutiva da acusação. Todavia, esta exegese literal não se revela a mais adequada.

Apesar de as violações ao princípio acusatório serem comumente verificadas mediante a substituição da atividade probatória da acusação, um sistema processual de natureza acusatória não tem como propósito apenas assegurar que o magistrado não atue em substituição à acusação. A imparcialidade também fica em risco ao se permitir ao juiz substituir a atuação probatória da defesa, vulnerando, outrossim, a paridade de armas entre as partes⁴⁴⁶, o devido processo legal e o justo processo.

⁴⁴⁴ PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 36.

⁴⁴⁵ PACELLI, Eugênio de Oliveira. Op. cit., p. 36.

⁴⁴⁶ BONFIM, Edilson M. *Curso de processo penal*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 31. E-book. ISBN 9788553620852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620852/>. Acesso em: 31 jul. 2024.

Nesse sentido a novel legislação foi objeto de ações diretas de inconstitucionalidade que questionavam os limites da vedação imposta à atuação probatória do magistrado no curso do processo. Argumentou-se que a proibição à substituição da atividade probatória do magistrado deveria se estender a todas as partes da relação jurídico-processual.

O Supremo Tribunal Federal ao apreciar o tema entendeu necessário atribuir uma interpretação conforme a Constituição para que se evitassem antinomias com outros dispositivos do Código cuja constitucionalidade reiteradamente já fora reconhecida pela Suprema Corte, como é o caso dos artigos 156, 209, 212 e 395 todos do Código de Processo Penal.

Assim, ao julgar o mérito das ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305⁴⁴⁷ a Suprema Corte acolheu os argumentos apresentados, atribuiu interpretação conforme ao artigo 3º-A do Código de Processo Penal e assentou que *“o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito”*. E, de acordo com a decisão, os limites legalmente autorizados consistem na possibilidade de o magistrado:

(a) “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (artigo 156, II); (b) determinar a oitiva de uma testemunha (artigo 209); (c) complementar a sua inquirição (artigo 212) e (d) “proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição” (artigo 385).

Entendemos que a melhor interpretação do teor da decisão do Supremo Tribunal Federal é aquela no sentido de que os limites legalmente autorizados e que permitem a atuação suplementar do magistrado foram mencionadas exemplificativamente, servindo estas hipóteses como balizas, diretrizes para o interprete, porquanto há inúmeras outras previsões no Código de Processo Penal que autorizam a atuação complementar do magistrado e que se afiguram compatíveis com o sistema acusatório, como se observa, por exemplo, das previsões constantes nos artigos 168 e 234 do CPP.

Por outro lado, deve ser rechaçado eventual entendimento que afirme ser autorizado ao magistrado atuar determinando diligências em toda e qualquer hipótese legalmente prevista no Código de Processo Penal, pois tal orientação negligencia o fato de que algumas disposições normativas atribuem ao juiz poderes instrutórios para atuar de ofício e com protagonismo na produção probatória, o que é incompatível com a estrutura acusatória, tais como o artigo 242 que possibilita ao magistrado determinar a busca e apreensão de ofício e o artigo 366, que autoriza ao

⁴⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6298, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6299, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6300, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6305, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023.

magistrado determinar a produção de provas consideradas urgentes no caso de o acusado ter sido citado por edital e não comparecer ou constituir advogado.

A partir da decisão proferida pela Suprema Corte, além de estar vedado o protagonismo probatório do magistrado e ser a ele facultada uma atuação supletiva, integrativa do papel das partes, também foi afastada a exigência de um magistrado inerte e espectador que submetido à atuação diligente ou não das partes, frustraria a concretização de diversas finalidades importantes do processo penal, como o alcance da paz social, a reconstrução histórica dos fatos e a observância das regras de direito penal. De mais a mais, como salientado, a atividade probatória substitutiva do magistrado está proibida, tanto em relação à acusação quanto no que toca à defesa.

4.4 Juiz das Garantias - Artigos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal

Na estrutura originariamente concebida pelo Código de Processo Penal o magistrado já no início do processo não mais possuía originalidade cognitiva, haja vista o contato que tinha na fase de investigação com os elementos colhidos, pois sua competência era fixada pela “prevenção” em virtude de atos com conteúdo jurisdicional praticados no curso da fase inquisitorial. Esta vinculação poderia contaminar, desde o nascedouro, a sua imparcialidade. É nesse contexto, então, que as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019 buscam superar as dificuldades presentes no antigo sistema⁴⁴⁸, pois o juiz que decide requerimentos cautelares na fase de investigação e tem contato com os elementos de informação colhidos nesta fase pode já ter formado previamente uma opinião sobre o fato, o que irá influenciar a decisão de mérito a ser tomada, devendo então, o melhor caminho ser o reconhecimento do seu impedimento para julgar o caso nesta hipótese⁴⁴⁹.

É neste contexto e para abordar, dentre outros fatores, esta problemática que o artigo 3º da Lei n. 13.964/19 introduziu em nosso ordenamento pátrio o juiz das garantias, disciplinado nos artigos 3-B a 3-F, todos do Código de Processo Penal.

A referida lei separou as funções do juiz que atua na fase processual daquele que atua na fase de investigação. O juiz com competência para atuar na fase preliminar fiscaliza as investigações criminais e tem competência para proferir decisões de caráter jurisdicional de

⁴⁴⁸ JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 36. E-book. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/>. Acesso em: 16 jul. 2024

⁴⁴⁹ ABOUD, Georges. NERY JUNIOR, Nelson. *Direito Constitucional Brasileiro*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2019, p. RB-1.41. E-book. ISBN 978-85-5321-319-1. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/123448227/v2/page/RB-1.41%20>. Acesso em: 10 de agosto de 2024.

natureza cautelar. Ele não se confunde com a figura do juiz instrutor existente em ordenamentos jurídicos estrangeiros, haja vista seu limitado poder instrutório⁴⁵⁰.

A instituição do juiz das garantias promove, então, a divisão da competência funcional entre juízes, na medida em que um juiz tem competência para atuar na fase pré-processual e o outro na fase processual, cada um com um conjunto diverso de funções a serem exercidas⁴⁵¹.

A expressão “juiz das garantias” tem sofrido críticas de diversos setores doutrinários, pois se tratando de juiz que atua na fase preliminar deveria ser nominado “juiz da investigação⁴⁵²”. Além disso, a aludida expressão desprezaria a função de garante dos demais magistrados que atuam nas outras fases do processo, seja instrutória ou recursal⁴⁵³.

O conceito de juiz das garantias pode ser extraído do exame das funções por ele exercidas, e consiste no magistrado que atua no controle da legalidade e na salvaguarda de direitos individuais, notadamente dos sujeitos à cláusula de reserva de jurisdição na fase de investigação, com competência até o oferecimento da denúncia ou queixa-crime nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal⁴⁵⁴.

Assim, cabe ao juiz das garantias fiscalizar o cumprimento e assegurar o respeito dos direitos e garantias fundamentais do investigado no curso da investigação criminal⁴⁵⁵.

Diante da necessidade de afastar o viés confirmatório ínsito à sistemática que permite ao juiz que atuou na fase de investigação também julgar o caso, a criação do juiz das garantias surge como uma importante alternativa para garantir a imparcialidade judicial e prevenir a falta de originalidade cognitiva do juiz no curso da instrução, proibindo que o magistrado que tenha atuado na fase de investigação também seja responsável pelo julgamento⁴⁵⁶.

Se o juiz ativamente determina a marcha processual e define quais as provas devem ser produzidas e introduzidas o processo decisório fica sob o risco de ser distorcido pelo viés de

⁴⁵⁰NUCCI, Guilherme de S. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 34. E-book. ISBN 9788530994303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994303/>. Acesso em: 02 ago. 2024.

⁴⁵¹BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 12ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2024, p. RB-3.19. E-book. ISBN 978-65-260-1465-3. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v12/page/RB-3.19%20>. Acesso em: 02 de agosto de 2024.

⁴⁵²JR., Aury L. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book, p. 92. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/>. Acesso em: 30 jul. 2024

⁴⁵³BONFIM, Edilson M. *Curso de processo penal*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 35. E-book. ISBN 9788553620852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620852/>. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁴⁵⁴Ibidem, p. 35.

⁴⁵⁵NUCCI, Guilherme de S. Ibidem, p. 37.

⁴⁵⁶JR., Aury L. Ibidem, p. 36.

confirmação, já que comumente se formula uma hipótese e se direciona a atenção a ela, negligenciando outras possibilidades⁴⁵⁷.

A despeito da inovação legislativa, há ainda quem sustente estar ausente o risco de contaminação da imparcialidade judicial ao fundamento de que o nosso modelo processual penal dispensa o exame aprofundado do mérito para decisões relacionadas a medidas cautelares em sede investigativa, além de que a profundidade da cognição judicial nestas hipóteses seria diversa daquela exigida por ocasião da apreciação do mérito⁴⁵⁸. De acordo com esta linha de pensamento as hipóteses legais de impedimento, suspeição e incompatibilidades, bem como a exigência constitucional de motivação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX da Constituição da República) constituem fatores suficientes para a preservação da imparcialidade judicial⁴⁵⁹.

Em que pese os relevantes argumentos, o risco de comprometimento da imparcialidade é, deveras maior nas hipóteses em que o magistrado atua na fase de investigação apreciando medidas cautelares, tem contato com os elementos de informação colhidos e em um momento posterior, examina o mérito da acusação. A criação do juiz das garantias, com o objetivo de preservar a imparcialidade do juiz que irá julgar o caso, revela-se, então, um importante mecanismo para que se assegure o justo processo.

A divisão de funções judiciais na persecução penal, com o afastamento da atuação do juiz que irá julgar de atuar na fase investigativa, possibilita que sua convicção sobre os fatos objeto de acusação se forme no curso da fase processual⁴⁶⁰, onde acusação e defesa irão atuar com observância dos princípios do contraditório, da oralidade e da publicidade e poderão, em igualdade de armas, apresentar suas versões sobre os fatos e terão possibilidade de efetivamente influir na decisão a ser proferida.

No sentido aqui esposado, Gustavo Badaró explica que a atuação do juiz do processo na fase de investigação pode acarretar sério risco à sua imparcialidade sob uma perspectiva objetiva⁴⁶¹:

A figura do juiz das garantias também visa a assegurar a imparcialidade do julgador, estabelecendo, igualmente na dinâmica processual, a vedação de que um mesmo juiz exerça, ao longo da persecução penal, funções que, se não são entre si incompatíveis, ao

⁴⁵⁷ ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Truth finding and the mirage of inquisitorial process*. In Jordi Ferrer Beltrán & Carmen Vázquez (eds.), *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*. New York, NY: Cambridge University Press, 2020, p. 07.

⁴⁵⁸ BONFIM, Edilson M. *Curso de processo penal*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 33. E-book. ISBN 9788553620852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620852/>. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 12ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2024, p. RB-3.19. E-book. ISBN 978-65-260-1465-3. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v12/page/RB-3.19%20>. Acesso em: 02 de agosto de 2024.

menos colocam em sério risco a sua imparcialidade. Mais especificamente, a prática de determinados atos pelo juiz, na fase de investigação, pode implicar prejuízo, permitindo que o acusado, legitimamente, possa suspeitar de que não terá um julgamento imparcial, caso a sentença seja proferida pelo mesmo juiz. Haverá, nesse caso, comprometimento da chamada imparcialidade objetiva do julgador

Em decorrência da criação do juiz das garantias, competente para atuar na fase de investigação, surge a discussão a respeito de qual juiz deveria ser o responsável por realizar o juízo de admissibilidade do recebimento da peça acusatória, haja vista que a natureza desta decisão pode repercutir na imparcialidade objetiva do magistrado.

O artigo 3º-C, *caput* do Código previa que a competência do juiz das garantias cessaria com o recebimento da denúncia ou queixa. Esta previsão tinha como propósito afastar o juízo da instrução do contato com o procedimento investigatório. Assim, ao juiz das garantias caberia a fiscalização no curso da fase de investigação e após, mediante o exame dos elementos de informação até então reunidos, decidir pelo recebimento ou não da denúncia⁴⁶². O juiz das garantias atuaria não apenas na fase de investigação, mas também na fase intermediária, em que se realiza o juízo de admissibilidade da acusação⁴⁶³.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal ao julgar as ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 declarou a inconstitucionalidade do termo “recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código” e atribuiu interpretação conforme para estabelecer que o procedimento investigatório deve ser remetido ao juízo da instrução que decidirá pelo recebimento ou não da denúncia. A competência do juiz das garantias cessa então com o oferecimento da denúncia.

A decisão da Suprema Corte, ao argumento de que houve “erro legístico” afastou a opção legitimamente feita pelo legislador e, em nossa perspectiva, adotou uma posição que enfraquece a garantia da imparcialidade do juiz da instrução.

O artigo 3º-B do Código ao criar a figura do juiz das garantias e separá-lo do juiz da instrução tem, dentre seus aspectos positivos, assegurar a originalidade cognitiva do magistrado que irá julgar, pois ele apenas terá contato com o caso sob uma perspectiva procedimental e probatória, na fase processual, haja vista que na fase de investigação, a competência para atuar é do juiz das garantias. Esta separação tem a importante vantagem de se assegurar que o magistrado que atue na instrução não esteja, desde o início, inclinado a acolher a tese acusatória ou influenciado pela versão dos fatos e elementos de informação apresentados no curso da fase de investigação pela acusação,

⁴⁶² NUCCI, Guilherme de S. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 48. E-book. ISBN 9788530994303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994303/>. Acesso em: 02 ago. 2024.

⁴⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 12ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2024, p. RB-3.20. E-book. ISBN 978-65-260-1465-3. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v12/page/RB-3.19%20>. Acesso em: 02 de agosto de 2024.

preservando, assim a sua imparcialidade⁴⁶⁴. Quando o juiz participa ativamente da investigação aumenta a probabilidade de que ele forme uma convicção a respeito das versões apresentadas pelas partes e a partir de então se torne menos receptivo a consideração de outras possibilidades e explicações sobre os fatos, com prejuízo à sua imparcialidade⁴⁶⁵.

Como destaca Gustavo Badaró, a atribuição de competência ao juiz das garantias para decidir a respeito da admissibilidade da denúncia não é o ideal, haja vista que ele atuou na fase investigativa e pode ter proferido decisões que comprometeram sua imparcialidade para emissão isenta do juízo de admissibilidade da peça acusatória, representando um risco maior de parcialidade por ocasião do recebimento da denúncia. Esta alternativa, todavia, se comparada com a atribuição da competência ao juiz da instrução é melhor, pois tem o condão de mitigar o risco de quebra da imparcialidade do juiz do processo, que não teria que se imiscuir no exame da presença de justa causa para a ação penal e teria contato com os elementos de prova e as versões apresentadas pelas partes apenas no curso da instrução, reforçando a probabilidade de que a sentença seja prolatada por um julgador imparcial⁴⁶⁶.

Assim, melhor seria que o juiz que atua na fase de instrução não fosse o responsável pela decisão de recebimento da denúncia, haja vista que, neste caso ele já faz um exame prévio a respeito da conduta do réu em relação ao fato criminoso a ele imputado, incrementando o risco à imparcialidade judicial por ocasião do julgamento e vulnerando a estrutura acusatória⁴⁶⁷.

De todo modo, ao se atribuir ao juiz do processo a competência para realizar o juízo de admissibilidade da denúncia, porque ele não teve contato prévio com os elementos de informação colhidos no inquérito e nem proferiu decisões cautelares na fase de investigação, há uma maior chance de que a decisão de recebimento ou não da denúncia seja realizada por um julgador imparcial. Por outro lado, se agrava o risco de parcialidade por ocasião do julgamento do caso, haja vista este prévio contato do juiz da instrução com os elementos de informação produzidos no

⁴⁶⁴ Nesse sentido, o magistrado que no curso da fase de investigação decreta diversas medidas cautelares, como quebras de sigilo bancário e fiscal, busca e apreensão, interceptações telefônicas e de dados, bem como decreta a prisão cautelar de investigados e profere decisão a respeito do recebimento da denúncia ofertada pelo órgão de acusação está sob um grande risco de ter sua imparcialidade abalada haja vista a versão unilateral dos fatos até então apresentada pelos órgãos de persecução penal e seu contato prévio e reiterado com inúmeros elementos de informação colhidos para subsidiar a acusação. JR., Aury L. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book, p. 91. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/>. Acesso em: 30 jul. 2024.

⁴⁶⁵ ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Truth finding and the mirage of inquisitorial process*. In Jordi Ferrer Beltrán & Carmen Vázquez (eds.), *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*. New York, NY: Cambridge University Press, 2020, p. 08.

⁴⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 12ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2024, p. RB-3.20. E-book. ISBN 978-65-260-1465-3. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v12/page/RB-3.19%20>. Acesso em: 02 de agosto de 2024.

⁴⁶⁷ JR., Aury L. Op. cit., p. 38.

inquérito já no momento do juízo de admissibilidade da acusação, ficando mais suscetível ao “*lock in effect*”⁴⁶⁸.”.

O “*lock in effect*” pode ser explicado nos seguintes termos⁴⁶⁹:

O efeito lock-in descreve como os tomadores de decisão ficam presos ou envolvidos em um curso específico de ação devido à sua motivação para justificar recursos comprometidos com esse curso de ação. Mesmo quando confrontados com informações de que uma decisão inicial não atingiu os resultados esperados, os tomadores de decisão são tendenciosos em relação ao investimento contínuo nesse curso de ação. O efeito lock-in, então, introduz uma predisposição sistêmica em relação às decisões a serem tomadas subsequentemente.

Os juízes, assim como as demais pessoas, estão sujeitos a várias predisposições cognitivas. O efeito “*lock in*” decorre da necessidade de um tomador de decisão ter que reavaliar uma decisão anteriormente tomada e que exigiu a alocação de recursos. Nestes casos, a probabilidade de que o tomador da decisão mantenha a decisão anterior é maior, ainda que novas informações sejam apresentadas ou que tenha tido maior tempo para reflexão, em comparação com a hipótese em que tivesse que decidir o caso sem ter proferido a decisão inicial. O “*lock-in effect*” ocorre por causa da tendência de querer justificar a alocação inicial de recursos confirmando que a decisão inicial estava correta. A situação mais provável para que o *lock-in* ocorra consiste na hipótese em que a mudança na decisão inicial evidenciar que a alocação anterior de recursos não era o melhor curso de ação⁴⁷⁰.

Neste sentido, uma solução mais consentânea com um modelo processual de características acusatórias seria retirar do juiz das garantias e do juiz do processo a competência para realizar o juízo de admissibilidade da denúncia e implementar a tríple repartição de competências na persecução penal, como ocorre na Itália, onde um juiz atua no curso da investigação, outro realiza o juízo de admissibilidade da acusação e um terceiro é responsável pela instrução e julgamento⁴⁷¹.

Esta tríple repartição, no entanto, não foi acolhida em nosso ordenamento, de forma que a melhor alternativa, a nosso sentir, é aquela que busca preservar a originalidade cognitiva do juiz da instrução e atribui ao juiz das garantias a competência para decidir sobre o recebimento ou não da

⁴⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 12ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2024, p. RB-3.20. E-book. ISBN 978-65-260-1465-3. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v12/page/RB-3.19%20>. Acesso em: 02 de agosto de 2024.

⁴⁶⁹ LYNCH, Kevin J. *The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions*. *Flórida Law Review*, v. 66, n. 02, p. 779-821, 2015, p. 781. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol66/iss2/5/#:~:text=The%20lock%2Din%20effect%20causes,resources%20that%20cannot%20be%20recovered>. Acesso em: 06 de agosto de 2024.

⁴⁷⁰ Ibidem, p. 783.

⁴⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. RB-3.20.

denúncia⁴⁷². O aspecto negativo desta opção, como salientado anteriormente, decorre do fato de que o juiz da fase de investigação atua apreciando requerimentos relativos a medidas cautelares, bem como tem contato com elementos de informação colhidos nesta fase investigativa, ficando sujeito ao risco de contaminação da sua imparcialidade no momento em que fosse apreciar o recebimento da denúncia, ocasião, inclusive, em que é possível, prolatar sentença de absolvição sumária⁴⁷³. De outra parte, minimiza-se o risco de quebra da imparcialidade do juiz da instrução, bem como o “*lock in effect*”.

Ainda no contexto das competências que foram atribuídas ao juiz do processo pela Lei n. 13.946/2019, merece menção a previsão do artigo 3º-C, §2º do Código de Processo Penal. Este dispositivo impõe ao juiz da instrução o dever de reexaminar as medidas cautelares anteriormente deferidas pelo juiz das garantias. Se um dos objetivos da criação do juiz das garantias é afastar o magistrado que irá julgar o processo do exame de medidas cautelares requeridas no curso da fase de investigação, a obrigatoriedade deste reexame de ofício, ainda que no curso do processo, vai de encontro à finalidade pretendida. Melhor seria que se facultasse esta reanálise, de ofício ou a requerimento das partes.

A despeito de a regra geral no processo penal a partir da introdução do juiz das garantias pela Lei n. 13.964/2019 ser a divisão das funções entre o juiz que atua na fase de investigação e o juiz da fase processual, a mencionada lei previu uma exceção à competência do juiz das garantias, que não atuará nas infrações de menor potencial ofensivo (artigo 3º-C do Código de Processo Penal).

O rol de exceções, todavia, foi ampliado pelo STF nas ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 nos seguintes termos⁴⁷⁴:

(...) as normas relativas ao juiz das garantias não se aplicam às seguintes situações: a) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990; b) processos de competência do tribunal do júri; c) casos de violência doméstica e familiar; e d) infrações penais de menor potencial ofensivo.

As exceções feitas pela Suprema Corte tiveram como fundamento a alegação de que o juiz das garantias é incompatível com o rito processual das hipóteses excepcionadas.

⁴⁷²JR., Aury L. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book, p. 91. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/>. Acesso em: 30 jul. 2024.

⁴⁷³BONFIM, Edilson M. *Curso de processo penal*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 35. E-book. ISBN 9788553620852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620852/>. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁴⁷⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6298, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6299, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6300, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6305, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023.

Especificamente em relação a não incidência do juiz das garantias nas ações originárias sujeitas à Lei n. 8.038/1990, a circunstância de o julgamento ocorrer de forma colegiada foi suscitado pelo Supremo Tribunal Federal como um importante fator para preservação da imparcialidade e não incidência do juiz das garantias. Todavia, Gustavo Badaró pondera⁴⁷⁵:

Contudo, os desvirtuamentos da prática, fruto de um absurdo volume de processos que são julgados pelos tribunais, têm minimizado esses efeitos. Cada vez mais tudo se decide monocraticamente pelo relator. E, mesmo quando há julgamento pelo órgão coletivo, o que tem ocorrido é um simulacro de julgamento colegiado. Para que a colegialidade fosse um fator de reforço da imparcialidade, minimizando os efeitos de vieses dos magistrados, seria necessário que a deliberação do colegiado deveria ser efetivamente precedida de debate entre os seus membros. Até mesmo porque, uma das vantagens do colégio judicante é exatamente esta: cada juiz sendo auxiliado em sua discussão, com a discussão dos demais.

Como a introdução do juiz das garantias em nosso ordenamento tem entre seus objetivos preservar a imparcialidade do juiz da fase de instrução, evitando que atue na fase de investigação e forme antes mesmo de iniciado o processo uma prévia convicção a respeito do caso⁴⁷⁶, fica em aberto o tema da preservação da imparcialidade do julgador nas situações excepcionadas pela Lei n. 13.964/2019 e pelo Supremo Tribunal Federal, porquanto inconcebível que se afirme que os juízes que atuarão nas hipóteses excepcionadas ficam imunes ou menos suscetíveis de terem sua imparcialidade contaminada⁴⁷⁷.

Outra importante alteração objetivada pela Lei n. 13.964/2019 era evitar que o juiz da instrução tivesse contato com os elementos de informação colhidos na fase de investigação, com exceção das provas irrepitíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas (artigo 3º-C, §3º do Código de Processo Penal). Nesse sentido, os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias deveriam ficar acautelados na secretaria desse juízo à disposição das partes.

No entanto, o STF declarou a inconstitucionalidade com redução do texto dos §§ 3º e 4º do artigo 3º-C para afastar essa separação e determinar que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias serão remetidos ao juiz da instrução e julgamento. Esta conclusão decorre do próprio entendimento da Suprema Corte que atribui ao juiz da instrução a competência para apreciar o recebimento ou não da denúncia. Sendo ele o responsável, necessário que se assegure que tenha acesso aos elementos de informação colhidos ao longo da fase de investigação.

⁴⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 12ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2024, p. RB-3.21. E-book. ISBN 978-65-260-1465-3. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v12/page/RB-3.21%20>. Acesso em: 02 de agosto de 2024.

⁴⁷⁶ BONFIM, Edilson M. *Curso de processo penal*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 43. E-book. ISBN 9788553620852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620852/>. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁴⁷⁷ Ibidem, p. 43.

A despeito da pertinência do propósito almejado pelo legislador, de evitar que o juiz da instrução não tivesse contato com os elementos de informação produzidos na investigação, há um problema de ordem prática que frustraria este intento. É que não houve vedação legal para que as partes pudessem proceder a juntada dos elementos de informação colhidos e nem haveria que se cogitar da ilicitude da formação da prova, haja vista ter sido produzida sob fiscalização do juiz das garantias⁴⁷⁸.

Do exame das inovações legislativas introduzidas em nosso ordenamento pela Lei n. 13.964/2019 podemos afirmar que tiveram como objetivo aprofundar o caráter acusatório de nosso sistema processual penal, mediante a repartição das funções a serem exercidas pelos juízes no curso do processo e na fase investigativa.

Esta divisão das funções tem como propósito preservar a imparcialidade sob uma ótica objetiva a partir da relação do juiz com o objeto do processo⁴⁷⁹. Esta separação, no entanto, como se pôde observar, não acarretou o afastamento completo do juiz do processo do contato com os elementos de informação colhidos e a versão dos fatos apresentada desde o início do inquérito pelos órgãos de investigação.

É de se reconhecer que a repartição de funções ao longo da persecução penal constitui um importante fator para a preservação da imparcialidade objetiva do magistrado. No entanto, o instituto do juiz das garantias, a repartição de competências entre ele e o juiz do processo e aspectos procedimentais correlatos carecem de aperfeiçoamento.

O sistema acusatório deve assegurar que o juiz que irá julgar tenha contato com o caso no curso do processo e forme a sua convicção a partir dos elementos de prova colhidos nesta fase⁴⁸⁰, sem que tenha contato prévio na fase de investigação ou já no início do processo com elementos de informação que se destinam à formação da *opinio delicti*.

4.5 A atuação probatória do juiz - Artigo 156 do Código de Processo Penal

⁴⁷⁸ BONFIM, Edilson M. *Curso de processo penal*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024, p. 45. E-book. ISBN 9788553620852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620852/>. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁴⁷⁹ Ibidem, p. 31.

⁴⁸⁰ JR., Aury L. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book, p. 92. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/>. Acesso em: 30 jul. 2024.

O termo ônus da prova na acepção processual corresponde ao encargo de provar. Seu conteúdo não equivale a um dever cujo descumprimento acarretará uma sanção⁴⁸¹. Assim, a parte a quem se atribui o ônus, caso se desincumba deste encargo poderá se colocar em uma posição jurídica mais favorável no processo⁴⁸².

Em respeito ao princípio da presunção de inocência, o ônus de comprovar a materialidade e a autoria delitivas cabe à acusação. Por outro lado, o ônus de demonstrar a presença de eventual excludente da ilicitude ou da culpabilidade é da defesa. É neste sentido a regra de distribuição do ônus da prova disposta no *caput* do artigo 156 do Código de Processo Penal⁴⁸³.

Cabe ponderar, no entanto, que além da autoria e materialidade delitivas o órgão de acusação tem o dever de demonstrar a tipicidade da conduta, a presença do dolo ou da culpa, bem como a existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras⁴⁸⁴.

Além de observar o princípio da presunção de inocência, o ônus da prova da defesa deve ser conciliado com o princípio do *in dubio pro reo*. Assim, suscitada a existência de alguma excludente e demonstrada razoavelmente a sua presença, subsistindo dúvida, o acusado deve ser absolvido e não condenado⁴⁸⁵.

A reforma processual introduzida pela Lei n. 11.690/08 inseriu modificações no artigo 156 do Código de Processo Penal e passou a prever no inciso I a possibilidade de o juiz determinar de ofício a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes mesmo antes de iniciada a ação penal.

Esta previsão aprofundou a inquisitividade do sistema processual penal brasileiro na medida em que passou a expressamente permitir que o juiz ordenasse a produção de prova na fase de investigação⁴⁸⁶. Uma crítica a esta previsão normativa se relaciona à posição do magistrado no processo penal, na medida em que não cabe a ele o exame da qualidade da investigação e dos elementos de informação coligidos no curso da fase investigativa, que deve ser avaliado e valorado pelo órgão responsável pela acusação⁴⁸⁷.

⁴⁸¹ NUCCI, Guilherme de S. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 364. E-book. ISBN 9788530994303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994303/>. Acesso em: 22 jul. 2024.

⁴⁸² AVENA, Norberto. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 445. ISBN 9786559647774. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647774/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

⁴⁸³ PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 432. Caso o réu apresente eventual alibi, ele atrai para si o ônus de comprovar a sua existência, haja vista que a acusação não pode fazer prova negativa. NUCCI, Guilherme de S. Op. cit., p. 366.

⁴⁸⁴ AVENA, Norberto. Op. cit., p. 445.

⁴⁸⁵ NUCCI, Guilherme de S. Op. cit., p. 365.

⁴⁸⁶ CHOUKR, Fauzi H. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2014. E-book, p. 202. ISBN 9788502220058. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502220058/>. Acesso em: 19 jul. 2024.

⁴⁸⁷ PACELLI, Eugênio de Oliveira. Op. cit., p. 36.

Nesse sentido, o magistrado que defere uma interceptação telefônica ou a quebra de uma inviolabilidade pessoal, não atua objetivando reunir elementos de informação destinados a comprovar a autoria e materialidade delitivas, nem para tutelar a qualidade da investigação, mas para assegurar o respeito dos limites constitucionais de restrição às inviolabilidades nos exatos termos delineados na Constituição da República, bem como para a tutela das garantias fundamentais do investigado⁴⁸⁸.

A despeito de toda controvérsia surgida com a previsão do inciso I do artigo 156, após o advento da Lei n. 13.964/19, que criou o juiz das garantias, tem sido sustentado que o mencionado dispositivo foi revogado uma vez que o artigo 3-A, introduzido pela mencionada lei veda a iniciativa probatória do magistrado⁴⁸⁹.

Pelo critério temporal de solução de antinomias, é possível afirmar que, após a introdução do artigo 3º-B, inciso VII pela Lei n. 13.964/19, a produção antecipada de provas consideradas urgentes antes do início da ação penal só pode ser determinada mediante requerimento das partes, conforme expressamente previsto no citado artigo, ficando a cargo do juiz das garantias a decisão respectiva.

Assim, no curso do inquérito o magistrado não pode mais atuar de ofício para a decretação de medidas cautelares reais, pessoais e para a busca de elementos de prova, consagrando, então, a figura do juiz das garantias⁴⁹⁰.

Em relação à previsão do inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, há uma linha de pensamento que defende ser possível a atuação de ofício do magistrado para determinar a produção das provas que entenda apropriadas, oportunas e razoáveis para a apuração do delito e para que se alcance a verdade, sendo tal atuação consequência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial⁴⁹¹. Além disso, seria possível, em analogia ao disposto no artigo 481 do

⁴⁸⁸ PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 433.

⁴⁸⁹ NUCCI, Guilherme de S. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 367. E-book. ISBN 9788530994303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994303/>. Acesso em: 22 jul. 2024. No mesmo sentido Norberto Avena assevera que: “Mais recentemente, expressamente corroborando o sistema acusatório como sendo o vigente no direito brasileiro, introduziu a Lei 13.964/2019, ao Código de Processo Penal, o art. 3º-A, dispondo 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”. Com isto, ficaram revogadas tacitamente normas como a do art. 156, I, do CPP, a qual viabiliza ao juiz ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas.” AVENA, Norberto. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 11. ISBN 9786559647774. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647774/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

⁴⁹⁰ JR., Aury L. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book, p. 83. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/>. Acesso em: 30 jul. 2024

⁴⁹¹ FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Bosch: Barcelona, 1934, p. 60. NUCCI, Guilherme de S. Op. cit., p. 367.

Código de Processo Civil, o magistrado de ofício ou a requerimento da parte, inspecionar coisas ou pessoas para que se esclareça sobre fato que possa interessar à decisão da causa⁴⁹².

Outra corrente de inteligência sustenta que ao magistrado somente é possível determinar a realização de diligências para esclarecer pontos ou questões objeto de dúvidas, desde que decorrente de material probatório já trazido pelas partes⁴⁹³, sendo proibida a adoção de uma postura substitutiva do órgão de acusação e que busque suprir eventual atuação deficiente ou insuficiente⁴⁹⁴.

O magistrado, então, não deve adotar uma postura de mero espectador e apesar de proibida a sua iniciativa probatória, não há óbice para que determine no curso da ação penal, ainda que de ofício, diligências com o objetivo de sanar dúvidas que tenham surgido em decorrência de provas requeridas, produzidas ou trazidas pelas partes⁴⁹⁵. Por outro lado, cumpre advertir que a previsão em comento constitui uma faculdade e não uma obrigação, haja vista sua atividade supletiva, ficando primariamente na atribuição das partes diligenciar a produção das provas⁴⁹⁶.

Em linha com a posição aqui exposta, é o disposto no artigo 234 do Código de Processo Penal, pois autoriza o juiz requisitar de ofício documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa independentemente de requerimento de qualquer das partes, desde que ele tenha tido notícia, conhecimento a respeito de sua existência. Nesse ponto cumpre assinalar que o dispositivo em comento não autoriza a busca autônoma do magistrado por provas a respeito dos fatos em apuração, mas apenas que ele, tendo ciência da existência de determinado documento, determine a sua introdução nos autos caso as partes não o façam. Tudo em linha com uma atuação integrativa, suplementar da atividade das partes.

De acordo com esta perspectiva o princípio acusatório atua como critério de aplicação e limitação do âmbito de incidência do mencionado dispositivo, sobretudo para que se preserve a imparcialidade do órgão julgador⁴⁹⁷.

Por fim, há quem defenda ser possível ao magistrado, no curso do processo determinar diligências que demonstrem a inocência do réu, mesmo que não requerida pelo defensor⁴⁹⁸, como forma de concretizar efetivamente os princípios da paridade de armas e acusatório como garantias

⁴⁹² NUCCI, Guilherme de S. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 369. E-book. ISBN 9788530994303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994303/>. Acesso em: 22 jul. 2024.

⁴⁹³ PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 36.

⁴⁹⁴ Ibidem, p. 434.

⁴⁹⁵ AVENA, Norberto. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 12. ISBN 9786559647774. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647774/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

⁴⁹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 3, 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 267.

⁴⁹⁷ PACELLI, Eugênio de Oliveira. Op. cit., p. 434.

⁴⁹⁸ Ibidem, p. 37.

estabelecidas em favor do réu⁴⁹⁹. Esta posição, como visto no item 3.3 deste trabalho foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal que ao apreciar as ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 assentou que “o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito”. Outrossim, além de proibir a centralidade probatória do magistrado, a Suprema Corte vedou a atividade probatória substitutiva do magistrado tanto em relação à acusação quanto no que tange a defesa.

Importa ressaltar, por oportuno, que deve ser garantida às partes condição de efetivamente assistir e participar das provas determinadas de ofício pelo juiz, em privilégio ao princípio constitucional do contraditório⁵⁰⁰.

4.6 O interrogatório do acusado – Artigo 186 do CPP

Na redação originária do Código o interrogatório do acusado era o primeiro ato de instrução processual no procedimento ordinário⁵⁰¹.

O réu era interrogado pelo juiz sem que as partes pudessem realizar qualquer intervenção e o julgador podia valorar negativamente o comportamento do acusado que optasse por se manter em silêncio (artigo 186), ostentando o ato um caráter acentuadamente inquisitivo⁵⁰².

O interrogatório era concebido como um meio de prova, conforme se observa da exposição de motivos⁵⁰³ sendo esta a posição assumida no Código de Processo Penal, onde o interrogatório foi alocado no Título VII do Livro I do Código, que trata das provas⁵⁰⁴.

⁴⁹⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, Rio de Janeiro, p. 219. Mauro Andrade ao discorrer sobre a figura do juiz-defensor explica que ela é estranha ao modelo processual acusatório. Aduz que sob a perspectiva histórica, ele não integrou e não integra o sistema acusatório. Paradoxalmente, esta figura esteve presente no sistema inquisitório, que tem entre uma de suas principais características a restrição ou proibição de atuação de um defensor ao acusado, ao fundamento de que o juiz não precisava de auxílio para a descoberta da verdade. E é neste contexto, então que o magistrado tinha o dever de compensar as deficiências defensivas em favor do réu. Nas Instruções de Tomás de Torquemada (1484) da Inquisição Espanhola e nas Instruções do Inquisidor-Geral Fernando de Valdés (1561) observa-se a figura do juiz-defensor que podia atuar para buscar e obter provas que favoreceriam o réu. De outra parte, no modelo processual acusatório, em que a imparcialidade é um valor e princípio fundamental, a concepção de um julgador que demonstra inclinação e atua em favor de uma das partes se revela incompatível com a figura do juiz-defensor. ANDRADE, Mauro Fonseca. *O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183, p. 168-188, julho./set. 2009, p. 176.

⁵⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. 9ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 140.

⁵⁰¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 616. ISBN 9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/>. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁵⁰² PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 24 e p. 29.

⁵⁰³ Consta na Exposição de Motivos que “Embora mantido o princípio de que *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como

Após a inauguração da nova ordem constitucional com a Constituição da República de 1988 e a expressa previsão do direito ao silêncio (artigo 5º, LXIII), tem sido sustentado que o artigo 186 do Código de Processo Penal em sua redação originária⁵⁰⁵, bem como o artigo 198 não foram recepcionados pela ordem constitucional vigente em virtude da incompatibilidade com as suas disposições⁵⁰⁶.

A partir da Lei n. 10.792/01 que mudou a sistemática do interrogatório mediante a previsão da obrigatoriedade da presença da defesa técnica, da possibilidade de as partes fazerem perguntas por intermédio do juiz⁵⁰⁷, de participação ou não do acusado no ato mediante seu privativo juízo de conveniência e oportunidade, bem como do direito ao silêncio⁵⁰⁸ sem que de tais comportamentos decorra qualquer prejuízo à defesa, tem sido sustentado que o interrogatório passou a constituir um meio de defesa do acusado⁵⁰⁹, pois se meio de prova fosse, o réu não poderia se calar e caso o fizesse seria possível extrair deste silêncio prejuízo à sua defesa⁵¹⁰.

Sobre o tema, Ferrajoli assevera que em modelos não inquisitórios o interrogatório deve ser tido como um meio de defesa para que o acusado possa contrapor a acusação contra ele formulada⁵¹¹. Nesse sentido, o ilustre doutrinador explica que⁵¹²:

É no interrogatório que se manifestam e se aferem as diferenças mais profundas entre método inquisitório e método acusatório. No processo inquisitório pré-moderno, o interrogatório do imputado representava "o início da guerra forense", isto é, "o primeiro ataque" do Ministério Público contra o réu de modo a obter dele, por qualquer meio, a confissão.

atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se, mas uma franca oportunidade de obtenção de prova."

⁵⁰⁴ CHOUKR, Fauzi H. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2014. E-book, p. 224. ISBN 9788502220058. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502220058/>. Acesso em: 19 jul. 2024. A eleição pelo Código do interrogatório como meio de prova resultava no tratamento do acusado unicamente como mais um objeto da prova. PACHELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 486.

⁵⁰⁵ Posteriormente a Lei n. 10.792/03, introduziu alterações no artigo 186, passando a prever, em consonância com a Constituição da República, o direito ao silêncio.

⁵⁰⁶ PACHELLI, Eugênio de Oliveira. Op. cit., p. 72.

⁵⁰⁷ Cabe salientar, por oportuno, que no Tribunal do Júri, as perguntas ao réu são formuladas diretamente pelas partes – direct examination, conforme redação do artigo 474, §1º, introduzida pela Lei n. 11689/08.

⁵⁰⁸ O Direito ao silêncio, além de constar no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição da República, também está expressamente previsto no artigo 8º, gº da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, que preceitua que toda pessoa acusada de um delito tem um rol de garantias mínimas ao longo do processo, dentre elas a de “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; (...); Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 15 de junho de 2024

⁵⁰⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 132. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 3, 32º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 295. PACHELLI, Eugênio de Oliveira. Op. cit., p. 73. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 618. ISBN 9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/>. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁵¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 298.

⁵¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 447.

⁵¹² Ibidem, p. 485.

Nesta nova perspectiva, de tratamento do interrogatório como meio de defesa, o comportamento do magistrado no ato deve refletir esta atual concepção. Assim, o juiz deve adotar uma postura equilibrada, serena e imparcial, sem que incuta medo, temor, revolta e insegurança no acusado, devendo atuar com cuidado e diligência para que a má-formação da prova não prejudique o direito a ampla defesa do réu⁵¹³.

A elevação ao status constitucional do direito ao silêncio (artigo 5º, LXIII), implica a importante consequência de se reconhecer a incompatibilidade com a ordem constitucional vigente – seja por não recepção ou por inconstitucionalidade – de dispositivos cujo conteúdo se revele dissonante da densidade normativa extraída do direito ao silêncio.

No âmbito internacional diversos tratados de proteção aos direitos humanos subscritos e ratificados pelo Brasil previram o direito de silêncio ao réu. Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, vigente no país desde 25/09/1992 previu no rol de garantias de uma pessoa acusada de um delito o direito ao silêncio (artigo 8º “g”). Em sentido semelhante, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos no artigo 14, 3, “g”, vigente no Brasil desde 24 de abril de 1992 dispôs que o acusado tem o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo ou de confessar o delito. Como consequência destas disposições, as normas jurídicas de direito interno devem guardar concordância com as normas internacionais de proteção aos direitos humanos vigentes no País, o que é feito mediante o controle de convencionalidade pelos órgãos do Poder Judiciário que examinam a compatibilidade das disposições normativas do ordenamento jurídico interno com o objeto e conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos vigentes em nosso ordenamento⁵¹⁴.

A respeito da observância do direito ao silêncio por ocasião do interrogatório, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a não recepção do artigo 260 do Código de Processo Penal na parte que trata do interrogatório, pois se entendeu que além de violar o princípio da presunção da não culpabilidade, por implicar restrição temporária da liberdade mediante condução sob custódia pela polícia para interrogatório, também violaria o direito a não autoincriminação, na modalidade direito

⁵¹³ NUCCI, Guilherme de S. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 499. ISBN 9786559646838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646838/>. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁵¹⁴ Valério de Oliveira Mazzuoli explica que o Poder Judiciário de um país tem o dever de exercer o controle de convencionalidade das suas leis em face dos tratados de direitos humanos que estejam em vigor no ordenamento interno. Os direitos humanos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos formam uma espécie de “bloco de convencionalidade” que são de observância obrigatória nos estados-partes dos tratados. MAZZUOLI, Valerio de O. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 361. E-book. ISBN 9786559645886. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645886/>. Acesso em: 08 ago. 2024.

ao silêncio, haja vista que a legislação prevê o direito a ausência do investigado ou acusado sem que isso lhe ocasione qualquer prejuízo⁵¹⁵.

Por fim, e a partir da adoção da linha de pensamento aqui esposada, as previsões dos artigos 196 e 616, ambos do Código de Processo Penal, que permitem ao juízo singular e ao Tribunal proceder a novo interrogatório de ofício, não se revelariam compatíveis com um modelo acusatório, haja vista que não mais tratado como um meio de obtenção de provas, mas de defesa do acusado e nesta quadra, sujeito ao juízo de conveniência e oportunidade do réu.

4.7 Depoimentos testemunhais – artigos 209, 212, 225 e 473 todos do Código de Processo Penal

Na redação originário do artigo 212 o Código previa o sistema presidencialista de inquirição ao preceituar que as perguntas das partes deveriam ser requeridas ao juiz, que as formulariam às testemunhas. De acordo com este sistema apenas o juiz se dirige às testemunhas e a parte deve formular suas perguntas por intermédio do magistrado⁵¹⁶.

Todavia, após a alteração introduzida pela Lei 11.690/08, o juiz não mais exerce o sistema presidencialista⁵¹⁷ e as partes passam a poder realizar as perguntas diretamente às testemunhas, podendo o magistrado complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos.

Uma linha de pensamento, ao realizar a interpretação conjugada do disposto no artigo 212 com a previsão do artigo 3-A, ambos do Código de Processo Penal, defende que a atuação do magistrado deve se limitar à solicitação de esclarecimentos sobre algo que não entendeu a partir da linha de indagação inaugurada pelas partes, sendo proibido que ele inove com novas perguntas e substitua a atividade probatória das partes⁵¹⁸.

Há entendimento que sustenta que o ponto importante na colheita dos depoimentos testemunhais é assegurar a imparcialidade do julgador e para tanto a ordem de inquirição de testemunhas não é de todo relevante⁵¹⁹.

⁵¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADPF 395, Relator(a): Gilmar Mendes, julgado em 14/06/2018, publicado em 22/05/2019. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADPF 444, Relator(a): Gilmar Mendes, julgado em 14/06/2018, publicado em 22/05/2019.

⁵¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 3, 32º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 376.

⁵¹⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 610. ISBN 9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/>. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁵¹⁸ JR., Aury L. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book, p. 84. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/>. Acesso em: 30 jul. 2024.

⁵¹⁹ NUCCI, Guilherme de S. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 543. ISBN 9786559646838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646838/>. Acesso em: 26 jul. 2024.

Apesar de concordar com a observação de que o essencial é assegurar a imparcialidade do juiz que atuará na colheita da prova testemunhal, não nos parece ser uma questão secundária a ordem de inquirição das testemunhas. É que o protagonismo do juízo na colheita da prova em detrimento de uma postura supletiva, posterior às perguntas das partes, pode ter o potencial de influir no seu estado de espírito e comprometer a sua imparcialidade. Reservar ao magistrado uma atuação complementar à atividade das partes afigura-se o melhor caminho se o que se busca é a concretização de um modelo processual penal de caráter acusatório. Nesse sentido, a previsão constante do artigo 212 do Código de Processo Penal revela-se mais adequada e harmônica com um sistema processual acusatório do que aquela prevista no artigo 473 do mesmo Código, que prevê ser o magistrado o primeiro a formular perguntas à pessoa ofendida e às testemunha no rito do Tribunal de Júri. Se o ônus probatório é distribuído entre as partes, a previsão que preceitua competir ao magistrado realizar inicialmente as perguntas pode representar um risco à contaminação da sua imparcialidade.

A Lei nº 11.690/08 optou, então, por uma perspectiva prevalentemente acusatória ao atribuir às partes, no rito comum, o papel de protagonistas na inquirição das testemunhas, sobejando ao magistrado um papel supletivo caso entenda necessário solicitar algum esclarecimento⁵²⁰. A alteração contribui para a adoção de uma postura mais neutra do magistrado na atividade instrutória e mitiga o risco de que ele adote uma postura substitutiva do órgão de acusação⁵²¹.

Ainda no âmbito da determinação e colheita da prova testemunhal, o artigo 209 do Código de Processo Penal autoriza ao magistrado de ofício, se entender necessário, determinar a oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes, bem assim daquelas que tenham sido referidas por outras testemunhas. Esta atuação de ofício tem fundamento nos princípios da verdade real ou processual e do impulso oficial⁵²².

Em nossa perspectiva, todavia, o artigo 209 deve ser interpretado em harmonia com os artigos 3-A e 156, inciso II, todos do Código de Processo Penal, que veda ao magistrado o desempenho de atividade probatória substitutiva das partes. Desta forma, a determinação para a oitiva de testemunha de ofício deve ser feita em caráter complementar à atividade das partes e desde que seja para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

⁵²⁰ No âmbito do Tribunal do Júri o magistrado inicia a inquirição e após, às partes é facultada a formulação de perguntas diretamente às testemunhas. PACHELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 35.

⁵²¹ Ibidem, p. 539.

⁵²² NUCCI, Guilherme de S. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 538. ISBN 9786559646838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646838/>. Acesso em: 26 jul. 2024. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 39. ISBN 9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/>. Acesso em: 26 jul. 2024.

Não se coaduna com um modelo de feição acusatória, de outro lado, o protagonismo do magistrado na busca, colheita e introdução de ofício no processo de prova testemunhal em substituição às partes.

Assim, nas hipóteses em que a determinação para a produção da prova testemunhal de ofício não decorra do prévio conhecimento de uma fonte de prova já conhecida⁵²³ ou de uma referência feita por outra testemunha, em nosso sentir, esta atuação proativa do magistrado violaria o modelo acusatório. Nestes casos, o magistrado assume um protagonismo em substituição às partes na atividade de busca, colheita e introdução de provas no processo.

Por fim, releva ser mencionado que a competência para determinação do depoimento antecipado de ofício de testemunha sofreu alteração a partir da Lei n. 13.964/2019. A interpretação conjugada do artigo 225 com a previsão do artigo 3º-B, inciso VII, ambos do Código de Processo Penal permite afirmar que cabe ao juiz das garantias decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas urgentes e não repetíveis. A atuação não mais pode ser de ofício e fica sujeita ao requerimento do interessado, a teor do inciso VII, que na sua parte inicial dispõe competir ao juiz das garantias “decidir sobre o requerimento de produção”⁵²⁴.

4.8 Considerações finais sobre a atividade probatória prevista no Código de Processo Penal.

Apesar de o Código de Processo Penal ter sofrido inúmeras alterações desde a época de sua edição, é possível afirmar que não houve uma reforma sistemática e estrutural de sua essência. Disso decorre a existência de diversas disposições que não só se revelam contraditórias entre si, mas também são incompatíveis com o extenso rol de direitos e garantias fundamentais albergados na Constituição da República de 1988. Há ainda diversos dispositivos que retratam características autoritárias e inquisitórias, que influenciaram a época da edição do Código e que permitem a iniciativa probatória de ofício do magistrado como se observa dos artigos 225, 242, 366, 497, inciso XI, dentre outros.

⁵²³ Pensemos na hipótese em que o magistrado, pretendendo encontrar alguém que presenciou o fato, determina de ofício a oitiva de pessoas que trabalham ou residem próximo ao local onde um delito ocorreu. Neste caso, entendemos que o comportamento extrapola a postura supletiva da atuação das partes. Diversa, no entanto, é a situação em que havendo a informação nos autos de que determinada pessoa presenciou o fato objeto de apuração, o juiz determina sua oitiva de ofício em virtude de as partes não a terem arrolado como testemunha.

⁵²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 12ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2024, p. RB-3.24. E-book. ISBN 978-65-260-1465-3. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v12/page/RB-3.19%20>. Acesso em: 02 de agosto de 2024.

Da análise dos dispositivos que regulam a atividade probatória se nota uma certa contradição entre preceitos que procuram colocar o magistrado em uma posição equidistante, suprapartes e com poderes complementares à atividade probatória das partes e disposições que atribuem ao magistrado poderes anômalos e que possibilitam um protagonismo judicial no curso do processo⁵²⁵.

Os princípios de um modelo processual penal acusatório foram previstos na Constituição da República de 1988, todavia o Código de Processo Penal não incorporou muito destes princípios ao longo dos anos⁵²⁶, existindo diversos dispositivos que ainda retratam resquícios da mentalidade inquisitória e autoritária da época de sua edição e que devem ser submetidos a uma releitura para que seu conteúdo seja harmonizado com a ordem constitucional vigente.

⁵²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 3, 32º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 546.

⁵²⁶ NUCCI, Guilherme de S. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 35. E-book. ISBN 9788530994303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994303/>. Acesso em: 02 ago. 2024.

CONCLUSÃO

A consolidação do constitucionalismo moderno favoreceu a primazia da constituição sobre o parlamento e forneceu o sustentáculo necessário para assegurar a prevalência das normas constitucionais sobre a legislação ordinária e seu emprego como parâmetro de interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais.

As normas constitucionais não têm caráter meramente programático, de recomendação, mas vinculante, além de aplicabilidade direta e imediata e o seu descumprimento autoriza o emprego de mecanismos destinados a constranger a sua observância. A legislação ordinária, além de não poder contrariar o texto constitucional, deve ser orientada à concretização do projeto constitucional eleito pelo Poder Constituinte Originário.

Em um estado constitucional, o controle de constitucionalidade é um importante instrumento para assegurar a supremacia da constituição mediante o controle do poder estatal, a proteção dos direitos fundamentais e a realização das finalidades perseguidas pela Constituição. A técnica da interpretação conforme a constituição desempenha um relevante papel na conformação das normas processuais penais para que cumpram e respeitem os valores, princípios e finalidades constitucionais e o sistema processual acusatório nela consubstanciado.

O constitucionalismo, a jurisdição constitucional e a hermenêutica constitucional, especialmente a força normativa da constituição voltada para privilegiar a eficácia ótima das normas constitucionais favorecem a concretização de um sistema processual penal de natureza acusatória constitucionalizado.

A constituição possui um papel de centralidade em nosso ordenamento e se situa no vértice da estrutura normativa. Como o sistema processual penal adotado repercute diretamente nos direitos e garantias asseguradas ao investigado ou acusado de um delito, a sua escolha deve ser definida pelas normas constitucionais para que o modelo eleito não fique suscetível a alterações da legislação ordinária e ao alvedrio da maioria de ocasião.

Originariamente, o Código de Processo Penal possuía diversos dispositivos incompatíveis com um modelo processual acusatório. No entanto, após a Constituição de 1988 e a atribuição de normatividade e efetividade às normas constitucionais, podemos afirmar que o sistema adotado em nosso ordenamento é de natureza inequivocamente acusatória, haja vista a existência de diversos dispositivos constitucionais que consubstanciam características elementares e secundárias de um sistema acusatório conceitual. A existência no Código de Processo Penal de previsões normativas de natureza inquisitória não desnatura o sistema, mas impõe o dever de aprimorá-lo.

Os elementos essenciais do sistema processual penal acusatório previstos na Constituição da República de 1998 devem balizar a interpretação e aplicação da legislação ordinária, bem assim a atividade do legislador. A Constituição fornece a estrutura normativa necessária para impor ao legislador o dever de não editar normas que contrariem as previsões constitucionais de natureza acusatória, bem como de atuar positivamente para a concretização dos valores e princípios acusatórios nela materializados. Ao legislador ordinário é possível a conformação das características secundárias, acessórias para adequação do modelo processual à realidade histórica e social de uma comunidade e as cambiantes situações, sendo necessário observar, no entanto, os elementos essenciais previstos na constituição.

Atualmente, a conformação da legislação ordinária fica submetida a duplo paradigma de controle, mediante o exame de compatibilidade com as normas constitucionais e as normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país.

A definição dos elementos estruturantes de um modelo teórico acusatório carece de consenso doutrinário e é influenciada por razões várias e a sua delimitação é resultado dos critérios tidos por relevantes por quem elabora a formulação ideal. A subjetividade está presente em grande extensão, todavia, é possível estabelecer alguns parâmetros que devem ser observados na sua elaboração, como a necessidade de compatibilidade lógica entre os seus elementos, a conformidade com as finalidades que devem ser perseguidas por esta espécie de sistema e a preocupação com a preservação da imparcialidade do julgador.

A separação das funções de acusar, defender e julgar é necessária para preservação da imparcialidade judicial e observância do princípio acusatório. A gestão das provas pode ser atribuída preponderantemente às partes ou ao magistrado. A exigência de uma postura passiva e espectadora do magistrado prejudica a concretização das múltiplas finalidades processuais existentes em um sistema processual acusatório de base democrática, pois o convencimento judicial e a decisão ficam sujeitos à eventual conduta diligente das partes no desempenho da atividade probatória. Por outro lado, a busca por uma suposta e hipotética verdade real não pode legitimar a substituição da atividade probatória das partes pelo protagonismo do magistrado, diante do risco de se macular a sua imparcialidade, a paridade de armas, além de se revelar incompatível com um sistema processual acusatório.

A atribuição probatória suplementar do magistrado não desnatura a acusatoriedade do sistema, pois limita a atividade instrutória do juiz a hipóteses bem específicas e permite a concretização das diversas finalidades constitucionais do processo, que incluem a segurança da comunidade, o alcance da verdade processual, a realização da justiça através da aplicação adequada das normas de direito material, a proteção de direitos fundamentais e a pacificação social,

finalidades estas que não podem ficar exclusivamente à mercê da eventual atuação zelosa das partes.

Elementos de prova já produzidos e não acostados no processo pelas partes, podem ser introduzidos de ofício pelo magistrado para que sejam apreciados no momento da formação do convencimento judicial. A omissão das partes na produção de um meio de prova importante para o esclarecimento dos fatos autoriza a complementação da prova pela atuação do juiz, se a fonte de prova a partir da qual se determina a produção do meio de prova for previamente conhecida. Da mesma forma, a inércia das partes em providenciar a juntada no processo das provas antecipadas irrepetíveis relacionadas ao fato em apuração permitem a atuação integrativa do juiz.

Ao magistrado deve ser proibida a pesquisa pela fonte da prova uma vez que esta atribuição deve ficar a cargo do órgão com atribuições investigatórias e acaso desempenhadas pelo magistrado incrementa o risco de ficar sujeito ao viés confirmatório e, por consequência, de vulneração da sua imparcialidade. Além disso, ele perde a originalidade cognitiva necessária para julgar o caso e ocasiona desequilíbrio entre as partes, violando a igualdade de armas.

Exceto nos casos em que o abuso é evidente e manifesto, como regra não é possível definir previamente o que constituiria atividade complementar e o que caracterizaria comportamento abusivo e ativo em substituição à iniciativa das partes. A análise do caso concreto, a proibição da busca pela fonte da prova, a preservação da imparcialidade e o respeito à paridade de armas constituem importantes critérios balizadores.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pode-se afirmar que além de estar interdito o protagonismo probatório do magistrado em nosso ordenamento, também não se pode exigir um magistrado estático, absolutamente passivo e inerte, pois esta postura dificultaria a concretização de várias finalidades relevantes do processo penal, como o alcance da paz social, a reconstrução histórica dos fatos, a observância das regras de direito penal e a realização da justiça no caso concreto.

A eficiência não é incompatível e deve figurar entre os propósitos perseguidos por um modelo processual acusatório, haja vista que contribui para a reafirmação da confiança da sociedade na integridade do ordenamento mediante a aplicação das regras legais, o que favorece a pacificação social. Todavia, a sua concretização não pode justificar a centralidade da posição do juiz na atividade probatória e o desrespeito aos direitos fundamentais. O sistema processual penal de feição acusatória ostenta finalidades múltiplas e deve encontrar um equilíbrio entre eficiência e garantia.

O conteúdo das normas de processo penal sofre o influxo do contexto histórico, político, econômico e cultural da época de sua edição e reflete as concepções e pensamentos dominantes. O Código de Processo Penal vigente teve inspiração fascista e foi gestado em um período ditatorial,

marcado pela intolerância política, pelo totalitarismo, pela opressão e retratou a predominância de condutas e ideias reacionárias, que consideravam o acusado inimigo do estado e da sociedade. Estas ideias e valores nortearam a concepção do Código e os resquícios da acentuada inclinação inquisitória da época de sua edição ainda podem ser percebidos atualmente em alguns de seus dispositivos que atribuem ao juiz poderes instrutórios para atuar de ofício e com protagonismo na produção de provas (ex: artigos 225, 242, 366, 497, inciso XI).

Desde a época de sua edição, o Código de Processo Penal sofreu inúmeras alterações e foi marcado por involuções e avanços, nem sempre lineares. A existência de vários dispositivos incompatíveis entre si e com as normas constitucionais é resultado, sobretudo, da ausência de uma reforma geral e abrangente para a adequação de sua essência à estrutura acusatória delineada na constituição. Ao longo dos anos, o caráter autoritário e inquisitório foi abrandado mediante a introdução e alteração de dispositivos que têm aprofundado a estrutura acusatória, como se nota nos artigos 3º-A a 3º-F, 186 e 212 todos do Código de Processo Penal. Contudo, e a despeito das inúmeras reformas, após a Constituição de 1988 podemos asseverar que diversos dispositivos não mais se compatibilizam com o conjunto axiológico, com os direitos fundamentais e as finalidades perseguidas pelo texto constitucional ou necessitam de uma releitura para conformação com a ordem constitucional vigente. É possível constatar a presença de conflito entre previsões que colocam o magistrado em uma posição equidistante das partes, com poderes suplementares à atividade probatória desenvolvida e disposições que conferem centralidade probatória ao juiz.

A Lei n. 13.954/2019 positivou a escolha pelo sistema processual penal acusatório, de acordo com o artigo 3º-A do Código de Processo Penal. A opção por um sistema processual estruturado com características acusatórias favorece a integridade do princípio da imparcialidade do magistrado, essencial para a justiça da decisão. No entanto, o sistema processual acusatório, a despeito de não expressamente previsto, já existia em nosso ordenamento desde a inauguração da ordem constitucional pela Constituição de 1988. As novidades legislativas previstas na mencionada lei apenas aprofundaram e aprimoraram a estrutura acusatória existente.

A Lei n. 13.954/2019 criou o juiz das garantias e representou um importante avanço para a preservação da imparcialidade objetiva do magistrado que atua na fase processual. Melhor seria, no entanto, para evitar que o juiz da instrução realizasse já no início do processo um exame prévio a respeito da conduta do réu em relação ao fato criminoso, que a competência para o recebimento da peça acusatória ficasse sob a competência do juiz das garantias.

As exclusões de determinadas hipóteses da competência do juiz das garantias, efetuadas pela Lei n. 13.964/2019 e pelo Supremo Tribunal Federal, vão de encontro com a finalidade almejada com a introdução do instituto em nosso ordenamento, motivada na preservação da imparcialidade

do juiz. A afirmação de que os magistrados que atuam nas hipóteses excepcionadas estão imunes ou menos suscetíveis de terem sua imparcialidade comprometida é apenas uma ilusória expectativa que carece de comprovação empírica.

Apesar dos avanços obtidos com a introdução do juiz das garantias em nosso sistema, o instituto precisa ser aperfeiçoado para que a convicção do juiz do processo seja construída a partir das provas coligidas nesta fase e para que não tenha contato já no início do processo com elementos de informação colhidos no curso do inquérito e que têm como objetivo a formação da *opinio delicti*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. NERY JUNIOR, Nelson. *Direito Constitucional Brasileiro*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2019. E-book. ISBN 978-85-5321-319-1. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/123448227/v2/page/RB-1.41%20>. Acesso em: 10 de agosto de 2024.

AGRA, Walber de M.; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. E-book. ISBN 978-85-309-3831-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/>. Acesso em: 30 ago. 2024.

ALVIM, J. E. C. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788530994433. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994433/>. Acesso em: 21 jun. 2024.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo*. Revista de Informação Legislativa, v. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009.

AROCA, Juan Montero. *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. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>. Acesso em: 12 de junho de 2024.

ASIMOV, Michael. *Popular Culture and the Adversarial System*. Loyola of Los Angeles Law Review, v. 40, issue 2, p. 651-686, Winter, 2007.

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 445. ISBN 9786559647774. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647774/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre Acusação e Sentença*. 5ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2023. E-book. ISBN 978-65-260-0568-2. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100321847/v5/page/RB-2.1%20>.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022. E-book. ISBN 978-65-260-0991-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10/page/1>. Acesso em: 12 de maio de 2024.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 12ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2024. E-book. ISBN 978-65-260-1465-3. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v12/page/RB-3.19%20>. Acesso em: 02 de agosto de 2024.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2023. E-book. ISBN 978-65-260-0120-2. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/205549114/v2/page/RB-1.11%20>. Acesso em: 26 de agosto de 2024.

BARNHIZER, David. *The Virtue of Ordered Conflict: A Defense of the Adversary System*. Nebraska Law Review. v.79, Issue 3, p. 657-710, 2000.

BARROSO, Luís R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553621132. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621132/>. Acesso em: 29 mai. 2024.

BEATTIE, J.M. Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries. *Law and History Review*, v.9, n. 2, 1991.

BRANCO, Paulo Gustavo G.; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. (Série IDP). São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9786553629417. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629417/>. Acesso em: 17 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno) ADI 3096, Relator(a): Cármen Lúcia, , julgado em 16/06/2010, publicado em 03/09/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno) ADI 4424, Relator(a): Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012, publicado em 01/08/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADPF 395, Relator(a): Gilmar Mendes, julgado em 14/06/2018, publicado em 22/05/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADPF 444, Relator(a): Gilmar Mendes, julgado em 14/06/2018, publicado em 22/05/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno) ADI 3360, Relator(a): Edson Fachin, , julgado em 14/02/2022, publicado em 03/05/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6298, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6299, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6300, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6305, Relator(a): Luiz Fux, julgado em 24/08/2023, publicado em 19/12/2023.

BERRI, Giulio. *Formulario delle misure cautelari personali e reali. Esplicato comma per comma ed annotato con la giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 2012.

BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. atual. ampl. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L, 1999.

BLINKA, Daniel D. Ethics, Evidence, and the Modern Adversary Trial. *Georgetown Journal of Legal Ethics*. v.19, issue 1, p. 1-57, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 10ª edição, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2004.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONFIM, Edilson M. *Curso de processo penal*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553620852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620852/>. Acesso em: 31 jul. 2024.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, visto por nós, os advogados*. Tradução Ivo de Paula, São Paulo: Editora Pillares, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; et al. *Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788553602377. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377/>. Acesso em: 01 set. 2024.

CAPPELLETI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libreria el Foro, 1950.

CASARA, Rubens Roberto R. *Mitologia processual penal*, 1ª edição. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2015. E-book. ISBN 9788502626034. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626034/>. Acesso em: 25 mai. 2024.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *20 anos da Constituição Democrática de 1988*. In AGRA, Walber de M.; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. E-book. ISBN 978-85-309-3831-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/>. Acesso em: 30 ago. 2024

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CHOUKR, Fauzi H. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2014. E-book. ISBN 9788502220058. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502220058/>. Acesso em: 19 jul. 2024.

COMOGLIO, Paolo. *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018, p. 80-81.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 15 de junho de 2024.

CORDERO, Franco. *Guida alia Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Piersack vs Bélgica. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57557>. Acesso em 16 de junho de 2024.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso de Cubber vs. Bélgica. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57465%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57465%22]}). Acesso em: 07 de julho de 2024.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Hauschildt vs. Dinamarca. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57500%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57500%22]}). Acesso em 11 de julho de 2024.

CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Caso Duque Vs. Colômbia. Julgamento de 26 de fevereiro de 2016 (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_ing.pdf. Acesso em: 17 de junho de 2024.

CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Caso Arguelles e outros vs. Argentina. Julgamento de 20 de novembro de 2014 (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_ing.pdf. Acesso em: 13 de julho de 2024

CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Julgamento de 26 de setembro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_ing.pdf. Acesso em: 11 set. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Caso dos trabalhadores demitidos do Congresso (Aguado-Alfaro et al.) v. Peru. Julgamento de 24 de novembro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_ing.pdf. Acesso em: 11 set. 2024.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, p.163-168, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Parte I - Princípios. 1. Pensando um sistema acusatório para o Brasil a partir dos modelos dos EUA, da Argentina, do Chile e do México*. In DEZEM, Guilherme Madeira. BADARÓ, Gustavo Henrique. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Código de Processo Penal, vol. 1 (coord.)*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022. E-book. ISBN 978-65-5991-642-9. Disponível em:

proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/276576450/v1/page/RB-1.14%20.
Acesso em: 12 de maio de 2024.

DAMAŠKA. Mirjan R. *The faces of justice and state authority: A comparative approach to the legal process*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

DAMASKA. Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Heaven and London: Yale University Press, 1997.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em: 15 de junho de 2024.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 15 de junho de 2024.

DELMANTO, Roberto. *Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2019. E-book. ISBN 9788553612956. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612956/>. Acesso em: 18 jul. 2024

DEU, Teresa Armenta. *Principio acusatorio: realidad y utilización. Lo que es y lo que no*. Revista de la Asociación IUS ET VERITAS, nº. 16, págs. 216-230, 1998. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15774/16208>. Acesso em: 10 de junho de 2024.

DEU, Teresa Armenta. *Sistemas procesales penales : la justicia penal en Europa y América ¿un camino de ida y vuelta?* Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

DEU, Teresa Armenta. *Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 121-139, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.7>. Acesso em: 12 de junho de 2024

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022. E-book. ISBN 978-65-5991-485-2. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103828460/v8/page/RB-3.3%20>. Acesso em: 05 de maio de 2024.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013

DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita*. Historia Constitucional (revista electrónica), n. 6, p. 181-199, setembro de 2005. Disponível em: <https://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/69/56>. Acesso em 06 de setembro de 2024.

DOTTI, Rogéria Fagundes. *Seção VI – Direitos fundamentais e processo constitucional*. 38. *Garantias constitucionais processuais: devido processo legal substantivo e formalismo excessivo*. In CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional Brasileiro*, v. 1 (coord.), 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022. E-book. ISBN 978-65-5991-670-2. Disponível

em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99179284/v2/page/RB-38.3%20>. Acesso em: 07 de julho de 2024.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559644599. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644599/>. Acesso em: 29 mai. 2024.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Bosch: Barcelona, 1934.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: o nascimento da prisão*. 27ª ed. Petrópolis, 1987.

GARCETE, Carlos Alberto. *Sistemas Jurídicos no Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022. E-book. ISBN 978-65-5991-201-8. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/289226635/v1/page/RB-6.3%20>. Acesso em: 02 de maio de 2024.

GIACOMMOLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas. Provas. Rituais Processuais. Júri. Sentenças*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu J. *O Devido Processo Penal*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016, p. 83. E-book. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 16 jul. 2024

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso. Tomo I. Problemas fundamentales del derecho*. Jacobo López Barja de Quiroga (ed). Madrid: Marcial Pons, 2010.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Tradução Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso (La parcialidad y la parcialidad)*, p. 20. Disponível em: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf. Acesso em 25 de maio de 2024.

GRECO FILHO, Vicente. *Manuel de Processo Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 14, n. 15, p. 15-26, jan./jun. 1999, p. 29. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista15.asp>. Acesso em: 05 de junho de 2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. 9ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James; *The Federalist*. The Gideon Edition. Edited with an Introduction, Reader's Guide, Constitutional Cross-reference, Index, and Glossary by George W. Carey and James McClellan. Indianapolis: Liberty Fund Inc, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBSBAWM, Eric Hosbsbawn. *The Age of Revolution. 1789-1848*. New York: Vintage Books, 1996, p. 69. Já o início de governos constitucionais data de 1215 com a Magna Carta.

ILLUMINATI, Giulio. *The accusatorial process from the Italian point of view*. North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation. Chapel Hill, North Carolina, v. 35, n. 02, p. 300. Winter 2010. Disponível em: <http://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol35/iss2>. Acesso em 25 de maio de 2024.

JARDIM, Afrânio Silva. *Bases constitucionais para um processo penal democrático*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça, Rio de Janeiro, (31), p. 34-45, 1990.

KAY, Richard S. *American Constitutionalism*. In ALEXANDER, Larry. *Constitutionalism:Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug (alemão), Eduardo Brandão (italiano), Maria Ermantina de A. P. Galvão (francês). Revisão técnica Sergio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LANDSMAN, Stephan. *A brief survey of the development of the adversary system*. Ohio State Law Journal, Columbus, v. 44, n. 1, p. 713-739, 1983.

LANGBEIN, John H. *Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources*. University of Chicago Law Review: Vol. 50: Iss. 1, Article 2., 1983.

LANGBEIN, John H. *The origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford: Oxford University Press: 2005.

LANGER, Maximo. *La dicotomia acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. In MAIER, Julio B. J; BOVINO, Alberto *El procedimiento abreviado(comps.)*. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2º ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/>. Acesso em: 16 jul. 2024.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 25 ago. 2024.

LUNA, Francisco V.; KLEIN, Herbert S. *História Econômica e Social do Brasil*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788547207786. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547207786/>. Acesso em: 04 ago. 2024.

LYNCH, Kevin J. *The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions*. *Flórida Law Review*, v. 66, n. 02, p. 779-821, 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol66/iss2/5/#:~:text=The%20lock%2Din%20effect%20causes,resources%20that%20cannot%20be%20recovered>. Acesso em: 06 de agosto de 2024

MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal, Tomo I – Fundamentos*, 2ª ed. Buenos Aires: Editora Editores del Puerto, 1996, p. 446-447.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz*. *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v. 2, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MARTINS, Sergio P. *Teoria geral do processo*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786555599541. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599541/>. Acesso em: 21 jun. 2024.

MATTEUCCI, Nicolla. *Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MAZZUOLI, Valerio de O. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, E-book. ISBN 9786559645886. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645886/>. Acesso em: 08 ago. 2024.

MCLLWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianápolis: Liberty Fund, 2007.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. (Série IDP). São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023, p. 241. E-book. ISBN 9786553624474. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624474/>. Acesso em: 26 mai. 2024.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, rev. Atual, 2000.

MIRANDA, Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, rev. Atual, 2000.

MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1988 – Uma constituição de esperança*. In AGRA, Walber de M.; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de

Janeiro: Grupo GEN, 2009. E-book. ISBN 978-85-309-3831-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/>. Acesso em: 30 ago. 2024.

MITIDIERO, Daniel. *Processo Constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022. E-book. ISBN 978-65-5991-279-7. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/287195172/v1/page/RB-2.5%20>. Acesso em: 07 de setembro de 2024.

NAPOLITANO, Marcos. *História do Brasil República: da queda da monarquia ao fim do Estado Novo*. São Paulo: Editora Contexto, 2016. E-book. ISBN 9786555414318. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555414318/>. Acesso em: 18 jul. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUCCI, Guilherme de S. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book, p. 543. ISBN 9786559646838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646838/>. Acesso em: 26 jul. 2024

NUCCI, Guilherme de S. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788530994303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994303/>. Acesso em: 22 jul. 2024.

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

PAINE, Thomas. *The Rights of Man, Part II (1792)*. Indianapolis: Liberty Fund, Inc, 2011. Disponível em: https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/344/Paine_0548-02_EBk_v6.0.pdf. Acesso em: 06 de setembro de 2024.

PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO, Claudia P. *História Constitucional Brasileira: Da Primeira República à Constituição de 1988*. (Coleção Universidade Católica de Brasília). São Paulo: Grupo Almedina, 2023, p. 494-495. E-book. ISBN 9786556278025. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556278025/>. Acesso em: 08 set. 2024.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 15 de junho de 2024.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 3ª edição, Editora Lumen Juris, 2005, Rio de Janeiro.

RAMOS, André de Carvalho. Controle de Convencionalidade: Origem, Conceito e desdobramentos. Escola Superior do Ministério Público da União, 2021, p. 05. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/plataforma-aprender/acervo-educacional/conteudo/direitos-humanos-tratados-internacionais-e-o-controle-de-convencionalidade-na-pratica-do-sistema-de-justica-brasileiro/Aula5controledeconvencionalidadeorigemconceitoed.pdf>. Acesso em 16 de outubro de 2024.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 7th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2022. E-book. p.167. ISBN 9786555599275. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555599275/>. Acesso em: 16 out. 2024.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773060/>. Acesso em: 06 de junho de 2024.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

RUSSEL, Bertrand. *A history of western philosophy*. New York: Simon and Schuster, 1945.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2022. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 17 jun. 2024.

SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. 25º ed. rev. e .atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso. *A Constituinte Pós-Ditadura*. In TOFFOLI, José Antonio D. *30 Anos da Constituição Brasileira-Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788530982393. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982393/>. Acesso em: 08 set. 2024

STRECK, Lênio Luiz. *Novo Código de Processo Penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)*. Revista de Informação Legislativa, v. 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *A constituição, a assembleia constituinte e o congresso nacional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 9788502208926. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208926/>. Acesso em: 08 set. 2024.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 3, 32º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal, Segurança e Liberdade: uma provocação*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 105-120, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>. Acesso em 29 de junho de 2024.

TAVARES, Andre R. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553625792. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625792/>. Acesso em: 05 jul. 2024.

TAVARES, Andre R. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, E-book. ISBN 9788553621248. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621248/>. Acesso em: 22 ago. 2024.

ZAGREBELSKY, Gustavo Zegrebelsky. *El derecho dúctil*. Tradução de Marina Gascón. 10ª ed. Madrid, Trotta, 2011.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais, 2022. E-book. ISBN 978-65-5991-677-1. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/272787512/v3/page/RB-4.1%20>. Acesso em: 07 de setembro de 2024.

ZILLI, MARCOS. *Rumo à estação acusatória do processo penal: leituras a partir da Lei 13.964/19*. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 222, Janeiro-Março/2021.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Truth finding and the mirage of inquisitorial process*. In Jordi Ferrer Beltrán & Carmen Vázquez (eds.), *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*. New York, NY: Cambridge University Press, 2020.