



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA BRASILIENSE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

JOSÉ MAURÍCIO VASCONCELOS COQUEIRO

A GESTÃO DA PROVA E A EFETIVAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

BRASÍLIA
2020

JOSÉ MAURÍCIO VASCONCELOS COQUEIRO

A GESTÃO DA PROVA E A EFETIVAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Dissertação apresentada ao Instituto de Direito Público (IDP) como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari.

BRASÍLIA

2020

JOSÉ MAURÍCIO VASCONCELOS COQUEIRO

A GESTÃO DA PROVA E A EFETIVAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Brasília, _____, de _____ de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. André Luís Callegari
Orientador

Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva
Instituto Brasileiro de Educação, Desenvolvimento e Pesquisa

À memória do meu pai e à luta da minha mãe.

Aos Professores e amigos Lênio Streck e Antônio Vieira, pela disponibilidade e pronta ajuda.

A todos os ex-alunos e alunas, aqui representados por Aloísio Freire Santos.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo estudar a faculdade da iniciativa probatória do juiz no processo penal. A pergunta que se busca responder é se a faculdade da iniciativa probatória pelo juiz tem respaldo no Processo Penal disciplinado na Constituição da República. Para alcançar os fins buscados, haverá uma breve incursão sobre os elementos históricos entre os sistemas acusatório, inquisitório e misto, além das concepções da Constituição Federal de 1988 e do Estado Democrático de Direito e, igualmente, enquanto sistema em si. Ao longo do artigo, a iniciativa probatória do juiz penal é identificada como um importante entrave a efetivação do sistema preconizado na Constituição da República. A discussão volta-se, então, encontrar meios de retirar da legislação infraconstitucional a autorização para a gestão da prova pelo magistrado, conferindo às partes a exclusividade da iniciativa probatória.

Palavras-chave: Sistema acusatório. Sistema inquisitório. Estado Democrático de Direito. Prova. Instrução probatória. Processo Penal.

ABSTRACT

This master thesis aims to study the faculty of the judge's evidentiary initiative in criminal proceedings. The question that is sought to answer is whether the power of the evidentiary initiative by the Judge is supported by the Criminal Procedure disciplined in the Constitution of the Republic. In order to achieve the aims pursued, there will be a brief incursion into the historical elements between the accusatory, inquisitorial and mixed systems, in addition to the conceptions of the 1988 Federal Constitution and the Democratic Rule of Law and, equally, as a system in itself. Throughout the article, the criminal judge's evidentiary initiative is identified as an important obstacle to the effectiveness of the system advocated in the Constitution of the Republic. The discussion then turns to finding ways to withdraw from the legislation the authorization for the management of the evidence by the magistrate, giving the parties the exclusivity of the evidential initiative.

Keywords: Accusatory system. Inquisitorial system. Democratic state. Proof. Evidential instruction. Criminal proceedings.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AJUFE	Associação de Juízes Federais
AMB	Associação de Magistrados Brasileiros
art.	artigo
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	11
1.1 Sistema inquisitório	14
1.2 Sistema acusatório	17
1.3 Sistema misto.....	22
2 A IMPORTÂNCIA DA GESTÃO DA PROVA COMO CRITÉRIO DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	29
2.1 O que é a prova.....	29
2.2 A gestão da prova nos diferentes sistemas processuais penais.....	34
2.3 Ligeiras considerações de Direito Comparado	40
3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO. A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO	49
3.1 A Lei 13.964/2019 e o juiz das garantias	58
3.1.1 <i>O art. 3º-A revogou artigos do CPP relativos à iniciativa probatória do juiz?..</i>	<i>66</i>
4 A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ PENAL COMO ENTRAVE À EFETIVIDADE DO SISTEMA ACUSATÓRIO	71
4.1 Soluções práticas para a efetivação do sistema acusatório.....	78
CONCLUSÃO.....	87
REFERÊNCIAS	92

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a faculdade da iniciativa probatória do juiz no Processo Penal, fato que tem sido objeto de larga discussão doutrinária, seja no Brasil, seja no exterior, especialmente nos países de origem ibérica, tendo em vista o impacto que tal situação pode exercer na imparcialidade do julgador.

A pergunta que se busca responder é se a faculdade da iniciativa probatória pelo juiz tem respaldo no Processo Penal disciplinado na Constituição da República. Mais especificamente, o problema que se apresenta é como efetivar o sistema acusatório positivado pela Constituição da República e como a gestão da prova nas mãos do julgador constitui entrave a tal efetivação.

Antes, serão apresentados os elementos definidores de cada sistema processual penal para, enfim, discutir qual modelo foi preconizado pela Constituição da República.

Para alcançar os fins buscados, haverá uma breve incursão sobre os elementos históricos entre os sistemas acusatório e inquisitório (não sem também tratar do chamado sistema misto), além das concepções da Constituição Federal de 1988 e do Estado Democrático de Direito e, igualmente, enquanto sistema em si.

Apenas com essas incursões será possível descortinar qual o sistema adotado pelo Brasil e se o arquétipo jurídico processual está em consonância com essa adoção.

Igualmente, necessária será uma breve incursão no Direito Comparado, para trazer uma visão mais ampliada dos sistemas processuais penais hodiernamente adotados.

A metodologia empregada na presente pesquisa é o levantamento bibliográfico de doutrinas nacional e estrangeira, extraindo-se de ambas os paradigmas para a conformação de um processo penal democrático e igualitário.

Primeiro, busca-se cotejar os sistemas processuais penais existentes, diferenciando cada um através de seus elementos caracterizadores, sem olvidar de definir o que se entende por sistema.

Assim, apresenta-se o sistema inquisitório, o sistema acusatório e o chamado sistema misto, que tem sua definição posta em xeque. A medida, repita-se, é para que se descortine qual é realmente o sistema processual penal adotado no Brasil e o seu grau de efetivação. Se a adoção ainda está apenas no plano do mandamento constitucional ou se já se opera na legislação infraconstitucional.

Estabelecidos os elementos e os princípios fundantes de cada sistema, é trazida a lume a discussão acerca da gestão da prova como critério de diferenciação entre os sistemas, sobretudo entre o sistema inquisitório e o acusatório.

É dito que, enquanto no sistema inquisitório, de princípio inquisitivo, a gestão da prova está nas mãos do juiz, no sistema acusatório, de princípio dispositivo, a prova é gerida pelas partes.

Por suposto, o termo “prova” e seus diversos significados também são discutidos com o fito de embasar a análise do seu ônus de produção e como tal produção reflete na imparcialidade do julgador.

Após ligeira análise de Direito Comparado, para se ter um panorama macro de quais sistemas são adotados no exterior, o sistema processual penal brasileiro passa a ter o monopólio da discussão, ressaltando que não há consenso doutrinário sobre qual sistema processual penal é adotado no Brasil, se acusatório, inquisitório ou misto.

Demonstra-se que sobram argumentos para defender qualquer uma das hipóteses ao longo do texto discutidas: de um lado, há quem diga que o sistema processual adotado é o acusatório, de outro, o inquisitório. Também há doutrina que defende que o sistema adotado é o misto.

O que se tem, porém, é que a Constituição da República positiva o sistema acusatório, razão pela qual o foco deve estar em quais os elementos do arquetipo processual impedem a efetivação do sistema acusatório.

Dentre tais elementos, a iniciativa probatória do juiz penal é identificada como um importante entrave à efetivação do sistema preconizado na Constituição da República. A discussão volta-se, então, a encontrar meios de retirar da legislação infraconstitucional a autorização para a gestão da prova pelo magistrado, conferindo às partes a exclusividade da iniciativa probatória.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Antes de tecer considerações gerais sobre os sistemas processuais penais inquisitório, acusatório e misto, é necessário esclarecer o que se entende por “sistema”, de modo a facilitar a compreensão da matéria.

Mas não apenas para facilitar a compreensão, senão também, sem pretensão de esgotar o tema, honrar um débito comum da doutrina especializada, que pouco se preocupa com o alcance do vocábulo, lançando luz apenas sobre a composição dos sistemas acusatório e inquisitório e seus princípios reitores.

Sistema é, pois, um conjunto de elementos que possuem entre si algo em comum, logo o que antes era um apartado de individualidades torna-se um conjunto harmônico.

Streck e Abboud (2008, p. 1) anotam que por sistema devemos “compreender a ideia de um todo coerente e harmônico de normas. Ou seja, uma teoria do ordenamento que necessita da ideia de sistema para lhe possibilitar adequado tratamento para a relação entre as normas jurídicas”.

Coutinho (2001, p. 28), com o brilhantismo que lhe é peculiar, sintetiza o que é sistema como sendo um “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”.

O sistema processual penal pode ser definido, por consequência, como a reunião de elementos de natureza processual penal, sem haver, entretanto, um conjunto harmônico que reúna as características essenciais de um determinado sistema.

Nesse sentido, Rangel (2010, p. 49) conceitua o sistema processual penal como sendo “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

Nota-se na definição dada por Rangel (2010) que é da matriz constitucional que se extraem as diretrizes que informam a aplicação do direito penal e, conseqüentemente, do processo penal. Daí se dizer que as regras infraconstitucionais devem estar em conformidade com as regras constitucionais, tema que será mais explorado adiante.

Não sem razão, Abboud (2019, p. 91) parafraseia Euclides da Cunha para afirmar que a “Constituição Federal de 1988 é, antes de tudo, uma forte”.

Para o constitucionalista, ao longo dos seus trinta anos, “a Constituição não passou ilesa, além de sofrer inúmeras emendas, ela foi achincalhada por todos os setores” (ABBOUD, 2019, p. 91).

Cita-se essa passagem porque haverão de ser identificadas no presente trabalho algumas inconformidades entre o sistema processual preconizado na Constituição da República e as regras infraconstitucionais do processo penal brasileiro.

À guisa de exemplo, Giacomolli (2016), analisando o processo penal brasileiro, conclui que há um choque entre o que preleciona a Constituição da República – que determina o modelo acusatório – e a normativa infraconstitucional – que, aliada à prática forense, insiste numa perspectiva inquisitorial:

(...) O nosso modelo atual não guarda a essência dos modelos históricos: acusatório, inquisitivo e nem do adversarial. Verifica-se um choque doutrinário e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro entre normatividade ordinária, sufragada pelas práticas forenses de perspectiva inquisitorial, e a normatividade constitucional e convencional. Embora o modelo processual, a partir dos acordos internacionais ratificados pelo Brasil, e da Constituição Federal seja o acusatório, a legislação ordinária e as práticas judiciais ainda persistem nas matrizes inquisitoriais e totalitárias do processo penal. (GIACOMOLLI, 2016, p. 97).

O que se quer dizer com isso é que, se há força normativa na Constituição – e há –, é necessário repensar a adequação das normas infraconstitucionais. Discussão que, como dito, será travada mais adiante.

Pois bem. Voltando ao conceito de sistema, evidentemente não há entre os elementos de um determinado sistema o mesmo grau de importância, sendo alguns caracterizadores fixos de determinados sistemas, e outros, variáveis.

Na dogmática processual penal, o estudo dos princípios inquisitório e acusatório está interligado ao estudo do sistema processual correspondente, que seria composto de normas e princípios ordenados, mas especialmente orientado pelo princípio estruturante ou unificador do qual o respectivo sistema herdaria o nome (MARQUES, 2009, p. 146).

Ainda que nos possa ser advertido sobre a falta de um esquema, seja ele inquisitório ou acusatório, iniciaremos sua análise, sobretudo dos elementos cruciais de cada sistema processual penal em detrimento dos elementos variáveis.

A propósito, por essa mesma razão é que se busca entender qual é o princípio unificador de cada sistema, sendo o princípio inquisitivo o que confere amálgama ao sistema inquisitório, e o princípio dispositivo o que confere amálgama ao sistema acusatório. A gestão da prova é o critério de diferenciação, consoante se colhe mais uma vez das lições de Coutinho:

Assim, para a devida compreensão do Direito Processual Penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais, quais sejam, inquisitório e acusatório, regidos, respectivamente, pelos referidos princípios inquisitivo e dispositivo. Destarte, a diferenciação destes dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério de gestão da prova. Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução de um fato pretérito crime, através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador. (COUTINHO, 2001, p. 28).

Os sistemas processuais exprimem razões políticas aonde quer que se vá. Sobre o tema, o jurista baiano Rômulo de Andrade Moreira, tratando da reforma brasileira do Código de Processo Penal, em sua obra “Direito Processual Penal”, expressa sua visão de que o sistema acusatório está ligado aos regimes democráticos, ao passo que o sistema inquisitivo, aos não democráticos:

Pode-se, portanto, inferir que as reformas processuais penais já levadas a cabo em vários países da América Latina e por virem em tantos outros países que foram, paulatinamente, saindo de períodos autoritários para regimes democráticos. É como se a redemocratização impulsionasse o sistema processual do tipo inquisitivo para o sistema acusatório. Aliás, é inquestionável a estreita ligação entre o sistema processual penal de um país e o seu sistema político. Um país democrático evidentemente deve possuir, até porque a sua Constituição assim o obriga, um Código de Processo Penal que adote o sistema acusatório, eminentemente garantidor. Ao contrário, em um sistema que adote o sistema acusatório, o processo penal, a serviço do Poder, olvida os direitos e garantias individuais básicos, privilegiando o sistema inquisitivo (...). (MOREIRA, 2007, p. 159-160).

Passemos, então, a analisar cada um dos sistemas: inquisitório, acusatório e misto.

1.1 Sistema inquisitório

Em geral, o sistema inquisitório, conforme esclarece Maier (1999, p. 446), é o sistema que “responde a la concepción absoluta del poder central, a la ideia extrema sobre el valor de la autoridade, a la centralización del poder de manera que todos los atributos que concede la soberanía se reúnen en una única mano”.

O sistema inquisitório remonta ao IV Concílio de Latrão da Igreja Católica. O sistema inquisitório faz centralizar, na pessoa do juiz, superlativas funções, consistentes nos papéis de parte, de luminar da investigação, de dirigente processual, além de acusar e julgar. A predominância desse sistema somente é abalada no século XVIII, justamente no momento em que ocorre o advento da Revolução Francesa. Mas antes disso, ainda no ano de 1215, com o IV Concílio de Latrão, quando o pensamento canônico se sedimentou como ordem religiosa, adotou-se uma concepção específica sobre as visões política, social e econômica:

Entre liberais e conservadores (não fosse isso não haveria um Concilio em Latrão, em 1215), a Igreja optou pela morte, na esteira da Bula *Vergentis in senium*, do Papa Inocêncio III (1199), a qual prepara o campo da repressão canônica com a equiparação das ‘heresias’ aos crimes de lesa-majestade. O concílio faz a sua opção (o pano de fundo era a manutenção do poder); e o novo sistema paulatinamente assume sua fachada, constituindo-se os Tribunais da Inquisição, com base efetivamente jurídica, pela *Constitutio Excomuniamus* (1231), do Papa Gregório IX, para consolidar-se com a Bula *Ad Extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1252. (COUTINHO, 2001, p. 22-23)

A mentalidade criada neste Concílio, como evidente, projeta-se ao longo dos séculos, não sendo sem pertinência a observação de que o sistema inquisitivo, em verdade,

Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos – mantém-se hígido. (COUTINHO, 2001, p. 18)

O fato de o sistema inquisitivo ter seu aperfeiçoamento teórico no direito canônico explica ele ter sobrevivido à própria queda do Império Romano, sobrevivido a toda a Idade Média (em cenário absolutamente fragmentado do poder nas mãos dos senhores feudais, em contexto de inexistência de um Estado central) até ser plenamente resgatado na Idade Moderna, com a formação dos Estados Nacionais.

O sistema inquisitório ou inquisitivo, portanto, tem espaço com o insucesso do sistema acusatório clássico, que, no modelo centrado na figura de um acusador popular, provocava também uma série de injustiças:

Essa mudança se deu em virtude dos conhecidos defeitos que um sistema acusatório, centrado na figura de um acusador popular, provocava no modelo de persecução penal eleito pelo poder central. Entre eles, tivemos oportunidade de identificar a impunidade, a possibilidade de acusações falsas, a ausência de proteção ao acusador, sua família e às testemunhas, a deturpação da verdade e a não execução da sentença, defeitos que motivaram a criação do sistema inquisitivo, que reinou até sua queda nos séculos XVIII e XIX. Por isso, a presença efetiva e permanente de um acusador público no sistema acusatório atual motivou o surgimento de diferentes maneiras de denominá-los, tais como sistema acusatório original ou originário, sistema acusatório público, sistema acusatório moderno e sistema acusatório público moderno. (ANDRADE, 2013, p. 108).

É preciso que se diga que o próprio Direito Canônico nem sempre foi inquisitivo, mas inicialmente acusatório. O modelo inquisitivo nasce no Concílio de Latrão como uma forma de permitir a expansão da Igreja Católica, mantendo a centralização.

E é a preservação desse modelo no Direito Canônico que permite à Modernidade se valer do sistema inquisitivo em seus ordenamentos para atender às necessidades do poder central, enquanto se legitimava frente ao superado poder feudal.

Se analisada a formação dos Estados Nacionais na França, Espanha, Alemanha e em Portugal, por exemplo, será facilmente verificável a adoção do modelo inquisitivo como forma de atender aos interesses do poder central.

Hodiernamente, o sistema inquisitivo tem como ponto de convergência com o seu modelo histórico a forma de se iniciar o processo, a saber: por ato do acusador, do noticiador ou do próprio juiz. É na possibilidade de inclusive o juiz iniciar o processo que reside o chamado princípio inquisitivo:

Por fim, essa identificação do princípio inquisitivo nos permite chegar a uma importante constatação. Apesar de o sistema inquisitivo haver ressurgido no Império Romano e na Idade Média, como resposta a uma impunidade pelo profundo desinteresse popular em iniciar a persecução penal, em nenhum momento se proibiu os cidadãos de continuarem participando ativamente nos processos de natureza penal. O que se fez foi evitar o monopólio do juiz, criando uma legitimidade compartilhada, ao invés de lhe assegurar uma exclusividade. Com isso, o traço comum encontrado nos princípios acusatório e inquisitivo diz respeito ao fato de ambos tratarem da legitimidade para iniciar o processo: onde somente um acusador distinto do juiz pode provocar a instauração do processo, aí estará presente o princípio acusatório; onde outros sujeitos podem provocar esse mesmo resultado, aí estará presente o princípio inquisitivo. Dessa maneira, exclui-se – e por completo – a possibilidade do princípio inquisitivo fazer parte do sistema acusatório (seja o clássico, seja o contemporâneo), pela simples razão de que o modo de abertura do processo neste último sistema é diametralmente oposto ao que conduz a adoção do sistema inquisitivo. (ANDRADE, 2013, p. 394).

Em relação aos elementos do tipo ideal de sistema inquisitivo, basicamente se nota uma oposição aos elementos do tipo ideal de sistema acusatório. Maier (1999) aponta como características comuns do sistema inquisitivo, entre outras, a confusão entre o poder de perseguir penalmente e julgar, bem como o fato de o acusado representar o objeto de acusação.

Outrossim, para Maier (1999, p. 448), o sistema inquisitório consistia em investigação secreta e o sistema de prova legal domina a valoração probatória, uma vez que “la ley estipula la serie de condiciones (positivas o negativas) para tener por acreditado un hecho (...)”.

Entre os autores nacionais, são apontados como elementos encontrados nos tipos ideais de sistema inquisitivo: o caráter prescindível do acusador, o início do processo com acusação, *notitia criminis* ou de ofício; o princípio da oficialidade, o segredo processual, o princípio da escritura, a ausência de contradição, a desigualdade de armas, o juiz que investiga também julga, a prova legal e tortura, a prisão preventiva obrigatória e a incomunicabilidade do réu, o recurso contra a decisão de primeira instância e a nulidade como consequência da falta de respeito à lei e às formas estabelecidas (ANDRADE, 2013).

Entretanto, dos elementos citados, dois são tidos como fixos, como eixo central, a informar que, quando presentes, se está diante de um sistema inquisitivo: o caráter prescindível da presença de um acusador distinto do juiz e o fato de o processo poder ser instaurado por acusação, *notitia criminis* ou de ofício.

Nesse sentido, expressamente diz Marques (1997, p. 70) que, “no sistema inquisitivo, o órgão judicante tem preponderância tal que nele se concentram as funções de acusar, julgar e defender, que caracterizam o processo”.

Assim, enquanto no sistema acusatório o processo somente pode ter início por acusação (princípio acusatório), o sistema inquisitivo permite que o processo seja iniciado não somente por acusação, mas também por notícia-crime oferecida pela vítima ou por qualquer um do povo, ou ainda de ofício. Logo, “el poder de perseguir penalmente se confunde, según hemos visto, con el de juzgar y, por ello, está colocado em las manos de la misma persona, el inquisidor” (MAIER, 1999, p. 447).

O sistema inquisitório, embora tenha perdido a hegemonia para o chamado sistema misto quando da Revolução Francesa, não deixou de existir, mantendo influência significativa até o século XX.

Uma das críticas mais ácidas ao sistema inquisitivo é feita por Marques (1997, p. 70), para quem “o sistema inquisitivo, além de incompatível com os fundamentos das garantias individuais, apresenta inúmeras imperfeições”.

É que, para Marques (1997), o sistema inquisitivo não oferece quase nenhuma garantia de imparcialidade e objetividade, por serem incompatíveis a função de julgar e a função da perseguição criminal.

1.2 Sistema acusatório

A característica fundamental do sistema acusatório se manifesta na “división de los poderes ejercidos em el proceso” (MAIER, 1999, p. 444). Sobre como se dá essa divisão, anota o célebre doutrinador que:

(...) por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requiriente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene em sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*) y, por outra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye. (MAIER, 1999, p. 444)

Entre os autores nacionais, Marques (1997, p. 71) anota que, no sistema acusatório, autor e réu estão em posição de igualdade e, acima deles, como órgão imparcial, o juiz. Assim, a “titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal tão somente da aplicação imparcial da lei”.

O sistema acusatório clássico remonta ao Direito grego, enquanto o sistema acusatório contemporâneo tem sua manifestação atual ressurgida no século XX, mas de bases que remontam ao século XVIII, quando a Revolução Francesa e suas novas ideologias levaram a um gradual abandono do sistema inquisitivo (ANDRADE, 2013).

Ainda que se diga que o ideal de sistema inquisitivo começou a ser gradualmente abandonado já no século XVIII, após a Revolução Francesa, é preciso compreender, todavia, que tal “abandono” não é do sistema em si, mas da sua forma imediatamente conhecida quando em substituição ao sistema acusatório clássico.

Após o século de XVIII, o que se vê é a existência de rachaduras no ideal de que o sistema inquisitivo seria panaceia aos múltiplos problemas apresentados pelo sistema acusatório da Antiguidade.

A propósito, demonstrando que não houve ruptura com o sistema inquisitivo após a Revolução Francesa, é certo que o Código de Processo Penal italiano de 1930, o chamado Código Rocco, é de natureza marcadamente inquisitória, embora tido como um sistema misto. É também o ideal inquisitório que imprime forte influência no nosso Código de Processo Penal de 1941 (ANDRADE, 2013):

As investigações sobre o sistema acusatório, realizadas anteriormente a 1990, em geral, iniciavam pelo estudo do direito clássico – ou seja, dos direitos atenienses e romano –, para que, posteriormente, os autores pudessem descrever os elementos que o compunham. Essa situação começou a mudar a partir dos anos noventa, quando a doutrina processualista despertou para uma realidade que já se fazia presente no direito continental desde 1974. Nesse ano, rompendo com a tradição europeia de um sistema misto, a Alemanha adotou um novo modelo de processo, agora com características marcadamente acusatória, onde a investigação criminal, antes confiada ao juiz-instrutor, passou às mãos do Ministério Público. Quase duas décadas mais tarde, Portugal e Itália também optaram por adotar esse mesmo modelo de processo, que bem pode ser denominado de sistema acusatório contemporâneo. Desse modo, o sistema acusatório passou a informar o modelo de processo penal em dois momentos distintos da história – um no período clássico, e outro na atualidade –, o que naturalmente determina a existência de várias diferenças, mas também de diversas características em comum. (ANDRADE, 2013, p. 57).

Luigi Ferrajoli, em sua paradigmática obra “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”, detalha as muitas inovações trazidas pelo Código de Processo Penal italiano posterior o Código Rocco, destacando o fim da confusão entre juiz e acusador.

O autor também destaca com detalhes as inovações no sistema de garantias processuais, em absoluta conexão com o sistema acusatório:

O novo Código de Processo Penal e o sistema acusatório – Este modelo constitucional de processo – que permaneceu congelado por quase quarenta anos – encontrou parcial atuação com o novo Código de Processo Penal aprovado com o DPR 447, de 22.09.1988, em vigor a partir de 24.10.1989. rompendo uma tradição plurissecular, o novo Código de adotou um sistema acusatório não expressamente previsto pela Constituição *per si*, configurando o novo processo como uma relação trigonal entre juiz, acusação e defesa, em antítese não apenas ao processo medieval do tipo inteiramente “inquisitório” mas, também, àquele misto do velho Código Rocco, que era baseado, no que tange à fase instrutória, na confusão entre juiz e acusação, e na relação diádica inquisidor/inquirido. A principal inovação estrutural introduzida foi a separação do juiz da acusação, mediante a eliminação da velha figura do juiz instrutor substituída por um juiz para as investigações preliminares em princípio estranho ao seu desenvolvimento (art. 328), e do pretor, que agora possui função apenas judicante. (...) A segunda ordem de inovações produzidas pelo novo Código diz respeito ao sistema de garantias processuais, algumas das quais foram reforçadas e outras instituídas em conexão com o método acusatório. (FERRAJOLI, 2010, p. 677-678).

Contemporaneamente, o sistema acusatório pode ser identificado por uma série de elementos comuns onde quer que se lhe aplique, embora possa assumir vicissitudes e idiosincrasias a depender do tempo e do lugar.

Em geral, o sistema acusatório atual se caracteriza pela imparcialidade do julgador, com a clara distinção entre acusação e defesa (GRECO FILHO, 1997), bem como pela oralidade, publicidade do processo (em regra), exigência do contraditório e da ampla defesa, acusação pública, iniciativa probatória das partes, duplo grau de jurisdição, dentre outras (LOPES JR., 2012).

Embora ainda se façam fortes críticas à atuação do juiz no processo, pela sua inércia no sistema acusatório – tema que é o objeto central do presente trabalho –, é consenso entre a maioria que o modelo acusatório é um fim a ser perseguido no processo penal que se queira democrático.

Talvez por tais razões, Coutinho (2009), analisando o projeto de novo Código de Processo Penal, Projeto 156/2009 -PLS, afirma, categoricamente, que a adoção de um processo penal acusatório é uma prestação de contas com a realidade, atendendo os princípios republicano, da isonomia, do devido processo legal, da fundamentação das decisões, entre outros:

Neste caso, a opção pela base do Sistema Acusatório é uma prestação de contas com a realidade, principalmente porque depois de 1988 não faz mais sentido – começando pela inconstitucionalidade – nenhum ordenamento que se coloque de forma incompatível com a Constituição. Desde este ponto de vista, o princípio republicano, o princípio da isonomia, o princípio do devido processo legal e o princípio da fundamentação de todas as decisões (dentre outros) formam um quadro onde não há espaço para o predomínio da base do Sistema Inquisitório. Eis por que a opção da supracitada Comissão foi, com precisão, pelo *Sistema Acusatório*. (COUTINHO, 2009, p. 113). (grifo do autor)

Ainda sobre as características do sistema acusatório atual, a doutrina destaca:

- a) em todos os processos se nota a presença necessária de um acusador público distinto do juiz;
- b) regem os princípios da publicidade, oralidade e contradição;
- c) há uma preocupação em manter a igualdade de armas entre as partes;
- d) via de regra, é assegurada a presença de um acusador particular ou popular, tanto nos processos cujo interesse seja eminentemente privado, como para suprir a inatividade do acusador público;
- e) ao juiz lhe é autorizado ter uma participação mais ativa ao longo da fase instrutória;
- f) a investigação criminal é uma tarefa confiada à polícia judiciária e ao Ministério Público;
- g) somente a acusação dá início ao processo judicial;
- h) as partes podem recorrer das decisões judiciais proferidas;
- i) a inobservância das regras procedimentais determina a nulidade do ato praticado ou de todo o processo; j) a liberdade do acusado é a regra, podendo ser restringida mediante a satisfação de determinados requisitos previamente estabelecidos. (ANDRADE, 2013, p. 111).

Outros doutrinadores, a exemplo de Aury Lopes Júnior, preferem assim elencar as características do sistema acusatório atual:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta de provas, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);

- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar decisões e o duplo grau de jurisdição. (LOPES JR., 2012, p. 118-119).

Embora a doutrina citada fale na imparcialidade do julgador, atualmente, como no sistema processual brasileiro, é autorizada ao juiz uma participação mais ativa ao longo da instrução probatória. A propósito, é exatamente por essa razão que se iniciou a presente investigação, com o fim de saber o real limite dos poderes instrutórios do juiz.

Os princípios presentes em um tipo ideal de sistema acusatório são, portanto, o princípio do quem acusa investiga, publicidade, contraditório, oralidade, liberdade do acusado, igualdade, passividade judicial, acusador diferente do juiz e necessidade de uma acusação (LOPES JR., 2012).

Pelo princípio do quem acusa investiga, ponto de convergência entre os tipos ideais de sistema acusatório clássico e contemporâneo, tem-se que a atividade de preparação da acusação é dada a quem acusa. Todavia, a variabilidade desse princípio nos países que adotam o sistema acusatório pode ser exemplificada pela atribuição também dada às polícias judiciárias, que não acusam, somente investigam (LOPES JR., 2012).

O princípio da publicidade, em linhas gerais, diz respeito não apenas ao acesso às partes dos autos do processo, mas também à possibilidade de fiscalização que os cidadãos podem exercer sobre a atividade judicante. Tal princípio, também ensina a legislação comparada, pode ser excepcionado, se assim o interesse da causa exigir, mantendo-se apenas vedação do sigilo em relação às partes (AVENA, 2010).

O princípio do contraditório permite que o processo se configure numa relação dialética, conferindo às partes o poder e o direito de contrapor as teses adversas. No processo penal brasileiro, o contraditório, ao lado da ampla defesa, configura pedra angular do processo (OLIVEIRA, 2007).

O princípio da oralidade informa que a palavra falada tem primazia sobre a palavra escrita, de forma que os argumentos orais, bem como a colheita da prova oral em audiência, têm prevalência na hora de decidir. Também ponto de convergência com o sistema acusatório

da antiguidade, a expressão oral é classicamente tida como a expressão direta do pensamento (LOPES JR., 2012).

O princípio da igualdade, como característica do sistema acusatório, impõe que as partes sejam iguais em direitos e obrigações no processo, visto que estão em pé de igualdade, conforme aduzia Marques (2007).

A imparcialidade do juiz é, para Jardim (1987, p. 51), o princípio mais importante do sistema acusatório, ao lado do contraditório. Logo, mesmo o princípio da iniciativa das partes, segundo o qual o processo só tem início com a provocação da acusação, “decorre da indispensável neutralidade do órgão julgador. Sem ela, toda a atividade jurisdicional restará viciada” .

Há quem sustente que somente dois elementos são fixos e indispensáveis para a caracterização de um processo como acusatório, blindado de qualquer ideologia do momento histórico. São eles, a obrigatória separação entre acusador e julgador e a forma de se iniciar o processo:

Em primeiro lugar, identificamos a obrigatória separação entre as figuras do acusador e do julgador, que aqui tratamos como a necessidade de um acusador distinto do juiz, e que corresponde ao princípio acusatório. O segundo elemento se refere a um particular efeito produzido pelo ajuizamento da acusação, que é determinar a abertura do processo. Isso implica dizer que a investigação criminal, no sistema acusatório, constitui-se em uma atividade de natureza administrativa, e que a abertura do processo acusatório significa na verdade, igualmente o início do julgamento, com a apresentação da defesa e obtenção de provas. (...) Resumidamente, para que um sistema processual seja qualificado dessa maneira, faz-se necessário que esses dois elementos fixos estejam sempre presentes. A ausência de um deles provocará uma mudança na categoria do sistema, demonstrando o acerto dos autos que alertam não se poder confundir princípio acusatório com sistema acusatório. (ANDRADE, 2013, p. 269).

Particularmente, entendemos que, de todas as características citadas, afiguram-se de especial relevo, em razão do objetivo da presente dissertação, a separação entre acusador e juiz e a gestão da prova na instrução probatória, afinal de contas, além de tudo, o sistema acusatório é “un sistema de partes, que pregona la necesaria contradicción entre ellas” (POLAINO-ORTS; QUINTERO, 2010, p. 11-12).

1.3 Sistema misto

Os ideais iluministas de igualdade, liberdade e fraternidade sacudiram o mundo ocidental e inspiraram decisivamente a Revolução Francesa, movimento que, no século XVIII, marcou a passagem da chamada Idade Moderna para a Idade Contemporânea, segundo ensina a historiografia.

O sistema criminal não poderia, por óbvio, passar ileso pela Revolução. A propósito, a crítica ao sistema então vigente, o inquisitivo, era um dos motes dos iluministas, sendo justo lembrar as palavras de Cesare Beccaria, que, em “Dos Delitos e das Penas”, escreveu:

Fragmentos da legislação de antigo povo conquistador, reunidos por ordem de um príncipe que reinou, em Constantinopla, há 12 séculos, juntados depois aos costumes dos lombardos e amortalhados em volumoso calhamaço de comentários pouco inteligíveis, são o antigo acervo de opiniões que uma grande parte da Europa prestigiou com o nome de leis; e, ainda hoje, o prejuízo da rotina, tão nefasto quanto difundido, faz com que uma opinião de Carpozow, uma velha prática preconizada por Claro, um suplício que Francisco imaginou com bárbara complacência, continuem sendo orientações friamente seguidas por esses homens, que deveriam tremer ao decidir da vida e da sorte de seus concidadãos. É esse código sem forma, produto monstruoso de séculos mais bárbaros, que desejo examinar nesta obra. Ficarei limitado, contudo, ao sistema criminal, cujos abusos terei a ousadia de apontar aos encarregados de velar pela felicidade pública, sem me preocupar em impor ao meu estilo o encanto que faz a sedução dos leitores comuns. (BECCARIA, 2003, p. 7).

Do trecho colacionado é crível dizer que Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, um dos principais expoentes do iluminismo penal, empenhou sua obra – “Dos delitos e das penas” – a ser arma de combate ao sistema processual então vigente na maior parte da Europa, o sistema inquisitivo.

O sistema inquisitivo, ao sofrer influência do Direito Canônico da Igreja Católica, passa a tomar o acusado como um pecador que ocultava a verdade quando inquirido. Por exemplo, justificada estaria, então, a tortura como meio de arrancar a verdade (COUTINHO, 2009).

A tortura ainda é, no imaginário coletivo, a grande característica do sistema inquisitivo.

O fato é que a resignificação do homem e os valores da liberdade trazidos pelo pensamento iluminista colocaram o sistema inquisitivo na mira dos pensadores de então, de Beccaria a Voltaire. “Na segunda metade do século XVIII, a difusão do espírito reformador iluminista contribuiu para que antes da Revolução Francesa fossem feitas algumas reformas no sistema inquisitório (...)”. (KHALED JR., 2016, p. 117).

Com a eclosão da Revolução Francesa e a chegada dos liberais ao poder, não era suficiente apenas a reforma política, com a derrubada da Monarquia, mas também a supressão do Direito vigente do antigo regime.

É nessa esteira de forças que o sistema criminal também é modificado, e notadamente os revolucionários buscaram se aproximar o máximo possível do sistema acusatório conhecido no contexto do Império Romano.

O modelo de processo penal romano, com ampla participação popular, tornou-se, novamente, o modelo a ser perseguido, comprovando o que se sabe sobre a história: ela é cíclica.

Mas a implementação de um modelo o mais próximo possível do sistema acusatório romano não se mostrou capaz de resolver todos os problemas que se colocavam. Ao revés, os mesmos problemas que uma vez deram espaço ao sistema inquisitivo novamente se fizeram presentes, pelo que elementos do sistema inquisitivo passaram a ser adotados:

Esse modelo de processo repetiu os mesmos defeitos do processo penal acusatório romano, ou seja, adotou julgamentos públicos e concedeu legitimidade acusatória exclusiva aos cidadãos comuns, que estavam desprotegidos das ameaças do acusado, seus familiares e amigos. Por isso obviamente houve uma repetição dos efeitos negativos já verificados no sistema acusatório clássico (...). Para corrigir esses problemas, houve uma sucessão de reformas onde se decidiu sobre a necessidade de preservar a figura de um acusador público, e manter a existência de uma fase prévia ao julgamento propriamente dito, que tivesse um caráter mais rígido que aquela imaginada pelo ideal revolucionário. O que se fez, então, foi misturar as características do modelo de processo presente no *Code Luis* – último representante do sistema inquisitivo na França – às características do processo acusatório romano. Expurgaram os defeitos e problemas que os sistemas inquisitivo e acusatório manifestaram ao longo de toda sua existência, e aproveitaram aquelas características que poderiam permitir a construção de um processo penal que alcançasse sua finalidade sem a prática de abusos durante sua tramitação.

Foi com essa intenção, e “um retorno parcial ao sistema inquisitivo”, que se estruturou um modelo de processo penal que convencionalmente passou a ser chamado de sistema misto. (ANDRADE, 2013, p. 413).

Este recorrer à história nos leva a compreender que o sistema misto assim se convencionou nominar porque era sistema processual penal que, embora próximo ao sistema acusatório romano, tinha elementos essenciais do sistema inquisitivo:

O sistema misto tem raízes na Revolução Francesa, conjunto de movimentos político-sociais cujos ideais se disseminaram pela Europa continental, e possui, como marco legal o *Code d’Instruction criminelle* francês de 1808, caracteriza-se por uma investigação preliminar, secreta e escrita, a cargo do

juiz, com poderes inquisitivos, no intuito da colheita de provas, e por uma fase contraditória (judicial) em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes. Dissecand toda a persecução no sistema misto, temos:

- a) investigação preliminar, a cargo da polícia judiciária;
- b) instrução preparatória, patrocinada pelo juiz instrutor;
- c) julgamento: só este último, contudo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.
- d) recurso: normalmente há o “recurso de cassação”, no qual se impugnam apenas as questões de direito, mas também é possível o “recurso de apelação”, no qual são impugnadas as questões de fato e de direito. (ALENCAR; TÁVORA, 2012, p. 42).

Luigi Ferrajoli, em “Direito e Razão”, analisando o surgimento do sistema misto, no contexto de superação do sistema inquisitivo, chega a nominá-lo de monstro:

A batalha cultural e política contra a irracionalidade e o arbítrio desse procedimento forma um dos motivos animadores de todo o Iluminismo penal reformador. De THOMASIIUS a MONTESQUIEU, de BECCARIA a VOLTAIRE, de VERRI a FILANGIERI e a PAGANO, todo o pensamento iluminista concordou com a denúncia da desumanidade da tortura e do caráter despótico da Inquisição, assim como o redescobrimto dos valores garantistas da tradição acusatória, tal como foi transmitida do antigo processo romano ao ordenamento inglês. Foi portanto natural que a Revolução Francesa adotasse – na oportunidade imediatamente seguinte a 1789 – o sistema acusatório, baseado na ação popular, no júri, no contraditório, na publicidade e oralidade do juízo e na livre convicção do juiz. Mas a experiência acusatória não perdurou, no continente europeu, depois dos anos da revolução. Já o Código termidoriano 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, denominada pela acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando este era privado da liberdade; tendentemente acusatório na fase seguinte dos debates, caracterizado pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém, destinado a se tornar mera repetição ou encenação da primeira fase. (FERRAJOLI, 2010, p. 521-522).

Hodiernamente, há uma tendência quase que natural em denominar de sistema processual penal misto todo aquele sistema que congrega elementos do sistema acusatório e do sistema inquisitivo, sendo relevante dizer que o argumento principal de quem defende essa corrente é a existência de uma fase pré-processual, marcada pela inquisitorialidade, e uma fase processual propriamente dita, marcada pela acusatorialidade (AVENA, 2010).

Todavia, essa compreensão não pode aqui ser repetida, tendo em vista os diversos elementos fixos e não fixos presentes tanto no sistema acusatório quanto no sistema inquisitivo, o que nos levaria a uma combinação rumo ao infinito, resultante em diversos tipos de sistema processual penal misto (ANDRADE, 2013).

Coutinho (2009) sustenta que atualmente todo sistema é misto, pois não há mais sistemas puros. Todavia, dizer que um sistema é misto não significa que ele é um somatório dos dois sistemas:

Todos os sistemas processuais penais conhecidos mundo afora são mistos. Isto significa que não há mais sistemas puros, ou seja, na forma como foram concebidos. (...) Um sistema processual misto, ao contrário do que comumente pensam alguns, não é a simples somatória de elementos dos dois sistemas puros. (COUTINHO, 2009, p. 103-107)

Para o autor, um sistema será misto se, embora regido pelo princípio inquisitivo, tenha agregado a si elementos do sistema acusatório. Ou se, embora regido pelo princípio dispositivo, tenha agregado elementos do sistema inquisitivo.

Geraldo Prado também tece duras críticas ao chamado sistema misto, na medida em que carrega consigo as mesmas ressalvas feitas ao sistema inquisitório:

(...) aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão. (PRADO, 2006, p. 137).

Como dito alhures, historicamente, costuma-se dizer que o sistema misto é caracterizado por duas fases distintas, a saber: uma afeta à investigação criminal, mais próxima possível do sistema inquisitivo, e outra, a do julgamento, mais próxima do sistema acusatório, em consequência de que o juiz não atuaria sem uma acusação havida por terceiro.

São ácidas as críticas ao sistema bifásico, chamado de monstro por Ferrajoli (2010) como aqui já foi demonstrado. Analisando a prática forense, Lopes Jr. (2009) afirma que, nesse sistema, o processo torna-se mera repetição do inquérito, pois o que existiria seria um discurso que apenas “requeenta” a prova policial quando do julgamento, fato que leva o autor a nominar o sistema bifásico de fraude:

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

para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase. (...) Enquanto não tivermos um processo verdadeiramente acusatório, do início ao fim, ou, ao menos, adotarmos o paliativo da exclusão física dos autos do inquérito policial de dentro do processo, as pessoas continuarão sendo condenadas com base na “prova” inquisitorial, disfarçada no discurso do “cotejando”, “corrobora”... e outras fórmulas que mascaram a realidade: a condenação está calcada nos atos de investigação, naquilo feito na pura inquisição. (LOPES JR., 2009, p. 71-72).

Analisando o sistema misto à luz dos elementos fixos dos sistemas inquisitivo e acusatório, ter-se-ia que o sistema misto é caracterizado pela abertura do processo com ou sem acusação, desde que, quando da denúncia, o acusador seja distinto do juiz:

Dito isso, sabemos que o sistema misto se caracteriza por existir uma divisão de seu processo em duas fases bem definidas, o que inclusive, leva Ferrajoli a considerá-lo um monstro. A primeira fase do processo se destina à investigação criminal, onde a intenção do legislador foi construí-la o mais próximo possível do sistema inquisitivo, para eliminar a impunidade produzida pelo sistema acusatório pós-revolucionário, e facilitar o início da resposta estatal a toda conduta criminosa. Por essa razão, seu processo poderia ser aberto por *notitia criminis*, delação secreta ou de ofício, para que, naquele primeiro momento, o interesse social e a segurança pública fossem preservados. Portanto, no que diz respeito às formas de abertura do processo, o sistema misto se utiliza de um dos elementos fixos do sistema inquisitivo. Já a segunda fase do processo busca se aproximar do sistema acusatório, abrindo a fase de julgamento somente a partir da apresentação de uma acusação. Por esse motivo, a presença de um acusador distinto do juiz se torna obrigatória e imprescindível não somente para a abertura da fase de julgamento, mas também para o próprio processo. Logo, no que diz respeito à legitimidade ativa, o sistema misto se utiliza de um dos elementos fixos do sistema acusatório. Ao final, a configuração do sistema misto seria constituída a partir da soma de um elemento fixo de cada sistema processual, quais sejam: a abertura do processo se daria sem a acusação, podendo ocorrer com uma *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz (elemento fixo pertencente ao sistema inquisitivo); e a necessária presença de um acusador distinto do juiz (elemento fixo pertencente ao sistema acusatório). (ANDRADE, 2013, p. 424-425).

Em resumo, tem-se que, no sistema misto, embora haja clara distinção entre acusador e julgador (tal qual no sistema acusatório), o processo pode ser iniciado até mesmo *ex officio* pelo juiz (tal qual no sistema inquisitório).

É crível dizer que, embora se possa chamar este ou aquele sistema de misto, a depender do núcleo fundante, se dispositivo ou inquisitivo, o sistema sempre será essencialmente inquisitivo ou acusatório. É imprescindível, portanto, que se identifique o núcleo fundante.

Enfim, como não existe um “princípio fundante misto”, o ponto essencial é identificar o núcleo fundante, o princípio informador, que pode ser identificado a partir da gestão da prova.

No Princípio Dispositivo, que funda o sistema acusatório, a gestão da prova cabe às partes, enquanto no Princípio Inquisitivo, a gestão da prova cabe ao juiz.

2 A IMPORTÂNCIA DA GESTÃO DA PROVA COMO CRITÉRIO DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

2.1 O que é a prova

A palavra “prova” possui diversos significados. É, portanto, polissêmica. Pode significar, por exemplo, atividade probatória, meio de prova ou resultado probatório. Giacomolli (2016) chama atenção para a frequente mutabilidade e dinamicidade da palavra “prova”, que, em processo penal, passa a representar tudo o que diz respeito a ela, mesmo os meios empregados na demonstração dos fatos, a atividade utilizada pelas partes para levar ao processo os meios de prova, bem como o próprio resultado do procedimento probatório:

A palavra prova, no processo penal, passou a representar tudo o que a ela pertine, ou seja, os meios empregados na demonstração dos fatos ou do *thema probandum*, a atividade utilizada pelas partes para levar ao processo os meios de prova, bem como o próprio resultado do procedimento probatório, ou seja, o convencimento exteriorizado pelo julgador. Contudo, distinguem-se elementos, fontes, meios e metodologias de busca da prova. De qualquer modo, inegável a sua frequente mutabilidade e dinamicidade. (GIACOMOLLI, 2016, p. 196).

Badaró (2008) também chama atenção para os diversos significados do termo prova:

Prova como atividade probatória significa o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato. É a atividade desenvolvida pelas partes e, subsidiariamente, pelo juiz, na reconstrução histórica dos fatos (p. ex.: a prova da alegação incumbe a quem a fizer – art. 156). A prova também pode ser considerada meio de prova. Isto é, o instrumento por meio do qual se introduzem no processo as fontes probatórias. É nesse sentido que se fala em prova testemunhal, prova pericial etc. Finalmente, a prova pode ser identificada como resultado probatório, isto é, o convencimento que os meios de prova geram no juiz e nas partes. Nesse sentido, por exemplo, o art. 312 do CPP se refere à “prova da existência do crime”. (BADARÓ, 2008, p. 197).

Marques (1997, p. 253) ensina que prova é “elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações”.

Na presente oportunidade, adotaremos a variante conceitual de que a prova é “o somatório de elementos que formam a convicção do juiz acerca da existência ou da inexistência dos fatos relevantes à causa” (ALMEIDA; COLUCCI, 2008, p. 141).

Partindo da premissa de que é possível atingir um conhecimento verdadeiro dos fatos, Mandarino (2016, p. 78) escreve que é consenso que a “prova assume a função de ser um instrumento para fundamentar racionalmente uma escolha da versão dos fatos que se possa definir como verdadeira”.

A prova tem natureza de direito público subjetivo, porquanto é um direito efetivamente garantido ao indivíduo pela lei. Dito de outro modo, a prova “apresenta-se como um direito subjetivo público ou cívico, em que fica assegurada a oportunidade de desenvolvimento da causa para demonstrarem suas afirmações. Trata-se de um direito condicionado à garantia do devido processo legal” (MANDARINO, 2016, p. 79).

A função da prova é trazer ao processo os fatos e as circunstâncias do passado penalmente relevante, ou seja, do fato criminoso objeto de apuração, pois “são os objetos mediante os quais o juiz obtém as experiências que lhe servem para julgar” (CARNELUTTI, 2004, p. 275).

Já se admite que não é função da prova trazer ao processo o retrato fiel do fato delitivo – no que muitos ainda chamam de verdade real e cujas consequências para a efetivação do sistema acusatório ainda serão discutidas no presente trabalho –, pois a prova também está sujeita à dialética processual, sendo instrumento de argumentação, na busca do convencimento do julgador:

Através da prova são introduzidos no processo penal os fatos e as circunstâncias de uma determinada infração criminal (função cognoscitiva-reconstrutiva) e tudo o que importar ao convencimento do julgador (função persuasiva). Afasta-se a *prima facie* a funcionalidade do encontro da verdade natural, direcionamento centralizado pelo modelo inquisitorial – um compromisso do inquisidor, uma justificativa do agir *ex officio* e um reflexo na falta de regulamentação da metodologia probatória e dos meios de prova. Da funcionalidade da busca e do encontro da verdade natural evolui-se à funcionalidade persuasiva-argumentativa e persuasiva-dialética no espaço público do processo, bem como à obtenção do convencimento do julgador, constituindo-se em prova o produto que passou pelo substrato argumentativo. (GIACOMOLLI, 2016, p. 199).

A Constituição da República Federativa do Brasil trata da prova penal não apenas para implicitamente dizê-la direito subjetivo das partes, quando afirma que a todos, em processo judicial ou administrativo, são asseguradas a ampla defesa e o contraditório, mas também

porque diz expressamente ser vedada a prova obtida por meio ilícito, em seu art. 5º, LVI:¹ “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”.

O Código de Processo Penal, após a reforma havida em 2008, delimita o conceito de prova ilícita no art. 157,² como sendo “as (...) obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Grande interesse tem ao presente trabalho a discussão acerca do ônus probatório, ou seja, sobre a quem incumbe o dever de provar.

O Código de Processo Civil dispõe, no art. 373,³ que o ônus da prova incumbe “ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito” e “ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do autor”.

Já no processo penal, mesmo por força do princípio da não culpabilidade, contido no art. 5º, LVII,⁴ da Constituição da República, o ônus probatório é da acusação, pois é ela quem imputa a responsabilidade criminal ao réu, que não está obrigado a provar sua inocência, tendo em vista “a única e maior presunção, consagrada na CF, que é a presunção de inocência, contra a qual, evidentemente nenhuma outra pode militar”. (DUCLERC, 2006, p. 63).

Todavia, dizer que o réu não está obrigado a provar sua inocência, por óbvio, não significa dizer que ele não poderá fazê-lo, afinal é função da prova formar o convencimento do julgador.

Essa diferenciação do tratamento do ônus da prova em sede de Direito Processual Civil e de Direito Processual Penal, é assim resumida por Nereu José Giacomolli:

¹ Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

² Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

³ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁴ Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Diferentemente do processo civil, no processo penal não há distribuição ou repartição do encargo probatório. A demonstração da responsabilidade criminal do imputado é estabelecida de forma categórica, ou seja, é de quem afirma, ou seja, da acusação (art. 156 do CPP). O acusado, em razão do art. 5º, LVII, do CPP, não está obrigado a demonstrar sua inocência, afirmada ou não em juízo. É da acusação a carga da persuasão da prova, do convencimento do julgador da culpabilidade do imputado. Contudo, no espaço público e dialético do processo, a defesa poderá produzir prova e argumentar em favor de sua inocência, tornando crível a sua argumentação, inclusive criando a dúvida razoável, a qual conduzirá à absolvição ou à diminuição da imputação acusatória. Portanto, a delimitação do ônus probatório estabelece regras de instrução (encargo da prova é da acusação) e também de julgamento (*in dubio pro reo*). (GIACOMOLLI, 2016, p. 219).

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o guardião da Constituição da República e, por consequência, também o é do sistema acusatório. Talvez por isso mesmo, consta no Acórdão do julgamento do *Habeas Corpus* n. 88875/AM, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que, no processo penal, o ônus da prova cabe exclusivamente a quem acusa.⁵

O relator, Ministro Celso de Mello, faz ainda questão de pontuar que o ônus da prova a ser suportado pela acusação é resultado do Estado Democrático de Direito, rememorando – como é de sua característica, rememorar – que o sistema de direito positivo brasileiro já conferiu ao réu o ônus de provar sua inocência, mas em contexto de regime autoritário, que foi o Estado Novo:

(...) AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA.
- Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei n. 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5).⁶

Determinado a quem compete o ônus da prova no processo penal brasileiro, cabe agora iniciar a discussão quanto à iniciativa probatória judicial, tema que será ainda mais aprofundado adiante.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 88875 /AM**. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 07/12/2010. Publicado em DJe-051 12.03.2012.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 88875 /AM**. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 07/12/2010. Publicado em DJe-051 12.03.2012.

Autores mais alinhados à chamada teoria geral do processo, instrumentalistas, ou mesmo notórios civilistas, a exemplo de José Roberto dos Santos Bedaque, Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo (USP), costumam ver o tema com menos ressalvas do que os processualistas penais da nova geração.

Bedaque (2012, p. 125), ao tratar dos poderes instrutórios do juiz, anota não se tratar de “uma atividade substitutiva de qualquer das partes, em detrimento de outras”, e conclui:

Quem considera a efetividade do processo um dos mais eficazes fatores de harmonia social, não pode concordar com tal orientação, de inspiração exageradamente positivista. O raciocínio deve ser feito de maneira exatamente oposta àquela desenvolvida pelos processualistas tradicionais. As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão somente no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restarem suficientemente provados. Antes disso, não tem ele de se preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma à situação apresentada em juízo. Os princípios estabelecidos no art. 333 do CPC só devem ser aplicados depois que tudo for feito no sentido de se obter a prova dos fatos. E quando isso ocorre, não importa a sua origem, isto é, quem a trouxe para os autos. (BEDAQUE, 2012, p. 125-126).

Ainda assim, mesmo entre autores que não se opõem à livre investigação da prova pelo magistrado, há quem veja que tal possibilidade não prescindia de ressalvas, como é o caso de Almeida e Colucci (2008), que alertam que o magistrado somente pode se utilizar da livre investigação das provas quando em dúvida perante o conjunto probatório; ressaltam que visa diminuir o risco de o juiz assumir o papel da parte, colocando em risco sua imparcialidade:

Não se olvide, por fim, que o juiz tem ao seu alcance o poder de livremente investigar as provas (princípio da livre investigação das provas, adotadas nos arts. 130 do CPC e 156 do CPP), o que indica uma mitigação do princípio dispositivo. Porém, a melhor doutrina aconselha que o juiz se utilize da livre investigação das provas somente quando estiver em dúvida diante do conjunto probatório, para não assumir papel semelhante ao de parte, ferindo, assim, sua imparcialidade. (ALMEIDA; COLUCCI, 2008, p. 144)

No âmbito do processo penal, há de se discutir se, quando o juiz se interessa pela prova, pela busca da prova, ele perde sua imparcialidade.

Assim, por exemplo, afirma Lopes Jr. (2009), para quem, sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, rompe-se a estrutura dialética do processo e fere-se de morte a imparcialidade. Para o autor, a imparcialidade do juiz está comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor, com poderes de gestão e iniciativa probatória:

Sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se num sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade (enquanto *terzietà* = alheamento). É um imenso prejuízo gerado pelos diversos pré-juízos que o julgador faz.

(...)

Como explicamos anteriormente, a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade, e o outro, de inércia. (LOPES JR., 2009, p. 80-81).

A iniciativa probatória do juiz não apenas suscita polêmica no campo processual, mas também pode ser indicativo do grau de efetividade da adoção de um sistema processual em determinado contexto político. Por tal razão, haveremos de discutir se a gestão da prova autorizada pelo Código de Processo Penal ao magistrado, em seu art. 156,⁷ revela que o sistema acusatório positivado pela Constituição da República ainda possui diversos entraves para se efetivar. É o que se busca explicar nos próximos tópicos.

2.2 A gestão da prova nos diferentes sistemas processuais penais

Até aqui o presente trabalho buscou diferenciar os três principais sistemas processuais penais à luz dos princípios fixos de cada um.

Como visto, os princípios presentes em um “tipo ideal de sistema acusatório” são os princípios de que quem acusa investiga, da publicidade, do contraditório, da oralidade, da liberdade do acusado, da igualdade, da passividade judicial, do acusador diferente do juiz e da necessidade de uma acusação.

⁷ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

O princípio do acusador diferente do juiz é, pois, o princípio nuclear do sistema acusatório.

Por outro lado, são elementos encontrados nos tipos ideais de sistema inquisitivo o caráter prescindível do acusador, o início do processo com acusação, a *notitia criminis* ou de ofício, o princípio da oficialidade, o segredo processual, o princípio da escritura, a ausência de contradição, a desigualdade de armas, o juiz que investiga também julga, a prova legal e tortura, a prisão preventiva obrigatória e a incomunicabilidade do réu, além do recurso contra a decisão de primeira instância e a nulidade como consequência da falta de respeito à lei e às formas estabelecidas (ANDRADE, 2013).

Entre os elementos citados, dois são tidos como fixos, como eixo central, a informar que, quando presentes, se está diante de um sistema inquisitivo: o caráter prescindível da presença de um acusador distinto do juiz e o fato de o processo poder ser instaurado por acusação, *notitia criminis* ou de ofício.

Já o sistema misto é aquele que congrega a presença prescindível da acusação quando da abertura do processo (notadamente na fase da investigação criminal) com a necessária distinção entre acusação e julgador (AVENA, 2010).

Portanto, a análise dos elementos fixos de cada sistema parece já nos permitir estabelecer diferenças marcantes entre cada um, sendo este, pois, um importante critério diferenciador.

Mas não é este o único critério. Outro importante critério diferenciador dos sistemas processuais penais existentes é a gestão da prova. Aliás, para Coutinho (2001), a gestão da prova não é um, mas o critério identificador dos princípios unificadores de cada sistema.

Enquanto no sistema inquisitório, de princípio inquisitivo, a gestão da prova está nas mãos do juiz, no sistema acusatório, de princípio dispositivo, a prova é gerida pelas partes:

Assim, para a devida compreensão do Direito Processual Penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais, quais sejam, inquisitório e acusatório, regidos, respectivamente, pelos referidos princípios inquisitivo e dispositivo. Destarte, a diferenciação destes dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério de gestão da prova. Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução de um fato pretérito crime, através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador.

Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órfão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao julgador. (...) Já no sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de *judge made law*). (COUTINHO, 2001, p. 28).

Nessa mesma linha de intelecção, Ferrajoli (2010) afirma que o interrogatório das testemunhas pelo juiz ou mesmo seu poder ilimitado de admitir ou não admitir provas representam resquícios inquisitórios, ainda que o sistema vigente seja formalmente o acusatório.

Quando se fala em gestão da prova, umbilicalmente ligada está a questão dos poderes instrutórios do juiz. Segundo Taruffo (2005), analisando a tipologia de tais poderes na Europa, estão postos três modelos legislativos diferentes:

- a) Un primer modelo está representado por los ordenamientos en los que el juez cuenta con un poder general para disponer de oficio la adquisición de las pruebas, no propuestas por las partes, que considere útiles para la determinación de los hechos. (...)
- b) Un segundo modelo, em el cual se inspiran la mayor parte de los ordenamientos actuales – entre los que se puede poner como ejemplo Italia y Alemania – prevé que el juez disponga de algunos poderes de iniciativa instructoria. Naturalmente estos poderes pueden ser más o menos numerosos o más o menos amplios dependiendo del caso. Sin embargo, hay una clara tendencia al incremento de los poderes de instrucción del juez que se manifiesta también em Italia, por ejemplo, com la reciente intruducción del art. 281 ter. (...)
- c) Finalmente (...) existen ordenamientos en los que no están previstos de manera expresa verdaderos poderes de iniciativa instructoria por parte del juez, pero em los que, sin embargo, el juez desempeña un papel activo em la adquisición de las pruebas. Los ejemplos relevantes em este sentido son especialmente dos: el inglés y el español. (TARUFFO, 2006, p. 255-259)

Como dito anteriormente, um importante critério diferenciador dos sistemas processuais penais existentes é a gestão da prova:

Ora, faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (eis por que todos os sistemas são mistos) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos sistemas puros. Daí que a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o sistema adotado. (COUTINHO, 2009, p. 109)

Alexandre Morais da Rosa (2013), em seu já consagrado “Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos”, afirma que, conquanto o Princípio Inquisitivo marque a cadeia de significantes do Sistema Inquisitório, e o Princípio Dispositivo, a do Sistema Acusatório, é a gestão da prova o critério identificador de cada sistema:

(...) a compreensão de sistema decorre da exigência de um princípio unificador, capaz de derivar a cadeia de significantes dele decorrentes, não se podendo admitir a coexistência de princípios (no plural) na origem do sistema kantiano. Assim é que no Sistema Inquisitório o Princípio Inquisitivo marca a cadeia de significantes, enquanto no Acusatório é o Princípio Dispositivo que lhe informa. E o critério identificador é, por sua vez, o da gestão da prova. Sendo o Processo Penal atividade marcadamente recognitiva, de acertamento de significantes, a fixação de quem exercerá a gestão da prova e com que poderes se mostra indispensável, no que já se denominou de ‘bricolage de significantes’. No Inquisitório o juiz congrega, em relação à gestão da prova, poderes de iniciativa e de produção, enquanto no Acusatório essa responsabilidade é das partes, sem que possa promover a sua produção. De outra face, no Inquisitório a liberdade do condutor do feito na sua produção é praticamente absoluta, no tempo em que no Acusatório a regulamentação é precisa, evitando que o juiz se arvore num papel que não é seu. (ROSA, 2013, p. 54-55).

Tem-se, portanto, para o supracitado autor, que à luz da gestão da prova, será inquisitivo o sistema que permite ao juiz a iniciativa e a produção probatória, ao tempo em que tais encargos são exclusivos das partes no âmbito do sistema acusatório.

No mesmo sentido escreve Aury Lopes Jr.:

Ainda que todos os sistemas sejam mistos, não existe um princípio fundante misto. O misto deve ser visto como algo que, ainda que mesclado, na essência é inquisitório ou acusatório, a partir do princípio que informa o núcleo. Então, no que se refere aos sistemas, o ponto nevrálgico é a identificação de seu núcleo, ou seja, do princípio informador, pois é ele quem vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório, e não os elementos acessórios (oralidade, publicidade, separação das atividades etc.) Como afirmamos anteriormente, o processo tem como finalidade (...) buscar a reconstituição de um fato histórico (o crime sempre é passado, logo, fato histórico), de modo que a gestão da prova é erigida à espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir de dois princípios informadores, conforme ensina Jacinto Coutinho:

- Princípio dispositivo: funda o sistema acusatório; a gestão da prova está nas mãos das partes (juiz espectador).
- Princípio inquisitivo: a gestão da prova está nas mãos do julgador (juiz ator [inquisitor]); por isso, ele funda um sistema inquisitório. (LOPES JR., 2009, p. 74-75)

Tem-se que, no sistema inquisitivo, a gestão da prova está, sobretudo, a cargo do juiz, que, na busca da chamada “verdade real”, tem amplos poderes de incursionar na produção de provas. Conforme a doutrina, “o sistema inquisitório é fundado pelo princípio inquisitivo, ou seja, de instrução e conhecimento de ofício pelo juiz na busca da verdade material” (LOPES JR., 2012, p. 135).

No sistema acusatório, em que vige o princípio dispositivo, ao revés, o juiz não interfere na produção da prova, função exclusiva das partes. Para muitos, a posição de “juiz-espectador” possibilita a manutenção da esperada imparcialidade quando do julgamento:

A posição do juiz é o ponto nevrálgico da questão, na medida em que “ao sistema acusatório lhe corresponde um juiz-espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos e, por isso, mais sábio que experto; o rito inquisitório exige, sem embargo, um juiz-ator, representante do interesse punitivo e, por isso, um enxerido, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação”. O tema também está intimamente relacionado com a questão da verdade no processo penal. No sistema inquisitório, nasce a (inalcançável e mitológica) verdade real, em que o imputado nada mais é do que um mero objeto de investigação, “detentor da verdade de um crime”, e, portanto, submetido a um inquisidor que está autorizado a extraí-la a qualquer custo. Recordemos que a intolerância vai fundar a inquisição. A verdade absoluta é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter “absoluto”. (LOPES JR., 2012, p. 135-136)

Novamente recorremos a Ferrajoli (2010), que assim se manifesta sobre a gestão da prova e os sistemas processuais penais:

As diferenças entre sistema inquisitório e sistema acusatório que se manifestam no interrogatório do imputado são apenas um reflexo da alternativa epistemológica entre as duas opostas concepções da verdade processual que marcam os dois sistemas e condicionam em geral os métodos de prova. A verdade almejada e perseguida pelo processo inquisitório, sendo concebida como absoluta ou substancial, e conseqüentemente única, não pode ser de parte e não admite, portanto, a legitimidade de pontos de vista contrastantes cujo conflito só não exige, mas exclui o controle desde baixo, em especial o controle do imputado. (...) Entende-se que sobre essa base não há sentido em falar de ônus da prova a cargo da acusação, mas, no máximo, da necessidade da prova: exigida, pretendida – ou totalmente extorquida – do próprio acusado. Ao contrário, a verdade perseguida pelo método acusatório, sendo concebida como relativa ou formal, é adquirida, como qualquer pesquisa empírica, através do procedimento por prova e erro. (...) Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos que caracteriza ao contrário o processo misto (...). (FERRAJOLI, 2010, p. 561-562).

Parece ser possível dizer, portanto, em conclusão parcial, que a gestão da prova é, ao lado dos elementos fixos de cada sistema, importante critério diferenciador dos sistemas processuais penais, sendo que é no sistema acusatório em que a gestão da prova é exclusiva das partes.

Na prática forense, a forma como a produção e a gestão da prova são conduzidas indica, ainda que o julgador não pareça preocupado com o enquadramento do sistema processual penal vigente, o sentimento deste em relação à função do processo penal. Também este o pensamento de José Roberto dos Santos Bedaque – instrumentalista – que, em sua obra “Poderes Instrutórios do Juiz”, faz anotar:

Já a questão relativa à prova dos fatos, ao modo como o juiz deve proceder na instrução, refere-se exclusivamente à técnica processual, que, evidentemente, sofre influência do fenômeno sociopolítico. Restringir a atividade do juiz na formação do conjunto probatório ou conceder-lhe maiores poderes de investigação constituem alternativas técnicas fundadas em premissas ideológicas diversas. Mas não se trata de ideologia política, de caráter liberal ou autoritário. Está ligada exclusivamente à concepção de processo e do escopo desse método estatal de solução de controvérsias. (BEDAQUE, 2012, p. 10).

Mas a gestão da prova como critério de diferenciação dos sistemas processuais penais não é uma unanimidade, a exemplo de Gustavo Henrique Badaró (2003), para quem não há incompatibilidade entre o processo penal acusatório e um juiz ativo, dotado de poderes instrutórios.

Reitera Badaró (2003) que a essência do processo acusatório – e, portanto, a diferença deste para o processo inquisitório – está na separação das funções de acusar, julgar e defender:

Não há incompatibilidade entre o processo penal acusatório e um juiz ativo, dotado de poderes instrutórios, que lhe permitam determinar a produção das provas que se façam necessárias para a descoberta da verdade. A essência do processo acusatório está na separação das funções de acusar, julgar e defender. A ausência de poderes instrutórios do juiz é apenas uma característica histórica do processo acusatório, mas não é um traço essencial. (BADARÓ, 2003, p. 154)

Para Prado (2006, p. 141), apenas para citar um entre tantos, os poderes instrutórios do juiz são incompatíveis com o sistema acusatório. Ele afirma que quando “o juiz se dedica a produzir provas de ofício, se coloca como sujeito ativo do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada” .

Também a doutrina estrangeira identifica o poder instrutório do juiz como marca do sistema inquisitivo. Damaska (2015), quando diferencia o juízo penal do cível, aponta o penal como sendo decididamente inquisitivo quando o juiz não se limita a supervisionar a produção da prova.

Diz, assim, que, “en pocas palabras, la investigación – tan decididamente inquisitorial en los procesos penales – en los juicios civiles se acerca más a un tipo de juez que, más que dirigir, se limita a supervisar la práctica de la prueba” (DAMASKA, 2015, p. 113).

Carvalho (2003), por seu turno, também aponta a gestão da prova como elemento que identifica o sistema inquisitório, mas alerta que a busca pela “verdade real” revela a mentalidade inquisitória presente até mesmo em pleno Estado Democrático de Direito, onde deveria ser efetivo o sistema acusatório.

É justamente sobre os elementos que revelam a mentalidade inquisitória presente no processo penal brasileiro atual que nos debruçaremos adiante.

Diz o Professor:

(...) ao legitimar a oficiosidade desmedida do magistrado na produção da prova, o sistema inquisitório permite ao julgador fazer as vezes de defensor e acusador em processo que ele decidirá no final. Em outras palavras, propicia ao juiz a prévia eleição de uma tese – como única e absoluta verdade – e a busca desmesurada de meios aptos a comprová-la. Neste rumo, a lógica inquisitorial estabelecida como caminho a solução do caso em debate me faz presenciar – irresignado, mas não surpreso -, em pleno Estado Democrático de Direito, a busca do malfadado mito da verdade real. (CARVALHO, 2003, p. 186).

Falar em gestão da prova é falar, portanto, sobre a existência, a validade e a legitimidade dos poderes instrutórios do juiz, assunto que deságua também na análise da imparcialidade do julgador, razão pela qual o tema voltará a ser pontuado com melhor destaque no presente trabalho.

2.3 Ligeiras considerações de Direito Comparado

Antes de se fazer um recorte para analisar o sistema processual penal vigente no Brasil, far-se-á uma breve análise de qual sistema vigora em determinados países com o fim de se criar terreno fértil para, adiante, uma comparação útil.

Buscaram-se países em que o sistema processual penal é semelhante ao brasileiro ou que, como mais recentemente é o caso dos Estados Unidos da América, possui grande influência nas últimas reformas legislativas levadas a efeito no Brasil. Alguns países a seguir citados expressamente positivam o sistema acusatório na Constituição, como Portugal e México; outros, não, como Itália, Colômbia, Chile e Peru.

Dentre os países que primeiro positivaram o sistema acusatório na Constituição, Portugal se destaca. A Constituição da República Portuguesa, art. 32, 5, determina que o processo penal tenha estrutura acusatória, submetendo a audiência de julgamento e os atos instrutórios ao princípio do contraditório:

Artigo 32.º

Garantias de processo criminal

1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.
2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.
3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os atos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória.
4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos atos instrutórios que se não prendam diretamente com os direitos fundamentais.
5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.
6. A lei define os casos em que, assegurados os direitos de defesa, pode ser dispensada a presença do arguido ou acusado em atos processuais, incluindo a audiência de julgamento.
7. O ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei.
8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.
9. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior.
10. Nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa. (grifos nossos)

Para cumprir o mandamento constitucional, em primeiro de janeiro de 1988, entrou em vigor o novo Código de Processo Penal Português, classificado, pela Exposição de Motivos, como correspondente às exigências do sistema acusatório.

Nessa incumbência reformadora, o Governo deveria obedecer ao mandato constitucional que determinava – e ainda determina – a adoção de um processo penal com estrutura acusatória. Por isso, a Assembleia da República traçou várias diretrizes que deveriam ser seguidas, entre as quais se pode destacar: a) estabelecimento da “máxima acusatoriedade” do processo; b) o incremento do que chamou de igualdade material de armas entre acusador e acusado; c) monopólio da acusação nas mãos do Ministério Público; d) liberdade de atuação para o defensor; e) fortalecimento dos princípios da oralidade, imediação, celeridade, concentração, contraditório e publicidade; f) nulidade dos atos que não respeitem as formas estabelecidas; g) o caráter excepcional e provisório da prisão preventiva.

Levando em consideração todos os aspectos delineados pela Assembleia portuguesa, o Decreto-Lei 78, de 17 de novembro de 1987, aprovou o novo Código de Processo Penal, revogando o anterior. Sua entrada em vigor se deu em 01.01.1988, conforme previsto pela Lei 17, de 1º de junho de 1987 (ANDRADE, 2013, p. 115-116).

Como ocorre nos sistemas acusatórios, o processo penal português somente tem início com a acusação pública, elemento fixo e caracterizador da estrutura acusatória.

Os professores María Eloísa Quintero e Miguel Polano-Orts, em sua obra “Principios del Sistema Acusatorio: una visión sistémica”, logram tecer importantes considerações sobre o modelo do processo penal mexicano, que positiva o modelo acusatório na sua Carta Constitucional.

Assim, afirmam que, após a reforma de 2008, a Constituição Política do Estados Unidos Mexicanos assinala que o processo penal será acusatório e oral, regido pelos princípios da publicidade, do contraditório, da concentração, entre outros:

Tras la reforma de 2008, el nuevo artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que el proceso penal será acusatorio y oral, y regirá por los principios de publicidad, contradicción, continuidad e intermediación. (POLANO-ORTS; QUINTERO, 2010, p. 15)

Como visto, a Constituição do México expressamente dispõe que o sistema processual penal vigente no país deverá ser acusatório.

Convém pontuar que o inciso V do art. 20 da Constituição mexicana determina que o ônus da prova corresponde à acusação:

Artículo 20

(...)

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.

À luz da temática gestão da prova, tão cara à grande parte da doutrina nacional, está claro que o sentido da Lei Maior do México é da separação entre a acusação e o juízo, cabendo ao primeiro a prova da culpa.

Dentre os países que adotam o sistema acusatório, porém sem disposição expressa da Constituição, primeiro se destaca a Itália, pelo Código de Processo Penal concebido em 1988.

Ferrajoli, em “Direito e Razão” (2010), afirma que se adotou, a partir da reforma de 1988 o sistema acusatório, superando-se, inclusive, o sistema misto do chamado Código Rocco:

O novo Código de Processo Penal e o sistema acusatório – Este modelo constitucional de processo – que permaneceu congelado por quase quarenta anos – encontrou parcial atuação com o novo Código de Processo Penal aprovado com o DPR 447, de 22.09.1988, em vigor a partir de 24.10.1989. Rompendo uma tradição plurissecular, o novo Código adotou o sistema acusatório não expressamente previsto pela Constituição de per si, configurando o novo processo como uma relação trigonal entre juiz, acusação e defesa, em antítese não apenas ao processo medieval de tipo inteiramente “inquisitório” mas, também, àquele “misto” do velho Código Rocco, que era baseado, no que tange à fase instrutória, na confusão entre juiz acusação, e na relação diádica inquisidor/inquirido.

A principal inovação estrutural introduzida foi a separação do juiz da acusação, mediante a eliminação da velha figura do juiz instrutor, substituída por um juiz para as investigações preliminares em princípio estranho ao seu desenvolvimento (art. 328), e do pretor, que agora possui função apenas judicante. Ao Ministério Público, de outra parte, foram conferidas as funções via de regra postulantes graças a duas importantes inovações: a exclusão da instrução sumária e a supressão já antecipada pela Lei 330, de 05.08.1988, do seu poder de determinar a captura do imputado, podendo agora apenas dispor do mecanismo denominado fermo, por não mais de 96 horas, em caso de perigo de fuga ou de graves indícios de culpabilidade dos delitos punidos com penas não superiores no mínimo de 2 e no máximo a 6 anos (art. 384). (FERRAJOLI, 2010, p. 677-678).

Desde o ano 2000, o sistema acusatório guia o processo penal chileno, cuja experiência vem sendo alvo de intensos estudos, inclusive por pesquisadores brasileiros.

O Código de Processo Penal Chileno dispõe que o princípio acusatório norteia o modelo de procedimento criminal. Diz-se isso porque o artigo terceiro é explícito em estabelecer que cabe exclusivamente ao Ministério Público a condução da investigação criminal:

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

Demais disto, no Chile, sublinhe-se a existência do juiz de garantias, do procedimento oral, da presunção de inocência e, sobretudo, da direção da investigação criminal por parte dos promotores de justiça.

É exatamente na exclusividade do Ministério Público na investigação criminal e na proposição da ação penal que se baliza a afirmação de que o Chile adota um sistema acusatório de processo penal.

Tendo por base a gestão da prova como um dos critérios diferenciadores dos sistemas processuais penais, pode-se afirmar que o processo penal colombiano, datado de 2004, é acusatório, visto que a lei adjetiva veda a iniciativa probatória do juiz, a prova de ofício, e expressa que a iniciativa probatória é apenas das partes.

Grifem-se, nesse sentido, os arts. 357, 361 e 374 do Código de Processo Penal da Colômbia:

Artículo 357. Solicitudes probatorias. Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código.

Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso.

Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.

Artículo 361. Prohibición de pruebas de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.

Artículo 374. Oportunidad de pruebas. Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final de l artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público. (grifos nossos)

A doutrina especializada adverte, porém, que a Suprema Corte Colombiana mitigou a regra da proibição da produção da prova de ofício pelo juiz, art. 361:

Sem embargo, a Corte Suprema de Justiça, Sala de Cassação Penal, com a relatoria do magistrado Edgar Lombana Trujillo, aprovada por Ata n. 28, de 30 de março de 2006, veio a limitar a rigidez desta norma, estabelecendo “(...) 4.5. Es aquí que, em términos generales, el Juez Penal está em la obligación de acatar el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, em cuanto prohíbe decretar pruebas de oficio, pues se trata de um mandato legal que tiene razón de ser em el sistema acusatorio implementado em Colombia. Sin embargo, cuando por motivos de índole constitucional el Juez arribe a la convicción de que es imprescindible decretar una prueba de oficio, antes de hacerlo debe expresar con argumentos cimentados las razones por las cuales em el caso concreto la aplicación del artículo 361 produciría efectos inconstitucionales, riesgo ante el cual, aplicará preferiblemente la Carta, por ser la ‘norma de normas’, como lo estipula el artículo 4º constitucional”. (...) (JUNOY, 2017, p. 124).

A despeito da mitigação da rigidez do multicitado art. 361 do Código de Processo Penal Colombiano, em nada altera a afirmação de que, no país latino em questão, o princípio que se adota é o acusatório, embora releve o que mais tarde também se verificará no Brasil: as arestas que impedem a efetividade do sistema acusatório.

Já em relação ao Peru, cujo atual Código de Processo Penal data de 2006, tem-se que a Constituição não estabelece expressamente o sistema processual vigente, se acusatório ou inquisitivo ou misto, tal qual a Constituição do México e de Portugal.

Assim, novamente recorreremos aos Professores María Eloísa Quintero e Miguel Polano-Orts, que afirmam ser o sistema acusatório, o sistema processual penal peruano. Após cotejar diversos artigos da Carta Magna peruana, assim assinalam os professores citados:

Como el lector podrá advertir, el texto es claro: la audiéncia preliminar deberá ser oral, concentrada (es decir, com la presencia indispensable de acusación, defensa y juez), contradictoria (así lo disse el n. 3), y em igualdad de armas. Ahora bien, nos preguntamos ? no es el artículo sino un ejemplo – una concretización – de los principios de toda audiéncia de sistema acusatorio? Sin duda. Es más, incluso podría entenderse que dicho artículo es generalmente em un sistema de audiéncia; el ordenamento peruano – hasta donde alcanzo a entender – no lo menciona expressamente. De todas formas, incorporar um sistema es incorporar los elementos que le son propios, sus reglas de funcionamiento, y su autopoiesis. Siendo ello así, y no habiendo uma negación expresa por parte del ordenamento, sólo podemos afirmar que también Perú adopta el sistema de audiéncias y, por ende, las reglas que le son propias: entre ellas, los principios. (POLANO-ORTS; QUINTERO, 2010, p. 26).

Também defende essa tese a doutrina de Joan Picó i Junoy:

De igual modo, no novo Código Processual penal peruano, de 29 de julho de 2004, que entrou em vigor em 1º de julho de 2006, rege o princípio acusatório, sobre a base da nítida separação de funções instrutórias (Ministério Público), de controle da investigação (juiz da investigação preparatória) e decisórias (juiz penal); a devida correlação entre a acusação e a sentença; e a proibição da *reformatio in peius*. (JUNOY, 2017, p. 121).

Como visto, para os autores, se os princípios que norteiam o processo penal peruano são princípios próprios do sistema acusatório, é crível dizer que este é, pois, o norte a ser seguido.

Assim, a oralidade, a concentração da audiência, a separação das funções de acusar e julgar, o contraditório e a paridade de armas são elementos que municiam a afirmação de que o sistema processual penal vigente no Peru é o acusatório.

O processo penal alemão é acusatório, pois, embora o juiz tenha certa discricionariedade para colher elementos de prova que entenda necessários, a ele é vedado iniciar a persecução penal de ofício, pois esta é condicionada ao oferecimento de uma acusação:

Na atualidade, o processo penal alemão está estruturado da seguinte maneira: a) a investigação criminal não é considerada uma fase do processo jurisdicional, já que, com a extinção do juizado de instrução, quem a preside é o Ministério Público; b) o juiz não tem poderes para abrir *ex officio* a fase jurisdicional da persecução penal, que está condicionada ao oferecimento de uma acusação; c) a legitimidade ativa somente está confiada ao Ministério Público; d) o juiz não pode proceder de ofício, mas, após o início do processo, tem liberdade para buscar os elementos que entenda necessários para poder julgar; e) estão previstos os princípios de publicidade, oralidade, igualdade de armas, contraditório, presunção de inocência, *in dubio pro reo*, legalidade e oportunidade; f) o juiz tem liberdade à hora de valorar a prova, sempre expondo os motivos de suas decisões; g) a desobediência às normas processuais pode provocar a nulidade dos atos praticados; e h) possibilidade de recurso contra as decisões proferidas. (ANDRADE, 2013, p. 115).

Por fim, no que tange à Inglaterra e aos Estados Unidos da América, países que adotam o *common law*, a doutrina se divide em apontar que o processo penal possui natureza acusatória ou que pertencente ao *adversary system*.

Todavia, apesar da divergência, não se pode ter o *adversary system* como antítese ao sistema acusatório, senão como uma manifestação mais rígida do sistema acusatório clássico, no qual não somente o processo tem início apenas com o oferecimento de uma acusação, como somente se admite a figura do juiz passivo.

É justamente na atuação do juiz que reside a fundamental diferença entre o sistema acusatório comum e o *adversary system*, porquanto naquele é permitido que o juiz tenha uma atuação mais ativa.

Entre os juristas pertencentes ao direito continental, é comum a afirmação de que o processo penal dos países da Common Law possui natureza acusatória. Entretanto, quando se observa a opinião dos juristas pertencentes à Common Law, nitidamente se abrem duas vias para sua classificação. Para um primeiro grupo, que se soma ao posicionamento de seus companheiros do direito continental, a classificação a ser dada ao seu processo seria a de integrante do sistema acusatório. Mas, para um segundo grupo, cujo entendimento parece ser majoritário, o processo penal inglês e norte-americano seria integrante do *adversary system*, ao invés do sistema acusatório.

Esse sistema se caracteriza pela atuação discricionária das partes no processo penal, tendo ele início somente com o oferecimento de uma acusação. (...).

Apesar da divergência doutrinária, a nosso juízo, essa discussão simplesmente demonstra duas maneiras distintas de ver uma mesma realidade, como quem vê os dois lados de uma única moeda. Se a doutrina processualista continental, conforme veremos, afirma que o sistema acusatório exige, para sua configuração, a presença de uma acusação ou de um acusador distinto do juiz, o que se nota é que o *adversary system* dá como certa essa presença. Mais que isso, ela centra toda a importância de seu processo no modo como irão intervir as partes e o juiz ao longo de seu desenvolvimento. Assim, acusador e acusado adotariam uma postura eminentemente ativa, ao passo que o juiz atuaria como um verdadeiro árbitro ou mediador, deixando toda a atividade probatória a cargo das partes.

Como se pode observar, os dois sistemas têm uma preocupação em comum, que é garantir que a decisão seja proferida por um juiz imparcial. E é exatamente na busca dessa imparcialidade que se pode verificar o que distingue um sistema do outro.

(...)

Estaríamos autorizados a dizer, então, que o *adversary system* seria uma manifestação mais rígida ou tradicional do sistema acusatório clássico, enquanto a participação mais ativa do juiz no processo penal seria considerada como uma evolução ou flexibilização desse sistema, recendo, por isso, o nome de *inquisitorial system*.

Dessa forma, não vemos grandes inconvenientes em afirmar que o *adversary system* e o *inquisitorial system* são duas maneiras distintas de catalogar a uma mesma estrutura sistêmica de processo penal, que recebe, por parte da doutrina processualista continental, o nome de acusatória. (ANDRADE, 2013, p. 112-113).

Como visto, em síntese, seja no sistema acusatório “comum”, seja no *adversary system*, há uma preocupação com a imparcialidade, pelo que é possível afirmar que o sistema processual penal adotado tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos da América é, por assim dizer, acusatório.

A estrutura do processo penal norte-americano é assim definida por Mandarino:

Por ser um sistema misto de *Civil Law* e *Common Law*, importante frisar que o processo judicial norte-americano deve respeitar os princípios de ordem constitucional. São eles:

A repulsa aos aspectos inquisitoriais, vedando o impulso oficial do magistrado (*inquisitorial proceedings*). O relacionamento entre as partes e o juiz é neutro, decidindo o magistrado apenas quando provocado pelo autor ou pelo réu, conhecido no processo civil como *adversary proceedings*. No processo penal, as partes são representadas pelo Ministério Público (*prosecutor*) e pelo acusado (*accused*), conhecido como *accusatory proceedings*. (MANDARINO, 2016, p. 196).

Tem-se, pois, que o sistema processual penal dos Estados Unidos é fortemente acusatório (SOARES, 2014).

Pois bem. Traçado um panorama geral de Direito Comparado, passemos a analisar o sistema processual penal adotado no Brasil, para identificar a adequação da atuação probatória do juiz.

3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO. A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Não há consenso doutrinário sobre qual o sistema processual penal realmente adotado no Brasil, se acusatório, inquisitório ou misto (MANDARINO, 2016). O que se tem é que a Constituição da República normatiza o sistema acusatório, razão pela qual mais parece ser crível dizer a que o sistema processual penal brasileiro deve se amoldar para efetivar o sistema acusatório, do que discutir o que ele é hoje:

No Brasil, o princípio do sistema acusatório, mesmo que com algumas aberrações e contradições, ou seja, de forma mista, já era adotado anteriormente pela legislação infraconstitucional, mas hoje deflui, de forma pura, de princípios processuais inseridos na própria Constituição, mormente ao estabelecer a Carta Magna o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), o princípio do juiz natural e imparcial (art. 5º, LIII, 92 e 126), e, principalmente, a privatividade da promoção da ação penal pública assegurada ao *parquet* (art. 129, I). (LIMA, 2002, p. 35).

Em outras palavras, com olhos voltados à Constituição da República, é possível afirmar que o sistema processual penal a ser efetivado no Brasil é o sistema acusatório (SHCNEIDER, 2014).

Também o novel art. 3º-A⁸ do Código de Processo Penal dispõe expressamente 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.

Todavia, a discussão que ora se trava não perde efeito nem mesmo com a edição da Lei 13.964/2019, que modifica o Código de Processo Penal no ponto citado, na medida em que outros dispositivos que tratam da gestão da prova pelo juiz não foram revogados, conforme se verá adiante.

A Constituição enuncia, implícita ou explicitamente, direitos constitucionais do processo penal por meio de princípios (TÁVORA; ALENCAR, 2012).

⁸ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Os princípios regentes são o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, base sobre a qual todos os direitos e garantias são erguidos e sustentados, e o Princípio do Devido Processo Legal, que é a síntese de todos os princípios indicadores de regularidade do processo penal (ESTEFAM; GONÇALVES, 2017).

Os princípios explícitos são oito:⁹ princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência (art. 5º, LVII); princípio da ampla defesa (art. 5º, LV); os princípios do Júri (art. 5º, XXXVIII); o princípio do contraditório (art. 5º, LV); o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); o princípio da publicidade (art. 5º, XXXIII e LX); o princípio da vedação das provas ilícitas (art. 5º, LVI); e o princípio da legalidade estrita da prisão cautelar (art. 5º, LXI) (TÁVORA; ALENCAR, 2012).

Registre-se que uma das consequências do princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência, disposto no art. 5º, LVII, da Constituição da República, é justamente o ônus da prova cabido à acusação.

Os princípios implícitos são os princípios do duplo grau de jurisdição, do promotor natural, da oficialidade, da intranscendência, da iniciativa das partes e a vedação do duplo processo, ou vedação do *bis in idem* (TÁVORA; ALENCAR, 2012).

⁹ Art. 5º

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXVII - não haverá júri ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem

O princípio implícito da iniciativa das partes indica que compete ao Ministério Público ou ao querelante – nas ações penais privadas – oferecer a ação penal, e não ao juiz.

Portanto, sem ainda problematizar a questão, tem-se que o princípio implícito da iniciativa das partes, que veda ao juiz o início da ação penal, é elemento autorizador a afirmar que o sistema processual penal brasileiro deve buscar ser cada vez mais acusatório.

Diz-se isso porque, como visto em passagens anteriores, o sistema acusatório atual se caracteriza pela imparcialidade do julgador, com a clara distinção entre acusação e defesa; pela oralidade, publicidade do processo (em regra), exigência do contraditório e da ampla defesa, acusação pública, iniciativa probatória das partes, duplo grau de jurisdição, entre outras características (ANDRADE, 2013).

Todos estes são elementos, explícita ou implicitamente, positivados na Constituição da República brasileira. Todavia, mais do que isso, pois, por *acusador diferente de juiz*, ou seja, a nítida separação entre quem acusa e quem julga, se tem o centro gravitacional do sistema acusatório.

As atividades de acusar e julgar devem ser demarcadas a sujeitos distintos, sob pena de não haver julgamento, no sentido estrito da palavra, mas apenas uma mera confirmação da acusação (LOPES JR., 2012).

Como deve haver a clara distinção entre acusação e juiz, o sistema ideal acusatório pressupõe que haja uma acusação para o início do processo. Aqui reside também o chamado princípio acusatório, que impõe que somente um acusador distinto do juiz pode dar início ao processo, elemento constante no princípio implícito da iniciativa das partes (LOPES JR., 2012).

À luz dos princípios constitucionais que regem o processo penal pátrio, alguns autores, a exemplo de Fernando Capez, afirmam não que o sistema acusatório é o sistema a ser perseguido, mas que é o adotado no Brasil, sublinhando, especificamente, que a Autoridade Judiciária não atua como sujeito ativo na produção da prova, ficando a salvo de qualquer comprometimento psicológico prévio:

Como argutamente observa Gianpaolo Poggio Smanio, em seu *Criminologia e juizado especial criminal* (São Paulo, Atlas, 1997, p. 51 e 53), esse modelo processual não padece das mesmas críticas endereçadas aos juizados de instrução, no sentido de que o juiz, ao participar da colheita da prova preliminar, teria a sua parcialidade afetada. É que, no sistema acusatório, a fase investigatória fica a cargo da Polícia Civil, sob controle externo do Ministério Público (CF, art. 129, VII; Lei Complementar n. 734/93, art. 103, XIII, *a a e*) a quem, ao final, caberá propor a ação penal ou o arquivamento do caso. A autoridade judiciária não atua como sujeito ativo da produção da prova, ficando a salvo de qualquer comprometimento psicológico prévio. O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, *caput*, I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII) (*Criminologia*, cit., p. 31-38). É o sistema vigente entre nós. (CAPEZ, 2010, p. 83).

Apesar do quanto anotado por Fernando Capez, é cediço que o arquétipo da legislação processual penal no Brasil confere, sim, ao magistrado amplos poderes, como requisitar a abertura de inquérito policial, bem como poderes instrutórios, como ouvir testemunhas não arroladas pelas partes, razão pela qual também se diz que vigora no Brasil um sistema acusatório com traços de inquisitivo (TOURINHO FILHO, 2012).

Para Tourinho Filho (2012), o nosso sistema acusatório possui “laivos de inquisitivo”, na medida em que permite ao juiz decretar prisão preventiva de ofício, ser destinatário de representação, determinar a realização de diligências, entre outras medidas:

No Direito pátrio, o sistema adotado, pode-se dizer, não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes. Na verdade, pode o Juiz requisitar abertura de inquérito (art. 5º, II, do CPP); decretar de ofício prisão preventiva (art. 311, do CPP); conceder *habeas corpus* de ofício (art. 654, §2º, do CPP); ser destinatário da representação (art. 39, do CPP); ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes (art. 156, I, do CPP); determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências, para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, II, do CPP); ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes (art. 209 do CPP) e, inclusive, as referidas pelas testemunhas (§1º do art. 209 do CPP) etc. (TOURINHO FILHO, 2012, p. 118-119).

Observe-se, entretanto, que, se antes era facultado ao juiz decretar a prisão preventiva *ex officio*, se no curso da ação penal, após a edição da Lei 13.964/2019, tal possibilidade não é mais vigente, eis que agora, seja no curso do inquérito ou da ação penal, a prisão preventiva somente pode ser decretada se a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

E ainda que formalmente a Lei 13.964/2019 tenha feito constar no art. 3º-A¹⁰ do Código de Processo Penal que o processo terá estrutura acusatória, restam, porém, as citadas possibilidades de o juiz ser destinatário da representação (art. 39, do CPP),¹¹ requisitar abertura de inquérito (art. 5º, II, do CPP),¹² ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes (art. 156, I, do CPP),¹³ ainda que antes de iniciada a ação penal, bem como determinar a realização de diligências, ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes, entre outras possibilidades.

Também Jardim (2000, p. 45) afirma que o Brasil adota o sistema acusatório, malgrado mantenha elementos do sistema inquisitivo, pelo que afirma que a nossa tendência legislativa é a de “purificar ao máximo o sistema acusatório, entregando a cada um dos sujeitos processuais funções não precípuas, mas absolutamente exclusivas (...)”.

Essa tendência legislativa aduzida por Jardim no início dos anos 2000 se confirmou com a reforma processual de 2008, mas no que parece ter sido um movimento não tão arrojado como se esperava. Igualmente, a tendência se confirmou com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019.

¹⁰ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

¹¹ Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

¹² Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

¹³ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Por exemplo, a Lei n. 11.690/2008 alterou o art. 212¹⁴ do Código de Processo Penal para que as partes possam fazer perguntas diretamente à testemunha, quando antes as perguntas das partes eram requeridas ao juiz; todavia, criou Parágrafo único para permitir que, sobre os pontos não esclarecidos, o juiz possa complementar a inquirição.

Parece haver, no particular, o receio de que, ao afastar ao máximo o juiz da produção da prova, perca-se o norte da bússola que guia o processo à descoberta da chamada verdade real, sobre a qual também falaremos.

Como dito, outro exemplo de tendência legislativa para a efetivação do sistema acusatório é a supressão da possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício no curso da ação penal, havida no contexto da Lei 13.964/2019. E não só: a dicção expressa de que o processo penal terá estrutura acusatória, art. 3º-A do Código de Processo Penal.¹⁵

Ainda assim, permaneceram intactos outros elementos indicadores dos resquícios de inquisitorialidade no sistema brasileiro, o que confirma a tese de timidez das reformas legislativas.

Por isso mesmo, o professor carioca afirma textualmente que “O processo penal brasileiro adota o sistema acusatório moderno, mantendo, entretanto, alguns resquícios do inquisitorialismo e preservando a acusação privada para casos restritos” (JARDIM, 2000, p. 47).

Na mesma linha de intelecção, Ambos e Lima (2009), já após a reforma processual de 2008, nominaram o sistema processual brasileiro como um processo acusatório inquisitorial, pois, embora haja a separação entre as funções de acusar e julgar (pelo que a acusação somente se inicia por impulso do Ministério Público ou do ofendido, em casos específicos), persistem os elementos inquisitivos do inquérito e, principalmente, o poder do juiz em buscar a prova no processo:

¹⁴ Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

¹⁵ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

(...) o elemento acusatório é mais identificado na função e na posição que ocupa o Ministério Público, como única autoridade que pode iniciar o processo e que formula a acusação, ficando ainda elementos inquisitivos no inquérito e no fato de o juiz poder buscar a prova no processo. Assim, tal qual o processo alemão, pode-se dizer que o processo brasileiro hoje é um processo acusatório – em sentido estrito – mas ainda com elementos inquisitivos, podendo também ser chamado de um *processo acusatório inquisitorial*.

E dentro do tema da prova, verificamos esta realidade, pois no Brasil o Estado, através da polícia, ou outra autoridade, que pode ser o Ministério Público, busca a prova (a diferença do processo alemão é a de que não temos o juiz de instrução) na fase preliminar, sendo que o juiz, de forma supletiva, também pode buscar a prova em juízo (agora o juízo oral).

Portanto, dentro da estrutura dos três sistemas mundiais, elaboradas por Kai Ambos, o Brasil também se situa de certa forma no primeiro, que é um “procedimento inquisitivo-acusatório”, no qual o órgão judicial intervém na obtenção das provas, porque o processo é direcionado ao esclarecimento dos fatos e no qual o juízo oral pode se preparar ou se embasar sobre a base daquilo que consta nos autos relativos à instrução preliminar, utilizando matizes maiores do sistema acusatório (sistema que de jeito ou outro é adotado em Alemanha, França, Países Baixos, Áustria e Portugal). (AMBOS; LIMA, 2009, p. 66-67).

A aparente tensão entre as normas infraconstitucionais e a Constituição da República, contendo aquelas traços de sistema inquisitivo em ordenamento que a Constituição quer acusatório, cria essa idiosincrasia no direito processual penal brasileiro, razão pela qual há quem identifique nosso sistema como misto (COUTINHO, 2009).

Todavia, a inexistência hodierna de sistemas processuais puros mitiga a ideia de um sistema misto, sob pena de considerarmos todos os sistemas vigentes como assim sendo (COUTINHO, 2009).

Sobre o sistema misto, já foi dito em passagem anterior que, neste contexto, o processo se torna mera repetição do inquérito, pois o que existiria seria um discurso que apenas “requeenta” a prova policial quando do julgamento (LOPES JR., 2009).

Também decorrem da prática forense algumas críticas ao chamado sistema misto, porquanto as perguntas feitas em audiência de instrução são meramente para confirmar o que foi dito durante o inquérito policial:

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazido integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase. (...) Enquanto não tivermos um processo verdadeiramente acusatório, do início ao fim, ou, ao menos, adotarmos o paliativo da exclusão física dos autos do inquérito policial de dentro do processo, as pessoas continuarão sendo condenadas com base na “prova” inquisitorial, disfarçada no discurso do “cotejando”, “corroborando”... e outras fórmulas que mascaram a realidade: a condenação está calcada nos atos de investigação, naquilo feito na pura inquisição. (LOPES JR., 2009, p. 71-72).

Tomando por base a ideia de princípio unificador, Coutinho (2001, p. 29) sustenta que o sistema misto é essencialmente inquisitório e, portanto, ao fim e ao cabo, o sistema do processo penal brasileiro é inquisitório, “porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”.

Para o multicitado autor, a gestão da prova a cargo do juiz macula o sistema brasileiro por este caráter inquisitório.

À mesma conclusão chega Khaled Jr. (2016, p. 136), para quem “não pode haver mais dúvidas de que a abertura de poderes para que o juiz produza provas representa uma porta aberta para a reprodução da patologia inquisitória”.

Tal concepção é complementada pela ideia firmada por Prado (2006, p. 141), de que, quando “o juiz se dedica a produzir provas de ofício, se coloca como sujeito ativo do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada.”

Em verdade, como dito na abertura deste tópico, diante de tanta divergência doutrinária, nos parece mais importante do que caracterizar o sistema processual penal brasileiro, identificar os elementos que lhe afastam do mandamento constitucional, pois se a matriz constitucional preleciona o sistema pátrio como sendo acusatório, devem-se buscar meios para assim torná-lo, efetivamente.

Giacomolli (2016), analisando o processo penal brasileiro, parece chegar à mesma conclusão. Para o autor, o nosso processo penal não guarda a essência de nenhum dos modelos históricos, puramente considerados.

O que há, efetivamente, é um choque entre o que preleciona a Constituição da República – que determina o modelo acusatório, e a normativa infraconstitucional, que aliada à prática forense, insiste numa perspectiva inquisitorial:

(...) O nosso modelo atual não guarda a essência dos modelos históricos: acusatório, inquisitivo e nem do adversarial. Verifica-se um choque doutrinário e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro entre normatividade ordinária, sufragada pelas práticas forenses de perspectiva inquisitorial, e a normatividade constitucional e convencional. Embora o modelo processual, a partir dos acordos internacionais ratificados pelo Brasil, e da Constituição Federal seja o acusatório, a legislação ordinária e as práticas judiciais ainda persistem nas matrizes inquisitoriais e totalitárias do processo penal. (GIACOMOLLI, 2016, p. 97).

Devem ser, pois, identificados na norma infraconstitucional e na prática forense os traços inquisitoriais com fins de reformá-los, conferindo efetividade ao texto fundamental do país, afinal de contas não conferir efetividade ao texto constitucional é retrocesso impensável no Estado Democrático de Direito. Como anotaram Callegari e Giacomolli (2012, p. 16), a supressão das garantias constitucionais fomentam a “metodologia do terror, repressiva de ideias, de certo grupos de autores, e não de fatos”.

Entre esses traços inquisitivos, conforme já foi dito anteriormente, estão, mesmo após as reformas havidas em 2008 e em 2019, com a edição das Leis 11.690 e 13.964, respectivamente, a possibilidade de o juiz ser destinatário da representação.

Igualmente, encerram fatos que autorizam dizer que a legislação infraconstitucional está em desacordo com a Constituição da República acerca da efetivação do sistema acusatório, estão os dispositivos atinentes à elucidação dos fatos – a busca da prova, por parte do juízo –, tais como a possibilidade de o juiz requerer a abertura de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP),¹⁶ ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, e determinar, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, a

¹⁶ Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

(...)

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

realização de diligências, para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, I, II, do CPP),¹⁷ ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes e, inclusive, as referidas pelas testemunhas (art. 209, §1º do CPP).¹⁸

É certo que a edição das Leis 11.690/2008 e 13.964/2019 buscaram depurar o sistema. Mas, como dito alhures, não tocaram em pontos essenciais da busca pela efetivação do sistema acusatório, tal qual o disposto nos arts. 156¹⁹ e 209²⁰ do Código de Processo Penal, dispositivos capitais quanto ao tema gestão da prova.

No caso da Lei 13.964/2019, sobreveio agravante. Conquanto ela tenha introduzido, no cenário jurídico brasileiro, o chamado Juiz das Garantias, alterando substancialmente as diretrizes da conexão entre investigação e ação penal, teve sua aplicação suspensa pelo Supremo Tribunal Federal.²¹

3.1 A Lei 13.964/2019 e o juiz das garantias

Entre outras medidas, a Lei 13.964/2019, logo apelidada de “pacote anticrime”, trouxe substanciais alterações também no Código de Processo Penal, como foi explanado alhures, inclusive dispendo expressamente, no art. 3º-A, que o Processo Penal brasileiro passaria a ter estrutura acusatória.

Todavia, diversos dispositivos marcadamente inquisitivos permaneceram inalterados. Por exemplo, permaneceram as possibilidades de o juiz ser destinatário da representação (art. 39, do CPP), requisitar abertura de inquérito (art. 5º, II, do CPP), ordenar a produção antecipada

¹⁷ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

¹⁸ Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.
§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

¹⁹ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

²⁰ Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.
§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6298 MC**. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão Proferida pelo Ministro Vice-Presidente. Julgado em 22/01/2020. Publicado em DJe-019 03/02/2020.

de provas consideradas urgentes e relevantes (art. 156, I, do CPP), ainda que antes de iniciada a ação penal, bem como determinar a realização de diligências, ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes, entre outras possibilidades.

Nesse pêndulo de avanços e retrocessos, ainda que não tenha mexido nos arts. 156 e 209 do Código de Processo Penal, que tratam da gestão da prova, a Lei 13.964/2009 introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, a figura do juiz de garantias, fato que retrata o compromisso do legislador em efetivar a estrutura acusatória do Processo Penal brasileiro.

No mesmo sentido, já advertiu Pedro Bertolino quando se referiu à adoção do juiz de garantias no ordenamento processual em Buenos Aires:

El juez de garantias es una figura clave para entender mejor el nuevo sistema procesal penal bonaerense; expresado de otra manera: su justa comprensión abre, por lo pronto, una amplia puerta para visualizar la estructura y las finalidades del conjunto sistemático adoptado por el legislador provincial. (BERTOLINO, 2000, p. 3).

Entre os autores nacionais, destacamos o quanto sublinhou Priscilla Plascha Sá:

A figura do juiz das garantias – dissociada completamente daquela do juiz do processo – é o assento da busca por um efetivo e não mais mitológico sistema acusatório, com estrutura (inclusive, principiológica) que o sustente, para se consagrar no processo penal o modelo democrático; afastando a possibilidade de, nesta fase, existir iniciativa probatória do juiz e preservando assim seu distanciamento a fim de evitar influência na formação dos elementos que venham a configurar ou antecipar a pretensão de quem quer que seja. (SÁ, 2010, p. 160).

Não parece ter sido por outra razão que expressamente consta na Exposição de Motivos do PLS 156/2009 – projeto do novo Código de Processo Penal, o qual descreve o juiz das garantias ora encampado pela Lei 13.964/2019 –, que há suma importância em “se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes”.

A Comissão de Juristas faz anotar que, para “a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor”. E continua a exposição de motivos:

Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.²²

O Juiz das Garantias decorre, pois, do princípio acusatório, na medida em que se evita que o juiz do processo não seja o mesmo juiz que monitora a investigação, preservando ao máximo a imparcialidade do juiz do processo. A finalidade do juiz das garantias, portanto, é impedir que o juiz que proferirá a sentença seja contaminado com as provas produzidas sem o contraditório e a ampla defesa. (MARRAFON, 2010).

O Chile adota a figura do Juiz de Garantias, destacando-se que a reforma do Código de Processo Penal recebeu amplo apoio da magistratura, “tendo-se investido fortemente em capacitação de magistrados e servidores para atuar da melhor forma possível dentro da lógica acusatória” (CARVALHO; MILANEZ, 2020, p. 35).

Todavia, a efetivação do juiz de garantias no Brasil será adiada, pois por meio de decisão cautelar proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305,²³ o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, afirmou que a implementação do juiz das garantias é uma questão complexa que exige a reunião de melhores subsídios que indiquem os reais impactos para os diversos interesses tutelados pela Constituição Federal, entre eles, o devido processo legal, a duração razoável do processo e a eficiência da justiça criminal. O Ministro levou em consideração também o impacto financeiro da medida.

²² BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 156, de 2009**. Disponível em: BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 156/2009. Acesso em: 5 jun. 2020.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6298 MC**. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão Proferida pelo Ministro Vice-Presidente. Julgado em 22/01/2020. Publicado em DJe-019 03/02/2020.

Eis a parte dispositiva da decisão liminar:

Ex positis, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, com as vênias de praxe e pelos motivos expostos: (a) Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, (a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e (a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, § 5º, do Código de Processo Penal); (...). Nos termos do artigo 10, § 2º, da Lei n. 9868/95, a concessão desta medida cautelar não interfere nem suspende os inquéritos e os processos em curso na presente data. Aguardem-se as informações já solicitadas aos requeridos, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. Após, retornem os autos para a análise dos pedidos de ingresso na lide dos *amici curae* e a designação oportuna de audiências públicas. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 22 de janeiro de 2020. (grifos nossos)²⁴

A suspensão da implantação do juiz das garantias, bem como da aplicabilidade do próprio artigo 3-A do Código de Processo Penal, significa mais um momento na história nacional em que a lei parece que terá de se adaptar à realidade que pretende mudar.

A maior inovação processual penal trazida pela Lei 13.964/2019 – que é o juiz das garantias –, na subida da longa ladeira rumo à efetivação do sistema acusatório, está suspensa pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto a isso, assim provocou Lênio Streck

Resta, ao final, uma — irônica — pergunta: A nova lei estaria pecando por cumprir em demasia a Constituição? Seria uma hiperconstitucionalização? Tratar-se-ia, ao lado do neo-inconstitucionalismo, de uma nova “teoria”? No Brasil, cumprir demais os ditames da Carta, provocando desagrado a determinados agentes e intérpretes, acarretaria, paradoxalmente, a sua violação? Chegamos a este ponto? (STRECK, 2020, p. 3-4)

Não temos como não concordar com Streck, posto que a multicitada decisão do Ministro Fux significa um verdadeiro “banho de água fria” nas pretensões acusatórias do legislador. E mais: significa que não há um engajamento da magistratura e do Ministério Público em aceitar uma mudança na mentalidade inquisitorial.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6298 MC**. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão Proferida pelo Ministro Vice-Presidente. Julgado em 22/01/2020. Publicado em DJe-019 03/02/2020.

Como observam Carvalho e Milanez (2020), enquanto no Brasil, logo após a edição da Lei 13.964/1990, a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação de Juízes Federais (AJUFE) ingressaram com Ação Direta de Inconstitucionalidade, impugnando especificamente o juiz de garantias, no Chile a adoção do instituto teve amplo apoio da magistratura:

No Brasil, por seu turno, verifica-se uma forte resistência de setores da magistratura – e também do Ministério Público – no que tange à figura do juiz de garantias e, de forma mais ampla, quanto a reformas que contemplem ideais acusatórios no processo penal.

Com efeito, após a sanção presidencial à Lei 13.964/19, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juízes Federais (AJUFE) ingressaram com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6.298), impugnando especificamente a criação do juiz de garantias e pretendendo o reconhecimento da inconstitucionalidade dos arts. 3-A a 3-F, introduzidos pela Lei 13.964/19 no CPP99, em posição de forte resistência quanto ao instituto. Essa disparidade de posições institucionais entre a magistratura chilena e a brasileira serve não apenas como critério de distinção entre a forma de compreensão do instituto de juiz de garantias nos dois países, mas também é importante para recordar, sempre, que as reformas legislativas devem sempre estar atreladas à mudanças de práticas. Se a inserção do juiz de garantias no Brasil não vier acompanhada de uma verdadeira abertura das instituições para o novo, como ocorreu no Chile, corre-se o risco de que com os arts. 3-A a 3-F, inseridos no CPP/41 pela Lei 13.964/2019, mudem-se as coisas e para que tudo fique como sempre esteve. (CARVALHO; MILANEZ, 2020, p. 35-36).

Não se pode perder de vista que, em termos de processo penal, a história “revela a conjunção carnal entre o modelo político instituído e o sistema processual posto a marchar” (MELCHIOR, 2013, p. 140).

Nas palavras de Luiz Lenio Streck e Rafael Tomaz Oliveira, um Estado Democrático de Direito depende da concretização das garantias processuais constitucionais e infraconstitucionais:

Um Estado Democrático de Direito apenas sobrevive, em todo seu esplendor, na medida em que as garantias processuais penais consagradas no texto das Constituições e das leis processuais têm sua concretização devidamente realizada pelos Tribunais” (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p. 104).

A esse respeito, no Chile, anotam Carvalho e Milanez (2020) que:

O amplo consenso quanto à democratização do processo penal – verdadeira questão de política pública e não apenas de mera administração da justiça – possibilitou uma forte introjeção dos ideais acusatórios no processo penal chileno, podendo-se perceber que, além da modificação legislativa, buscou-se uma ampla modificação de práticas e de mentalidade. (CARVALHO e MILANEZ, 2020, p. 35)

Na experiência chilena, o instituto do juiz de garantias “não é somente uma nova etapa do procedimento, mas, antes, um novo modelo de justiça, no qual os direitos do acusado importam, cabendo ao juiz de garantias zelar por eles” (CARVALHO; MILANEZ, 2020, p. 11).

Caberá, então, ao juiz de garantias chileno comprovar desde a legalidade da prisão e, uma vez formulada a acusação, controlar a correção de seus vícios formais, passando pela decisão quanto à produção antecipada de provas requeridas pelas partes (CARVALHO; MILANEZ, 2020). No caso brasileiro, pela dicção do art. 3º-B²⁵ do Código de Processo Penal

²⁵ Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

- I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal;
- II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;
- III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;
- IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal
- V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;
- VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;
- VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;
- VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;
- IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
- X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
- XI - decidir sobre os requerimentos de:
 - a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
 - b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;
 - c) busca e apreensão domiciliar;
 - d) acesso a informações sigilosas;
 - e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;
- XII - julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;
- XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;
- XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

– de aplicabilidade suspensa,²⁶ repita-se –, o juiz de garantias é o juiz responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

Compete ao juiz das garantias, entre outros procedimentos, receber a comunicação imediata da prisão, fazer o controle da legalidade da prisão em flagrante, zelar pela observância dos direitos do preso, inclusive determinando que ele seja conduzido à sua presença; e mais: ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal, decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar.

Também compete ao juiz das garantias, na forma do disposto no Código de Processo Penal brasileiro, após a edição da Lei n. 13.964/2019, decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis; prorrogar, substituir ou revogar prisão provisória ou outra medida cautelar; prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso; determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação.

Para além disso, competirá ao juiz das garantias, em substituição ao juiz do processo, decidir sobre requerimentos de interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou outras formas de comunicação; afastamento dos sigilo fiscal, bancário, de dados e telefônico; busca e apreensão domiciliar; acesso a informações sigilosas, etc.

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

§ 1º (VETADO). § 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6298 MC**. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão Proferida pelo Ministro Vice-Presidente. Julgado em 22/01/2020. Publicado em DJe-019 03/02/2020.

Trata-se, portanto, de tentativa legislativa no sentido de evoluir na depuração do sistema processual penal brasileiro, de forma a torná-lo cada vez mais coerente com o sistema acusatório preconizado na Constituição da República.

Busca-se, dessa forma, impedir que o juiz do processo seja contaminado com as provas produzidas sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, de modo a julgar a causa com mais rigores de imparcialidade. Não por outra razão fica defeso, ao juiz que de qualquer forma praticar atos incluídos nas competências do juiz das garantias, funcionar no processo. O Juiz das Garantias é, portanto, o “responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela das liberdades públicas, ou seja, das inviolabilidades pessoais/liberdades individuais frente à opressão estatal, na fase pré-processual” (CASARA, 2010, p. 170).

O sistema acusatório está, portanto, umbilicalmente ligado ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Diz-se isso porque o sistema processual penal acusatório é real mecanismo de limitação ao poder punitivo do Estado, atuando no controle do comportamento do juiz, nas palavras de Antonio Pedro Melchior:

Trata-se de perceber um processo penal vocacionado e concebido como um verdadeiro mecanismo de contenção e regulação do próprio exercício do poder punitivo, o que inclui atuar, na medida do possível, como interdição ao comportamento inconsciente do julgador.

Um sistema processual democrático estabelece o local do julgador, na medida em que fortalece o diálogo contraditório das partes e o fardo probatório que recai sobre o órgão da acusação. Esta é a principal estratégia de regulação do poder punitivo estatal que o julgador apresenta.

A sua exclusão da tarefa de manipular o fato histórico, gerindo a prova que ingressa no processo (e que posteriormente será objeto de sua valoração), torna-se assim um mecanismo fundamental de interdição à sua própria economia psíquica inconsciente, frequentemente mais comprometida com uma hipótese punitiva – desdobramento do lugar que seu discurso assumiu no processo penal contemporâneo, concebido como instrumento de uma “guerra contra o crime”. (MELCHIOR, 2013, p. 141).

Em sua dissertação de mestrado intitulada “Do Inquisitorialismo à Consolidação do Sistema Acusatório no Brasil: uma análise crítica das soluções qualitativas diante da transição inacabada do Estado Democrático de Direito”, Gabriela Schneider aponta que não é por acaso que o sistema acusatório surgiu no Brasil de forma concomitante com a aquisição de direitos civis, políticos e sociais:

O fato de o sistema processual penal acusatório ter surgido no país concomitantemente com a aquisição de direitos civis, políticos e sociais de forma inédita, não é mero acaso. Existe uma relação íntima do sistema processual penal e o processo de aquisição histórico de direitos no país, o que encaminha o debate processual penal para a própria transição do Estado Democrático de Direito e para uma compreensão ampla sobre o sistema acusatório. (SCHNEIDER, 2014, p. 120).

A busca pela efetivação do sistema processual penal acusatório é também a busca pela consolidação do Estado Democrático de Direito. “É por isso que a gestão da prova pelo juiz é uma questão tão delicada e um problema tão genuinamente democrático”. (MELCHIOR, 2013, p. 140-141).

É claro que a gestão da prova não é o problema mais delicado no sentido de consolidar o sistema acusatório e, por conseguinte e vice-e-versa, fortalecer o Estado Democrático de Direito, mas é o ponto sobre o qual o presente trabalho concentra luzes.

De todo modo, mesmo após a edição da Lei 13.964/2009, que estabelece expressamente 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, nada mudou em relação à possibilidade de o juiz requerer a abertura de inquérito policial; ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes; determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante; ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes e, inclusive, as referidas pelas testemunhas, entre outras medidas.

3.1.1 O art. 3º-A revogou artigos do CPP relativos à iniciativa probatória do juiz?

Um ponto que não pode passar ao largo é saber se a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que introduziu o art. 3º-A no Código de Processo Penal para dizer expressamente que o processo penal brasileiro passou a ter estrutura acusatória, não teria revogado múltiplos artigos do referido Código – a exemplo dos arts. 5º, inciso II, 39, 156, inciso I, 209, 209, § 1º, e 385 – e, no caso da legislação especial, também o art. 3º da Lei 9296, de 24 de julho de 1996, ou seja, aqueles pertinentes à iniciativa probatória do juiz ou à transgressão de dispositivos outros incompatíveis com o sistema preconizado no referido art. 3º-A.

A resposta ao questionamento passa inexoravelmente pela constatação dos elementos fixos identificadores dos dois principais sistemas examinados ao longo do estudo. No caso do sistema inquisitivo, de princípio inquisitivo, o caráter prescindível de um acusador distinto do juiz e a instauração do processo por acusação, *notitia criminis* ou de ofício. No mesmo rastro, o sistema acusatório, de princípio acusatório, traz como elementos fixos a obrigatória separação entre acusador e julgador e a forma de iniciar o processo.

Nota-se que a gestão da prova pelo juiz, embora funcione como elemento diferenciador entre os dois sistemas, talvez o mais importante de todos, não funciona como o único marco disruptivo entre um e outro. Então, os artigos do Código de Processo Penal que admitem a iniciativa probatória do juiz permaneceriam, em princípio, inalterados no ordenamento jurídico brasileiro, criando uma antinomia própria entre a Constituição Federal e o Código de Processo Penal perfeitamente passível de discussão em sede de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ou em caráter incidental.

Nessa linha de intelecção, igualmente, não se pode perder de vista que autorizada doutrina onde se coloca a gestão da prova como o único elemento diferenciador dos sistemas, como é possível aferir pela leitura de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

Assim, para a devida compreensão do Direito Processual Penal, é fundamental o estudo dos sistemas processuais, quais sejam, inquisitório e acusatório, regidos, respectivamente, pelos referidos princípios inquisitivo e dispositivo. Destarte, a diferenciação destes dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério de gestão da prova. Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução de um fato pretérito crime, através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador. Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órfão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao julgador. (...) Já no sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de *judge made law*). (COUTINHO, 2001, p. 28).

Conforme o raciocínio da doutrina antes destacada, a iniciativa probatória do juiz no processo penal estaria vedada desde o advento da Constituição Federal de 1988, e isso é perfeitamente explicável. Como se viu, mesmo antes da entrada em vigor da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, os núcleos fundantes e fixos do sistema acusatório achavam-se, como se acham, presentes na Carta Magna, isso porque é nítida a separação entre o órgão julgador e o de acusação, bem como resta vedada ao julgador a possibilidade de dar início ao processo, situações contidas no art. 129, inciso I, da Constituição Federal.

Se, antes, doutrina e jurisprudência²⁷ não discrepavam quanto à estrutura acusatória do processo penal brasileiro, com o advento do art. 3º-A do Código de Processo Penal, tornou-se ociosa a discussão em torno de tal questão (sistema acusatório). Voltando os olhares para o foco central da presente investigação – a gestão da prova pelo juiz no processo penal –, a matéria estaria superada, no sentido de se entender como presente a total vedação de tal iniciativa ao juiz.

Dois outros pontos remanescem: admitir-se que a gestão da prova não é o único elemento diferenciador entre o sistema inquisitivo e acusatório e a segunda parte do art. 3º-A do Código de Processo Penal com a determinação de que são vedadas ao juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação. Com isso, luzes precisam ser acesas tendo como foco os artigos do Código de Processo Penal que autorizam a iniciativa probatória do juiz “no curso da instrução”, a exemplo dos arts. 156, inciso II, e 209, *caput* e Parágrafo único.

Dada a cultura jurídica inquisitória arraigada no consciente e no inconsciente do coletivo e das práticas jurídicas brasileiras, em momento em que ideais progressistas perdem espaço para o conservadorismo, onde o punitivismo penal constitui seu traço marcante, não enxergamos para o futuro facilidades de se entender que a segunda parte do sempre mencionado art. 3º-A do Código de Processo Penal estará, por assim dizer, absorvida pela amplitude da primeira parte, conforme antevisão de Vinícius Assumpção:

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.104-MC**. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgamento 21/05/2014. DJe 30.10.2014.

É relevante notar – e nisso reside um dos grandes problemas das mudanças legislativas pontuais – que a nova Lei não se encarregou de revogar dispositivos do CPP que são diretamente incompatíveis com o sistema acusatório. Além disso, percebe-se que a redação do art. 3º-A poderia ser mais explícita, considerando que estabelece a estrutura acusatória do processo penal, mas ressalta com mais ênfase a *fase de investigação*, quando se sabe que há dispositivos que permitem a iniciativa do juízo também na fase processual – esses entendemos superados por força da segunda parte do art. 3º-A. Em função da matriz constitucional que prevê a titularidade de acusação como privativa do Ministério Público (art. 129, I, CF/88) e o novel dispositivo do CPP (art. 3º-A), toda a persecução penal – fase investigativa e processual – deve-se pautar pela estrutura acusatória. Com isso, não há mais espaço para os poderes instrutórios do juízo no processo penal brasileiro, o que, aliás, também se depreende da parte final do dispositivo, quando se refere à impossibilidade de substituição da atuação probatória do órgão de acusação (art. 3º-A, *in fine*, do CPP). ASSUNÇÃO, 2020, p. 49).

Se confirmada a interpretação jurídica mais sólida de Vinícius Assumpção, finda estaria no particular a antinomia própria entre os dispositivos da Constituição Federal e a legislação infraconstitucional.

Os Procuradores da República Francisco Dirceu Barros e Vladimir Aras, em artigo intitulado “O Princípio Acusatório no Processo Penal”, trazem relevantes informações no que tange à imparcialidade do julgador e à interferência indevida deste “na condução de uma causa criminal”, à luz dos princípios regentes do sistema acusatório:

Também no campo da *soft law*, vale lembrar que, nos Princípios de Bangalore sobre Conduta Judicial, de 2001, no âmbito do valor “imparcialidade”, a regra 2.2 reforça o modelo acusatório de separação de funções no processo penal, ao recomendar que a “interferência constante” na condução de uma causa criminal deve ser evitada. De fato, o comentário 63 aos Princípios diz que: “63. Um juiz tem o direito de fazer perguntas visando clarificar os assuntos. Mas se interfere constantemente e virtualmente, assumindo a condução de um caso civil ou o papel de persecução em um caso penal, e usa os resultado de seu próprio questionamento para chegar a uma conclusão no julgamento do caso, o juiz se torna advogado, testemunha e juiz ao mesmo tempo, e o litigante não recebe um julgamento justo”. (BRASIL, Ministério Público Federal, 2020, p. 120.)

Ecos da reforma pontual levada a efeito no Código de Processo Penal, trazendo consigo, quiçá em definitivo, o começo da verdadeira implantação do sistema acusatório no Brasil, começam a surgir aqui e ali na jurisprudência. Em decisão recente no Habeas Corpus 160.496 do Supremo Tribunal Federal, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, ainda em caráter provisório, datada de 4 de setembro de 2020, confluíram-se ao entendimento naquele caso específico o seguinte:

O comportamento revela a adoção de postura ativa na produção probatória, visando suprir a ausência de provas produzidas pela parte. Embora os artigos 156, inciso II, e 209 do Código de Processo Penal possibilitem a iniciativa do Juiz, tem-se que esta há de estar voltada a dirimir dúvida. Contraria a organicidade do Direito atuar em função do Estado acusador.

Com todas as reservas de se estar diante de uma decisão provisória e monocrática, ela traz consigo uma quase sutilidade a respeito da revogação ou não dos arts. 156, inciso II, e 209 pelo art. 3º-A do Código de Processo Penal, particularidade que possui imenso significado para a presente investigação. É que, na sobredita decisão, fica explícito o convencimento do julgador de que tais artigos estão em vigência quando se diz que “possibilitem a iniciativa do juiz”, ainda para adiante restringi-los a dissecação de dúvidas.

Como dito alhures, o caminho para a efetivação do sistema acusatório perpassa por uma série de fatores, alguns sem nenhuma base científica, a exemplo dos tais costumes e práticas judiciárias. Sem se avançar nos direitos políticos, econômicos, sociais e no aperfeiçoamento permanente do Estado Democrático, de nada adiantarão modificações pontuais na legislação, afinal cada sistema processual penal afigura-se como o rosto de cada regime político: se democrático, haverá de prevalecer o sistema acusatório; se autoritário, o sistema inquisitivo.

4 A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ PENAL COMO ENTRAVE À EFETIVIDADE DO SISTEMA ACUSATÓRIO

A função do juiz é certamente um dos temas de maior relevância na filosofia do direito, pois guarda estreita relação com o dizer a justiça. Não é outro senão o magistrado quem aplica a norma positiva com tamanha legitimidade que não pode ser revista por outro Poder que não o próprio Poder Judiciário.

A atuação do magistrado não pode ser movida por paixões ou interesses, sendo-lhe exigível que seja um eterno vigilante de si mesmo, absolutamente concentrado nas provas de que dispõe e no arcabouço normativo.

Narrando o pensamento de Santo Tomás de Aquino, Almeida e Bittar fazem anotar que:

O julgamento do juiz é legítimo à medida que não espelha um julgamento que procede de sua escolha pessoal, mas que se baseia em conhecimentos decorrentes de sua experiência profissional, em testemunhas, em provas... Ademais, não pode o juiz exigir mais do que o devido das pessoas que inquire; tudo deve ser feito nos estreitos limites da lei. O procedimento básico de efetivação da Justiça feito pelo juiz deve valer-se de provas, das testemunhas, da experiência... Se, porém, esses dados forem insuficientes, deve o juiz absolver o julgado por carência de elementos de juízo. (ALMEIDA e BITTAR, 2010, p. 263).

No sistema acusatório, o julgador deve se colocar entre as partes, mas além de seus interesses, cuidando para agir com absoluta imparcialidade:

A imparcialidade do julgador apresenta-se como consequência lógica da adoção da heterocomposição, através da qual um terceiro imparcial substitui a autonomia das partes, exatamente a posição que o Estado ocupa no processo por via do juiz.

(...)

No modelo acusatório, o julgador, como representante do Estado-juiz, deve colocar-se entre as partes e além do interesse delas. Deve agir imparcialmente para bem conceder a prestação jurisdicional. Para tanto, são-lhe asseguradas certas garantias (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos), mas também lhe são vedadas certas atitudes, como o exercício da atividade político-partidária, o recebimento de participações no processo ou o exercício de outra profissão (exceto uma de magistério), tudo isso buscando-se assegurar a sua maior independência e imparcialidade. (SILVA, 2005, p. 80-81).

Todavia, para além das vedações citadas por Danielle Souza de Andrade e Silva , bem como da eterna vigília e autocrítica imposta aos magistrados, os resquícios inquisitoriais evidenciados no sistema processual penal brasileiro, ao arrepio do comando constitucional, são fissuras na armadura da imparcialidade.

Sobre a falta de limites ao poder instrutório do juiz, assim se manifesta Manuel Miranda Estrampes:

Las facultades de iniciativa probatoria autónoma del Tribunal pueden incidir en el contenido del cuadro probatorio sobre el que se construirá el juicio fáctico. Esta incidencia, en la medida en que sea fruto de un uso desmedido por parte del juez o Tribunal, puede exceder de los límites impuestos por el reconocimiento del derecho a un juez imparcial, como garantía integrante del derecho a un proceso debido. (ESTRAMPES, 2013, p. 3).

No processo penal brasileiro, se tem que o juiz é elevado “ao ápice da pirâmide, o protagonista, o condutor do sistema, do processo. Assim, justificam-se seus poderes instrutórios, seu agir *ex officio*” (GIACOMOLLI, 2016, p. 90).

Rememorando as lições de Alexandre Morais da Rosa, à luz da gestão da prova, será inquisitivo o sistema que permite ao juiz a iniciativa e a produção probatória, ao tempo em que tais encargos são exclusivos das partes no âmbito do sistema acusatório:

(...) a compreensão de sistema decorre da exigência de um princípio unificador, capaz de derivar a cadeia de significantes dele decorrentes, não se podendo admitir a coexistência de princípios (no plural) na origem do sistema kantiano. Assim é que no Sistema Inquisitório o Princípio Inquisitivo marca a cadeia de significantes, enquanto no Acusatório é o Princípio Dispositivo que lhe informa. E o critério identificador é, por sua vez, o da gestão da prova. Sendo o Processo Penal atividade marcadamente recognitiva, de accertamento de significantes, a fixação de quem exercerá a gestão da prova e com que poderes se mostra indispensável, no que já se denominou de ‘bricolage de significantes’. No Inquisitório o juiz congrega, em relação à gestão da prova, poderes de iniciativa e de produção, enquanto no Acusatório essa responsabilidade é das partes, sem que possa promover a sua produção. De outra face, no Inquisitório a liberdade do condutor do feito na sua produção é praticamente absoluta, no tempo em que no Acusatório a regulamentação é precisa, evitando que o juiz se arvore num papel que não é seu. (ROSA, 2013, p. 54-55).

A ampla liberdade de iniciativa probatória conferida ao juiz, aliada à ideia de que existe uma verdade real a ser perseguida no processo penal, pode conduzir o magistrado a não sentenciar com base no que fora estritamente produzido pelas partes, mas apenas quando satisfeita sua ideia de alcance da verdade.

Mas o que é esta tal verdade material ou real?

A verdade material ou real é o que teria acontecido no mundo dos fatos, ou os fatos investigados tal qual ocorreram. O papel do processo penal, então, seria buscar esses fatos, não se limitando ao quanto trazido pelas partes.

A advertência de Mandarino é a de que o processo penal brasileiro, em vários de seus dispositivos, indica a busca desta verdade material:

Inegável que o sistema processual penal brasileiro se incline pela busca pela verdade material. Em diversos dispositivos do Código de Processo Penal transparece a preocupação em se descobrir a realidade absoluta dos fatos: averiguar a falsidade documental constante nos autos do processo (art. 147) e perquirir sobre a higidez mental do acusado (art. 149).

Existe também uma preocupação legislativa em preservar os meios de prova, a fim de que a verdade não pereça. É o que ocorre com as medidas cautelares e a antecipação de provas: preceder a colheita de depoimento de testemunha senil ou enferma antes da instrução criminal (art. 225), busca e apreensão domiciliar ou pessoal para apreender objetos referentes à prática criminosa (art. 240 §1º) e a busca e apreensão realizada por dois peritos nomeados pelo juiz nos crimes contra a propriedade material, com a finalidade de aumentar a eficiência para desvendar os fatos (art. 527). No mesmo sentido, a atenção despendida na validade das perícias e exames em geral: completam-se os laudos, repetem-se os exames ou providenciam-se provas fotográficas, tantos quantos forem indispensáveis à aludida revelação (arts. 158, 162, 163, 165, 169, 170, 171, 174, 181 e § ú, 182).

O estatuto processual penal zela também pela veracidade dos testemunhos: advertência do crime de falso testemunho, inclusive com a remissão de cópia do depoimento à autoridade policial para instauração de inquérito, caso reconheça a falsidade das declarações (arts. 203 e 211), inquirição separada das testemunhas (art. 210), impedimento de “apreciações pessoais” (art. 213), possibilidade de interrogatório por videoconferência, nos casos em que a presença do réu cause temor à testemunha e “prejudique a verdade do depoimento” (art. 2170), viabilidade de condução coercitiva, caso a testemunha não compareça sem motivo justificado (art. 218) e as pessoas impossibilitadas ou enfermas serão inquiridas “onde estiverem” (art. 220). Depreende-se de tais dispositivos que o sistema processual penal segue refém da verdade material. (MANDARINO, 2016, p. 117-118).

Ainda sobre este tema, colhemos importante lição de Eugênio Pacelli de Oliveira e Luigi Ferrajoli , respectivamente:

Também no campo da distribuição dos ônus da prova, há uma ampla liberdade de iniciativa probatória conferida ao juiz, frequentemente legitimado pelo decantado princípio da verdade real. Ora, além do fato de não existir nenhuma verdade judicial que não seja uma verdade processual, tal princípio, na realidade, na extensão que se lhe dá, pode ser – e muitas vezes foi e ainda é – manipulado para justificar a substituição do Ministério Público pelo juiz, no que se refere ao ônus probatório que se reserva àquele. (OLIVEIRA, 2007, p. 9).

As diferenças entre sistema inquisitório e sistema acusatório que se manifestam no interrogatório do imputado são apenas um reflexo da alternativa epistemológica entre as duas opostas concepções da verdade processual que marcam os dois sistemas e condicionam em geral os métodos de prova.

A verdade almejada e perseguida pelo processo inquisitório, sendo concebida como absoluta ou substancial, e conseqüentemente única, não pode ser de parte e não admite, portanto, a legitimidade de pontos de vista contrastantes cujo conflito só não exige, mas exclui o controle desde baixo, em especial o controle do imputado. (...) Entende-se que sobre essa base não há sentido em falar de ônus da prova a cargo da acusação, mas, no máximo, da necessidade da prova: exigida, pretendida – ou totalmente extorquida – do próprio acusado. Ao contrário, a verdade perseguida pelo método acusatório, sendo concebida como relativa ou formal, é adquirida, como qualquer pesquisa empírica, através do procedimento por prova e erro. (...) Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos que caracteriza ao contrário o processo misto (...). (FERRAJOLI, 2010, p. 561-562).

A ideologia da verdade real, como marca inquisitorial que ofende o comando acusatório da Constituição da República, assim é dita por Giacomolli (2016), para quem, em nome dessa concepção (da verdade real), o Código de Processo Penal autoriza – como já escrito em passagens anteriores – que o juiz requisite a instauração de inquérito policial, determine a produção de provas, condene mesmo diante de pedido de absolvição por parte do Ministério Público, entre outras medidas:

A primeira a ser destacada [marca inquisitorial] é a ideologia da busca da verdade material no processo penal. Em nome dessa concepção, o CPP autoriza o juiz a agir *ex officio* na requisição de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP), na determinação da produção de provas (art. 156 do CPP), na inquirição de testemunhas (art. 209 do CPP), na decretação da prisão preventiva (art. 311 do CPP), na possibilidade de condenação do réu, mesmo diante de um pedido de absolvição do Estado-Acusador (art. 385 do CPP) (...). (GIACOMOLLI, 2016, p. 90).

A ideia da busca da verdade real, embora há muito venha servindo como justificativa para a atuação probatória do magistrado, já é uma ideia caduca, repetida quase como um vício

de linguagem. Hoje é cediço que, “no plano processual, os fatos (como no plano científico) se ‘constroem’, ou se reelaboram conforme o poder de argumentação. Neste, porém, reside o perigo de que se perca a própria noção de verdade” (SALDANHA, 1998, p. 137).

No âmbito do processo penal, a prova é meio de averiguar o quanto alegado pelas partes, mas, “entre o que ocorreu no mundo dos fatos (realidade extraprocessual) e o que é demonstrado no interior do processo penal (realidade endoprocessual), dificilmente haverá correspondência” (GIACOMOLLI, 2016. p. 201).

O Professor Lusitano Jorge Figueiredo Dias, dando melhor roupagem à chamada verdade material, ao ajustá-la ao pensamento acusatório, diz que ela pode ser considerada em dois sentidos – o sentido da verdade subtraída à influência das partes sobre ela, mas também no sentido de uma verdade judicial, prática e não obtida a todo custo:

(...) a verdade material deve ser entendida em um duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, por meio de seu comportamento processual, a acusação ou a defesa possam exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, há de ser antes de tudo, uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a qualquer custo, mas processualmente válida. (DIAS, 1974, p. 193).

Nos parece ser apenas no sentido da verdade judicial que se pode falar em verdade a ser buscada pelo processo penal no contexto do sistema acusatório.

Por outro lado, há autores que consideram a dicotomia entre verdade formal e material inócua. Em razão da impossibilidade de se atingir uma verdade absoluta, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, por exemplo, sustenta que é hora de sepultar a distinção entre verdade formal e material:

(...) não tem sentido procurar distinguir a denominada verdade *formal* – que se aplicaria ao processo civil – daquela outra que, em contraposição, costumava-se chamar de verdade *material* – que seria buscada no processo penal. Tanto a verdade formal quanto a material não são verdades absolutas. Do ponto de vista epistemológico, bastaria a conclusão de que a verdade é uma só. Não existem várias verdades, porções de verdade, ou algo parcialmente verdadeiro. A verdade é um conceito absoluto. Algo somente é verdadeiro quando há uma identidade entre o objeto e a representação que o sujeito cognoscente faz desse objeto. Assim, ou há identidade e o conhecimento é verdadeiro, ou não há identidade, e o saber é falso. A falta de identidade entre o objeto e a representação, esta sim, admite graus: um conhecimento pode ser falso em graus ou níveis maiores ou menores. (BADARÓ, 2008, p. 196).

Apesar do quanto anotado por Badaró, é justa a discussão acerca da busca verdade real por parte do magistrado, pois, ainda que se diga que alcançar os fatos tal qual aconteceram, é impossível, tal busca produz efeitos reais, máximo no contexto do papel do juiz no processo penal.

A busca por uma verdade material decorre de lógica inquisitória e “legítima o poder de uma casta encarregada de revelar a verdade sobre o passado (...), algo do qual muitos magistrados estão conscientes” (KHALED JR., 2016, p. 443).

Não há dúvidas que não se pode, num sistema processual penal acusatório, permitir que o magistrado atue como verdadeiro substituto processual das partes no que tange à produção de provas, devendo estar adstrito ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes, nos exatos termos do art. 156 do Código de Processo Penal:²⁸

Com efeito, a igualdade das partes somente será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação substitutiva da função ministerial, não só no que respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado. A iniciativa do juiz deve limitar-se, então, ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes, nos termos da redação do art. 156 do CPP.

Obviamente, não estamos sustentando o aprisionamento do juiz na investigação dos fatos, o que, à evidência, seria rematado retrocesso. Mas vedar a atuação judicial em substituição ao Ministério Público não é outra coisa senão afirmar de um modelo acusatório igualitário, ou tendente à realização do efetivo equilíbrio de forças na relação processual penal, (OLIVEIRA, 2007, p. 9-10).

No mesmo sentido:

A verdade, no processo penal, constrói-se com a garantia da dialética das partes vistas num plano da igualdade. Igualdade que é garantida por diversos instrumentos assegurados constitucionalmente e que se enquadram no chamado processo penal acusatório. Perde sentido valer-se o julgador do princípio da verdade real para arvorar-se do poder de produzir provas, porquanto assim estará concretizando a figura do juiz instrutor, incompatível com as diretrizes espostas na Constituição. (SILVA, 2005, p. 144).

²⁸ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Mesmo autores mais conservadores veem com ressalvas a livre investigação da prova pelos juízes, embora a admitam, como Maria da Glória Colucci e José Maurício Pinto de Almeida:

Não se olvide, por fim, que o juiz tem a seu alcance o poder de livremente investigar as provas (...) o que indica uma mitigação do princípio dispositivo. Porém, a melhor doutrina aconselha que o juiz se utilize da livre investigação das provas somente quando estiver em dúvida diante do conjunto probatório, para não assumir papel semelhante ao de parte, ferindo, assim, sua imparcialidade. (ALMEIDA e COLLUCI, 2008, p. 144)

Por tudo que foi dito até aqui, discordamos dos autores, na medida em que o poder de produzir provas é um fator que necessariamente confunde a atuação do julgador com a atuação das partes.

Diz-se isso porque, “sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade” (LOPES JR., 2009, p. 80).

É certo que, entre os elementos fixos do sistema acusatório, “o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação” (FERRAJOLI, 2010, p. 522).

Pode-se afirmar que o sistema acusatório foi positivado pela Constituição Federal de 1988 a partir do momento em que esta adota uma clara distinção entre as atividades de julgar e de acusar, colocando o juiz como terceiro imparcial e conferindo às partes a exclusividade da iniciativa probatória.

No mesmo diapasão, o sistema acusatório traz a oralidade como fator predominante na instrução, seguida da publicidade dos atos processuais em sua maior parte. Da mesma forma, prestigia o contraditório como elemento de resistência à imputação (defesa), o afastamento do método tarifado de apreciação das provas (sistema da prova legal), ancorando-se o provimento jurisdicional na livre apreciação das provas pelo juiz, por meio do livre convencimento motivado.

Modernamente, não se nega que ao juiz é dado o direito de apreciar a prova em conformidade com o seu livre convencimento, seguido de fundada motivação, contudo – e é aqui que reside o destaque anunciado – o livre convencimento motivado não pode nem deve ser encarado como algo arbitrário. Se o juiz “tem poder de iniciar, dirigir ou de qualquer modo influenciar os processos escritos que depois servirão mais ou menos de prova contra o acusado, ele não será senão um inquisidor”. (FERRAJOLI, 2010, p. 537).

Portanto, conquanto a Constituição da República normatize o sistema acusatório, na necessária identificação dos traços de inquisitorialidade no sistema infraconstitucional está a ampla possibilidade de o juiz fazer as vezes da parte e produzir prova de ofício.

Tal possibilidade, que deveria estar limitada ao esclarecimento do quando trazido pelas partes ao processo, rompe o necessário equilíbrio entre as partes.

Logo, uma das tarefas urgentes no sentido de conformar o sistema processual ao preconizado na Constituição da República consiste justamente em limitar os poderes instrutórios do juiz, conferindo apenas às partes o protagonismo processual.

4.1 Soluções práticas para a efetivação do sistema acusatório

São muitas as propostas para a efetivação do sistema acusatório no processo penal brasileiro, felizmente. A doutrina aponta desde correções pontuais em dispositivos do Código de Processo Penal, até verdadeiras mudanças paradigmáticas, tomando por base, inclusive, teorias da decisão.

O problema da efetivação do sistema acusatório, necessidade de fundamento constitucional, é enfrentado não apenas do ponto de vista jurídico, mas também filosófico e sociológico.

Streck (2009), por exemplo, analisando o anteprojeto de Código de Processo Penal em trâmite no Congresso Nacional, que mantém a livre apreciação da prova para a formação do convencimento do juiz, afirma que não se avançará ao efetivo sistema acusatório, senão haverá retorno ao inquisitorialismo.

Para Streck (2009, p. 136), “no plano filosófico, a adoção/manutenção do ‘livre convencimento’, peca pela permanência do anteprojeto no superado paradigma da filosofia da

consciência”. Assim, mais importante do que saber quem tomou a iniciativa de produzir a prova, é buscar um aprimoramento na qualidade das decisões, impondo-se ao magistrado o dever de, sob pena de nulidade da sentença, examinar exaustivamente não apenas as provas produzidas, mas também os argumentos relevantes aduzidos pelas partes:

Chamo a atenção para este ponto porque, se realmente quisermos avançar contra os males que advém de um sistema inquisitório, antes de investirmos em tentativas legislativas pontuais de demarcar a separação do Ministério Público da Magistratura (que, não entendam mal, também vem em boa hora), devemos enfrentar a questão da necessidade de reforço técnico-institucional do processo, e do aprimoramento da qualidade das decisões que são produzidas a partir deste. Tenho, por exemplo, que, mais importante do que saber quem tomou a iniciativa de produzir a prova (se o réu ou o agente do Ministério Público ou, ainda, indevidamente, o próprio juiz), é interditar a possibilidade de que o juiz a examine sem que a tenha apresentado aos demais sujeitos processuais, e sem que leve em consideração, demorada e fundamentadamente, todos os argumentos relevantes por aqueles apresentados e que, ao final, não possa decidir “por livre convencimento”. (STRECK, 2009, p. 129).

Schneider (2014), por seu turno, para a consolidação do sistema acusatório, propõe uma revisão em diversas esferas, quais sejam: civil, política e social.

Logo, alterar a legislação – que é a esfera civil –, melhorar os mecanismos de *accountability* – como avanço nos direitos políticos – e superar os entraves de acesso à justiça e educação jurídica – como avanço nos direitos sociais – são medidas que não podem ser apartadas umas das outras, pois expressam o fortalecimento do próprio Estado Democrático de Direito:

As insuficiências do Estado Democrático de Direito refletem-se no sistema processual penal adotado constitucionalmente pelo Estado brasileiro. As dificuldades encontradas na transição para a consolidação do Estado Democrático de Direito também são observadas nos desafios da transição em direção à consolidação do sistema acusatório. Por isso, o sistema acusatório pode ser visto como um reflexo do Estado Democrático de Direito e ambos tornam-se, em um país em desenvolvimento e de modernidade tardia, duas promessas em busca de consolidações satisfatórias que visam oportunizar uma realidade mais igualitária, pautada nos direitos fundamentais constitucionais, para a população como um todo. (...) As deficiências do Estado Democrático de Direito são repassadas para o processo penal através de seu sistema. Se tais desafios afetam o sistema judiciário como um todo, acabam interferindo, por consequência, no sistema processual penal, que é um de seus subsistemas. Por isso, diante dessa realidade, torna-se importante pensar o sistema processual penal a partir da tríade de direitos do conceito síntese do Estado Democrático de Direito que integra direitos civis, políticos e sociais. (...)

A problemática que envolve a superação dos resquícios inquisitoriais ainda presentes na atualidade depende de soluções qualitativas que visem o aprimoramento do sistema penal democraticamente instituído. Mudanças legislativas no texto infraconstitucional (direitos civis), melhoramento dos mecanismos de *accountability* (direitos políticos), superação dos déficits de acesso à justiça e educação jurídica criminal (direitos sociais) são algumas das possibilidades e propostas de soluções que, no longo prazo, podem vir a colaborar para o fortalecimento do sistema acusatório e para a consolidação do próprio Estado Democrático de Direito. (SCHNEIDER, 2014, p. 184-185).

Em comum, as propostas possuem a não taxatividade. Obviamente, ninguém possui a solução mágica, o remédio geral para os traços do inquisitorialismo no processo penal brasileiro.

Assim é que o presente trabalho também não tem por escopo buscar fôlego em busca de soluções definitivas, pelo que concentra energia em alternativas adstritas à gestão da prova para a efetivação do sistema acusatório.

Não se quer dizer com isso que se desconsidera ou se confere menos valor a propostas outras, mesmo porque, neste estado de coisas, já ficou claro que se defende, sobretudo, a mudança na mentalidade inquisitória do julgador.

Nesse sentido, por exemplo, defende-se o total abandono da chamada busca pela verdade real, pois “a obtenção da ‘verdade plena’ configura (...) um mito que não se sustenta diante da realidade imposta pela obediência aos métodos de acerto regradados por um Estado de Direito” (ZILLI, 2003, p. 114).

Sem olvidar das diversas propostas alhures citadas, a que ousamos defender é, uma vez identificados os dispositivos legais de natureza inquisitória na gestão da prova presentes no Código de Processo Penal, modificá-los ou suprimi-los.

Trata-se de mudanças pontuais que podem ser levadas a efeito com pequenas reformas legislativas, enquanto se aguarda um Código de Processo Penal em tudo novo e em tudo consonante com a Constituição da República.

Repita-se que, com mudanças pontuais, não se quer dizer que se dispensa a mudança da mentalidade inquisitiva, sob pena de ineficácia.

Mas em tudo há um começo, um primeiro passo. As mudanças propostas na oportunidade devem ser tomadas como mais um impulso, como tantos outros já dados em reformas legislativas anteriores.

A urgência em se efetivar o sistema acusatório na legislação adjetiva impõe dizer que cada passo, por menor que seja, é importante.

Como sublinhado em tópicos anteriores, se antes era facultado ao juiz decretar a prisão preventiva *ex officio* – no curso da ação penal –, após a edição da Lei 13.964/2019, tal possibilidade não é mais vigente, já que agora, seja no curso do inquérito ou da ação penal, a prisão preventiva somente pode ser decretada a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

É claramente uma reforma pontual, porém firme, rumo à efetivação do sistema acusatório, que já vem sendo amplamente aplicada na jurisprudência nacional, conforme o seguinte entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 1.0000.20.061386-7/000,²⁹ de relatoria do Desembargador Dirceu Wallace Baroni:

EMENTA: HABEAS CORPUS - TORTURA, TRÁFICO DE DROGAS, CÁRCERE PRIVADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - NOVA REDAÇÃO DO ART. 311 DO CPP. 1. Com o advento da Lei n.º 13.964/19 (Pacote Anticrime), não mais se admite a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva, nos termos da nova redação do art. 311 do CPP, impondo-se, assim, a colocação da paciente em liberdade. 2. Ordem concedida.³⁰

Resta, porém, muito a fazer, como reformar a possibilidade de o juiz ser destinatário da representação, requisitar abertura de inquérito, ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, ainda que antes de iniciada a ação penal, bem como determinar a realização de diligências, ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes, entre outras possibilidades (TOURINHO FILHO, 2012).

²⁹ TJ-MG – HC: 10000200613867000 MG, Relator: Dirceu Wallace Baroni, Data de Julgamento: 16/06/2020, Data de Publicação: 18/06/2020.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Habeas Corpus Criminal 1.0000.20.061386-7/000**. 8ª Câmara Criminal. Rel. Des. Dirceu Wallace Baroni. Julgamento 18/06/2020. DJe 18/06/2020. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=4C8AC5B1822855F5F1B8D5292E92707A.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.20.061386-7%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 5 jul. 2020.

No que tange à gestão da prova, identificamos como sendo dispositivos³¹ de natureza inquisitória, a possibilidade de o juiz requisitar abertura de inquérito (art. 5º, II, do CPP) e de ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes (art. 156, I, do CPP), bem como de determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências, para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, II, do CPP). Tais dispositivos devem ser reformados em consagração ao sistema acusatório.

Enfim, também são dispositivos de natureza inquisitória os que permitem ao juiz ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes (art. 209 do CPP) e, inclusive, as referidas pelas testemunhas (§1º do art. 209 do CPP).

Diz-se que a possibilidade de o juiz requisitar a abertura do inquérito é de natureza inquisitória porque o inquérito policial nada mais é do que um procedimento administrativo informativo, que tem por finalidade apurar a existência de infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa promovê-la (LOPES JR., 2012).

Logo, permitir que o juiz determine a instauração de procedimento servível ao titular da ação penal é uma forma indireta de influir no equilíbrio do jogo.

Mais prudente, então, minorando ainda mais o risco da parcialidade, é que se suprima tal possibilidade. Ou que o juiz que requisita a abertura do inquérito policial não possa de maneira alguma julgar a ação penal, na linha preconizada pelo juiz das garantias, hoje suspenso.

³¹ Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

(...)

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

Como já foi dito, na dicção do novel art. 3º-B³² do Código de Processo Penal – de aplicabilidade suspensa³³ –, o juiz de garantias é o juiz responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

³² Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

- I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do *caput* do art. 5º da Constituição Federal;
- II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;
- III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;
- IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal
- V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;
- VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;
- VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;
- VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;
- IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
- X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
- XI - decidir sobre os requerimentos de:
 - a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
 - b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;
 - c) busca e apreensão domiciliar;
 - d) acesso a informações sigilosas;
 - e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;
- XII - julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;
- XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;
- XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;
- XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;
- XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
- XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;
- XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6298 MC**. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão Proferida pelo Ministro Vice-Presidente. Julgado em 22/01/2020. Publicado em DJe-019 03/02/2020.

Competirá ao juiz das garantias, entre outros procedimentos, decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, bem como requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação.

Para além disso, competirá ao juiz das garantias, em substituição ao juiz do processo, decidir sobre requerimentos de interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou outras formas de comunicação; afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; busca e apreensão domiciliar, acesso a informações sigilosas, etc.

O Juiz das Garantias decorre do princípio acusatório, na medida em que se evita que o juiz do processo não seja o mesmo juiz que monitora a investigação, preservando ao máximo a imparcialidade do juiz do processo. A finalidade do juiz das garantias, portanto, é impedir que o juiz que proferirá a sentença seja contaminado com as provas produzidas sem o contraditório e a ampla defesa. (MARRAFON, 2010).

Busca-se, dessa forma, impedir que o juiz do processo seja contaminado com as provas produzidas sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, de modo a julgar a causa com mais rigores de imparcialidade. Não por outra razão, fica defeso ao juiz que de qualquer forma praticar atos incluídos nas competências do juiz das garantias, funcionar no processo. O Juiz das Garantias é, portanto, o “responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela das liberdades públicas, ou seja, das inviolabilidades pessoais/liberdades individuais frente à opressão estatal, na fase pré-processual”. CASARA, 2010, p. 170).

Já a possibilidade, ainda vigente, de o juiz ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, bem como de determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências, para dirimir dúvida sobre ponto relevante, pode ser considerada o grande motivo do risco da quebra da imparcialidade.

Quando o magistrado ordena a produção antecipada de provas, mesmo que urgentes e relevantes, ou determina a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, “está atuando como parte, exercendo uma atividade que não é sua” (GIACOMOLLI, 2016, p. 222).

Em relação às provas urgentes e relevantes antes do oferecimento da acusação, cabe tão somente ao titular exclusivo da ação penal pública “requerer a produção antecipada de provas e não ao órgão que analisará esses elementos no momento de receber ou rejeitar a denúncia” (GIACOMOLLI, 2016, p. 223).

Quanto à determinação de realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante antes da prolação da sentença, é certo que, em um sistema acusatório efetivo, cabe tão somente às partes produzir a prova, pelo que a dúvida deve conduzir à absolvição do acusado, por aplicação do *in dubio pro reo*, e não impulsionar o magistrado a buscar sanar dúvida indo atrás de prova acusatória (LOPES JR., 2012).

Mesma lógica argumentativa se aplica à possibilidade de o juiz ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes e, inclusive, as referidas pelas testemunhas. A uma, porque constitui a maximização do risco da quebra da imparcialidade; a duas porque, se pontos não foram esclarecidos pelas provas que devem ser produzidas exclusivamente pelas partes, a dúvida conduz à sentença absolutória.

Se as partes não têm interesse em tal ou qual prova, não compete ao juiz produzi-la. E muito diferente de o juiz deferir o pleito de uma das partes pela oitiva de uma testemunha referida, é o juiz determinar, por interesse próprio, a sua oitiva.

Assim, pensamos que guia à efetivação do sistema acusatório a supressão dos incisos I e II do art. 156,³⁴ com reformulação do *caput* para simplesmente “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, bem como a revogação do art. 209, *caput* e §1º, do CPP.³⁵

³⁴ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

³⁵ Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

Como dito em linhas pretéritas, a urgência em se efetivar o sistema acusatório na legislação adjetiva impõe dizer que cada passo, por menor que seja, é importante, afinal não se pode ter como válida uma legislação no todo ou em parte em desconformidade com a Constituição.

CONCLUSÃO

Conforme visto ao longo do trabalho, importante diferença entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório reside no fato que, no sistema acusatório, necessariamente há distinção entre o acusador e o juiz, ao passo que, no sistema inquisitório, essa distinção é prescindível.

Por outro lado, enquanto no sistema acusatório o processo somente pode ter início por acusação (princípio acusatório), o sistema inquisitivo permite que o processo seja iniciado não somente por acusação, mas também por notícia-crime oferecida pela vítima ou por qualquer um do povo, como também de ofício.

Não se pode olvidar, todavia, que outro importante critério diferenciador dos sistemas processuais penais existentes é a gestão da prova, pois, enquanto no sistema inquisitório, de princípio inquisitivo, a gestão da prova está nas mãos do juiz, no sistema acusatório, de princípio dispositivo, a prova é gerida pelas partes.

Nesse sentido, o interrogatório das testemunhas pelo juiz ou mesmo seu poder ilimitado de admitir ou não admitir provas, além – é claro – de sua busca *ex officio* por provas no curso no processo, sob o manto da busca pela verdade real, representam resquícios inquisitórios, ainda que o sistema vigente seja formalmente o acusatório.

No sistema processual brasileiro, é autorizada ao juiz uma participação mais ativa ao longo da instrução probatória, o que justifica a preocupação de que o sistema processual penal pátrio, apesar de formalmente acusatório, ainda possui traços de inquisitório. A propósito, é exatamente por essa razão que se iniciou a presente investigação, com o fim de saber o real limite dos poderes instrutórios do juiz.

Pode-se afirmar que o sistema acusatório foi positivado pela Constituição Federal de 1988 a partir do momento em que esta adota uma clara distinção entre as atividades de julgar e acusar, colocando o juiz como terceiro imparcial e conferindo às partes a exclusividade da iniciativa probatória.

Igualmente, mais recentemente, a Lei 13.964/2019 alterou o Código de Processo Penal para que este disponha no art. 3-A,³⁶ expressamente, que o processo penal deverá ter estrutura acusatória.

É que a separação entre acusador e juiz e a gestão da prova a cargo das partes na instrução probatória são as características mais marcantes do sistema acusatório, que é um sistema de partes, em relação dialética.

Assim, à luz da gestão da prova, será inquisitivo o sistema que permite ao juiz a iniciativa e a produção probatória, ao tempo em que tais encargos são exclusivos das partes no âmbito do sistema acusatório.

A aparente tensão entre as normas infraconstitucionais e a Constituição da República, contendo aquelas traços de sistema inquisitivo em ordenamento que a Constituição quer acusatório, cria uma idiosincrasia no Direito Processual Penal brasileiro, razão pela qual há quem suscite ser misto o nosso sistema processual penal.

Hodiernamente, há uma tendência quase que natural em denominar de sistema processual penal misto todo aquele que congrega elementos do sistema acusatório e do sistema inquisitivo, sendo relevante dizer que o argumento principal de quem defende essa corrente é a existência de uma fase pré-processual, marcada pela inquisitorialidade, e uma fase processual propriamente dita, marcada pela acusatorialidade.

Todavia, essa compreensão não pode aqui ser repetida, tendo em vista os diversos elementos fixos e não fixos presentes tanto no sistema acusatório quanto no sistema inquisitivo, o que nos levaria a uma combinação rumo ao infinito, resultante em diversos tipos de sistema processual penal misto.

É possível afirmar que o sistema processual penal a ser efetivado no Brasil é o sistema acusatório, seja em razão do que preleciona a Constituição da República, seja em razão do multicitado art. 3-A³⁷ do Código de Processo Penal.

³⁶ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

³⁷ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

A Constituição enuncia, implícita ou explicitamente, direitos constitucionais do processo penal por meio de princípios. Os princípios regentes são o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, base sobre a qual todos os direitos e garantias são erguidos e sustentados, e o Princípio do Devido Processo Legal, que é a síntese de todos os princípios indicadores de regularidade do processo penal.

Os princípios explícitos são oito: princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência, princípio da ampla defesa, os princípios do Júri, o princípio do contraditório, o princípio do juiz natural, o princípio da publicidade, o princípio da vedação das provas ilícitas e o princípio da legalidade estrita da prisão cautelar.

Registre-se que uma das consequências do princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência é justamente o ônus da prova cabido à acusação.

Os princípios implícitos são os princípios do duplo grau de jurisdição, do promotor natural, da oficialidade, da intranscendência, da iniciativa das partes e a vedação do duplo processo, ou vedação do *bis in idem*.

Considerando, portanto, que a Constituição da República normatizou o sistema acusatório e que a recente alteração do Código de Processo Penal promovido pelo chamado Pacote Anticrime expressamente determina a estrutura acusatória do processo penal brasileiro, medidas devem ser buscadas para a efetivação do sistema acusatório. Diz-se isso porque é pela efetivação do sistema acusatório que se dará a concretização das garantias processuais, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais.

O sistema acusatório está umbilicalmente ligado ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. A busca pela efetivação do sistema processual penal acusatório é também a busca pela consolidação do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, entre outras medidas, a Lei 13.964/2019 trouxe substanciais alterações também no Código de Processo Penal, como foi explanado alhures, inclusive dispondo expressamente, no art. 3º-A,³⁸ que o Processo Penal brasileiro passaria a ter estrutura acusatória.

³⁸ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

O chamado Pacote Anticrime também trouxe a figura do Juiz das Garantias, que decorre do princípio acusatório, na medida em que se evita que o juiz do processo seja o mesmo juiz que monitora a investigação, preservando ao máximo a imparcialidade do juiz natural da ação penal.

Além disso, compete ao juiz de garantias zelar pela legalidade da investigação.

Todavia, permaneceram as possibilidades de o juiz ser destinatário da representação, requisitar abertura de inquérito, ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, ainda que antes de iniciada a ação penal, bem como determinar a realização de diligências, ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes, entre outras.

Devem ser, pois, identificados na norma infraconstitucional e na prática forense os traços inquisitoriais, com fins de reformá-los, conferindo efetividade ao texto fundamental do país, sendo um deles a ampla liberdade probatória do juiz penal.

Como dito, a ampla liberdade probatória do juiz penal representa um resquício inquisitório, pelo que deveria estar limitada ao esclarecimento do quanto trazido pelas partes ao processo, visto que rompe o necessário equilíbrio entre as partes.

Logo, uma das tarefas urgentes no sentido de conformar o sistema processual ao preconizado na Constituição da República consiste justamente em limitar os poderes instrutórios do juiz, conferindo apenas às partes o protagonismo processual.

Assim sendo, é possível repensar a possibilidade de o juiz requisitar abertura de inquérito e de ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

Também é preciso avaliar a possibilidade de o juiz determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências, para dirimir dúvida sobre ponto relevante, sob o prisma da imparcialidade.

Tais poderes de gestão da prova nas mãos do magistrado são uma maximização do risco da quebra da imparcialidade.

Outrossim, se pontos não foram esclarecidos pelas provas que devem ser produzidas exclusivamente pelas partes, a dúvida (repita-se sempre) conduz à sentença absolutória.

Permitir que o juiz determine a instauração de inquérito policial, que é procedimento destinado a apurar infração penal e sua autoria, servível, portanto, ao titular da ação penal, é uma forma indireta de influir no equilíbrio do jogo.

Tal possibilidade deve ser suprimida, ou que o juiz que requisita a abertura do inquérito policial não possa de maneira alguma julgar a ação penal, na linha preconizada pelo juiz das garantias, hoje suspenso.

Já a faculdade de o juiz ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, bem como de determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências, para dirimir dúvida sobre ponto relevante, está em desconformidade com um sistema acusatório efetivo, uma vez que, quando o magistrado ordena a produção antecipada de provas, ele está atuando como parte.

As provas devem ser produzidas exclusivamente pelas partes, e a dúvida sobre ponto relevante deve conduzir à absolvição do acusado, por aplicação do *in dubio pro reo*, e não impulsionar o magistrado a buscar sanar dúvida indo atrás de prova acusatória.

A tais propostas, somam-se todas as outras atinentes à mudança na mentalidade do julgador, defenestrando todo e qualquer ideal inquisitivo.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?. **Conjur**, 18 de agosto de 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#_ftnref1 Acesso em: 5 maio 2020.
- ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
- ALMEIDA, Guilherme Assis; BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ALMEIDA, José Maurício Pinto de; COLUCCI, Maria da Glória. **Lições de teoria geral do processo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira**: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008, Leis 11.689, 11.690 e 11.719. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ANDRADE, Mauro Fonseca de. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- ASSUNÇÃO, Vinícius. **Pacote anticrime**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2020.
- AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. I.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Rideel, 2003.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.
- BERTOLINO, Pedro J. El juez de garantías en el Código procesal penal de la provincia de Buenos Aires. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- BRASIL. (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**. 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. (Código de Processo Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. **Inovações da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. (Coletânea de artigos, v. 7). Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 156, de 2009**. Disponível em: BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 156/2009. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.104-MC**. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgamento 21/05/2014. DJe 30.10.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC. 88.875/AM**. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento 07/12/2010. DJe 12.3.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2888875%2EENUME%2E+OU+88875%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4xuo3go>. Acesso em: 5 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Habeas Corpus Criminal 1.0000.20.061386-7/000**. 8ª Câmara Criminal. Rel. Des. Dirceu Wallace Baroni. Julgamento 18/06/2020. DJe 18/06/2020. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4C8AC5B1822855F5F1B8D5292E92707A.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.20.061386-7%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 5 jul. 2020.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. Prólogo III. *In*: JAKOBS, Gunther; MELIA, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELLUTI, Francesco. **Lições de processo penal**. Campinas: Bookseller, 2004. v. 1.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Garantismo penal aplicado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz de garantias brasileiro e o juiz de garantias chileno: breve olhar comparativo**. Centro de Estudios de Justicia de las Americas (CEJA). 2020. Disponível em: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5645?show=full>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CASARA, Rubens R. R. Juiz das garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição**: : análise crítica

do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 167-176.

CHILE. **Ley n. 19.696, de 29 de setembro de 2000.** Establece Código Procesal Penal. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>. Acesso em: 29 set. 2019.

COLÔMBIA. **Ley 906, de 31 de agosto de 2004.** Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp_col-int-text-cpp-2005.html. Acesso em: 26 ago. 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, n. 1, p. 26-51, Porto Alegre: Notadez, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In: _____*. (org.). **Crítica à teoria geral do direito processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3-56.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, Brasília: Senado Federal, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: 17 out. 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda.; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DAMASKA, Mirjan R. **El derecho probatorio a la deriva**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. v. I.

DUCLERC, Elmir. **Curso básico de direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2006. v. 1.

ESTEFAM, André e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. **Iniciativa probatoria ex officio del juez em los procesos penales acusatorios** (prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿ una mezcla imposible?). **Alerta Informativa**, ago./2013, p. 1-61. Disponível em: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=3145> Acesso: em 1 ago. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del processo penal. Barcelona: Bosch, 1935.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. **Reflexão teórica sobre o processo penal**: direito processual penal, estudos e pareceres. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

JUNOY, Joan Picó. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2017.

KHALED JR., Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016.

LIMA, Marcelus Polastri. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v.1.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal**: fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto: 1999. t. I.

MANDARINO, Renan Posella. Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal. Franca: Universidade Estadual Paulista, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. 2.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194937> Acesso em: 17 out. 2018.

MARRAFON, Marco Aurélio. O juiz de garantias e a compreensão do processo à luz da Constituição: perspectivas desde a virada hermenêutica no direito brasileiro. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho (org.). **O novo processo penal à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. v. 1, p. 145-157.

MELCHIOR, Antônio Pedro. **O juiz e a prova**: o sintoma político do processo penal. Curitiba: Juruá, 2013.

MÉXICO. (1917) **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em: https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/Mex_intro_txtfun_esp_1.pdf. Acesso em: 25 ago. 2019.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **direito processual penal**. Salvador: JusPodivm, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

POLANO-ORTS, Miguel; QUINTERO, María Eloísa. **Principios del sistema acusatorio: una visión sistémica**. Lima: Ara Editores, 2010.

PORTUGAL. (1976) **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 28 set. 2019.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2013.

SÁ, Priscilla Placha. Juiz das garantias: breves considerações sobre o modelo proposto no Projeto de Lei do Senado 156/2009. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda de; GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 159-165.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SCHNEIDER, Gabriela. **Do inquisitorialismo à consolidação do sistema acusatório no Brasil: uma análise crítica das soluções qualitativas diante da transição inacabada do estado democrático de direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites**. São Paulo: USP, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>. Acesso em: 30 jun. 2020.

STRECK, Lenio 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.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. v. 2.

TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez em Europa. **Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho**, n. 29, p. 249-271, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa probatória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.