



Universidade Federal  
de Campina Grande

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS**  
**PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**

**LYDIA ARAÚJO ALVES**

**EXCLUSÃO DOS AUTOS DO INQUÉRITO COMO PROPÓSITO DE  
VALIDAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO**

**SOUSA - PB**

**2022**

**LYDIA ARAÚJO ALVES**

**EXCLUSÃO DOS AUTOS DO INQUÉRITO COMO PROPÓSITO DE  
VALIDAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, como exigência para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Orientador(a): Dra. Jônica Marques Coura Aragão.

**SOUSA - PB**

**2022**

**LYDIA ARAÚJO ALVES**

**EXCLUSÃO DOS AUTOS DO INQUÉRITO COMO PROPÓSITO DE  
VALIDAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, como exigência para a obtenção do título de Especialista em Ciências Jurídicas e Sociais.

Data da aprovação:

Banca Examinadora:

---

Prof. Dra. Jônica Marques Coura Aragão  
Orientadora – CCJS/UFCG

---

Profa. Dra. Jacyara Farias – CCJS/UFCG

---

Profa. Vanina Oliveira – CCJS/UFCG

A474d

Alves, Lydia Araújo.

Exclusão dos autos do inquérito como propósito de validação do sistema acusatório brasileiro / Lydia Araújo Alves. – Sousa, 2023.  
50 f.

Monografia (Especialização em Direito Penal e Processo Penal) – Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2022.

"Orientação: Profa. Dra. Jônica Marques Coura Aragão".

Referências.

1. Direito Processo Penal. 2. Inquérito Policial. 3. Exclusão dos Autos do Inquérito. 4. Sistema Acusatório – Imparcialidade. I. Aragão, Jônica Marques Coura. II. Título.

CDU 343.1(043)

## RESUMO

O processo penal brasileiro, à luz da Constituição Federal de 1988, tem como pressuposto uma perspectiva de atenção aos propósitos de imparcialidade, buscando conferir ao julgador um espaço de clareza e neutralidade jurídica. O presente estudo tem como objetivo geral analisar como o novo art. 3º-C, §3º, do Código de Processo Penal, que inseriu no ordenamento a exclusão dos autos de inquérito, pode servir de importante mecanismo protetivo à imparcialidade do julgador e ao sistema acusatório cada vez mais assentado no ordenamento jurídico pátrio. Apontam-se como objetivos específicos: i) diferenciar atos de investigação e atos de prova; ii) reconhecer o sistema acusatório no Brasil, considerando a inserção do juiz de garantias; e iii) projetar os efeitos da exclusão dos autos do inquérito no processo penal brasileiro. Assim, convém indagar, a título de problema da pesquisa: a alteração legislativa promovida pelo Pacote Anticrime, teria o condão de vedar a utilização dos elementos informativos na fundamentação de sentenças condenatórias? A resposta se consolida no sentido de se garantir uma maior segurança jurídica no embate adversarial das partes. Utilizou-se, na pesquisa, o método de abordagem dedutivo e histórico-evolutivo, o método de procedimento sistêmico e a técnica de pesquisa de revisão bibliográfica e documental indireta. Conclui-se pela relevância do novo dispositivo legal e pela necessidade de ressignificação de todo o sistema de valoração probatória no processo penal brasileiro, a fim de se reforçar o princípio acusatório consagrado pela Constituição Federal de 1988, ao tempo em que se percebe como resultado da pesquisa, que a inclusão no âmbito do processo criminal dos elementos informativos colhidos na fase pré-processual exerce, ainda que indiretamente, influência no convencimento do julgador e, conseqüentemente, em suas decisões, maculando a sua imparcialidade.

Palavras-chave: Exclusão dos autos do inquérito. Imparcialidade. Sistema acusatório.

## ABSTRACT

The Brazilian criminal procedure, in the light of the Federal Constitution of 1988, assumes a perspective of attention to the purposes of impartiality, seeking to give the judge a space of clarity and legal neutrality. The present study has the general objective to analyze how the new art. 3-C, §3, of the Criminal Procedure Code, which positive the exclusion of the investigation records, can serve as an important protective mechanism for the impartiality of the judge and the accusatory system increasingly based on the national legal system. The specific objectives are: i) to differentiate acts of investigation and acts of proof; ii) recognize the accusatory system in Brazil, considering the insertion of the guarantee judge; and iii) project the effects of the exclusion of the investigation records in the Brazilian criminal procedure. Thus, it is worth asking, as a research problem: would the legislative change promoted by the Anti-Crime Package have the power to prohibit the use of informational elements in the justification of convictions? The answer is consolidated in the sense of guaranteeing greater legal certainty in the adversarial clash of the parties. In the research, the deductive approach method, the systemic procedure method and the research technique of indirect bibliographic and documentary review are used. It is concluded by the relevance of the new legal provision and by the need to reframe the entire evidentiary valuation system in the Brazilian criminal process, in order to reinforce the accusatory principle enshrined in the Federal Constitution of 1988, at the time when it is perceived as a result of the research, that the inclusion in the scope of the criminal process of the information collected in the pre-procedural phase exerts, albeit indirectly, influence on the conviction of the judge and, consequently, on his decisions, tarnishing his impartiality.

Keywords: Exclusion from the investigation records. Impartiality. Accusatory system.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>2 ATOS DE INVESTIGAÇÃO x ATOS DE PROVA: O QUE PODE JUSTIFICAR UMA CONDENAÇÃO?</b> .....	10
2.1 ATOS INVESTIGATÓRIOS E INQUÉRITO POLICIAL.....	10
2.2 ATOS DE PROVA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	15
<b>3 O SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL E A IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS</b> .....	19
3.1 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL.....	19
3.2 O PAPEL DO JUIZ DAS GARANTIAS NA DEFESA DO SISTEMA ACUSATÓRIO.....	28
<b>4 OS EFEITOS DA EXCLUSÃO DOS AUTOS DE INVESTIGAÇÃO</b> .....	34
4.1 A IMPARCIALIDADE DO JUIZ COMO PRESSUPOSTO DO SISTEMA ACUSATÓRIO.....	34
4.2 A INSERÇÃO DO ART. 3º-C, §3º E A (IN)VALIDADE DO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	39
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	47
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	49

## 1 INTRODUÇÃO

Apontada como a reforma que acarretou as mais profundas alterações na legislação penal e processual, a Lei nº 13.964/19, conhecida popularmente como Pacote Anticrime, estabeleceu expressamente o sistema acusatório como sendo o sistema processual penal adotado no Brasil e, como forma de firmá-lo teoricamente em bases sólidas, alterou uma série de artigos no Código de Processo Penal a fim de não deixar dúvidas quanto a este intento.

A presente temática é de notória relevância em virtude de abordar os contornos das inovações legislativas que buscaram aperfeiçoar o sistema processual penal brasileiro, através da reafirmação de valores e princípios existentes na Constituição Federal, que aponta como principal postulado a dignidade da pessoa humana e não cede espaço para sistemas processuais que desmerecem as garantias fundamentais e os direitos individuais.

Apesar do avanço evidente na novel legislação, as principais novidades introduzidas pelo Pacote Anticrime estão atualmente com sua eficácia e aplicabilidade suspensas em virtude de decisão monocrática em medida cautelar, do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6298/DF.

Observa-se que o sistema processual penal brasileiro ainda hoje está fincado em raízes inquisitoriais, de modo que o Inquérito Policial, procedimento essencialmente desprovido de paridade processual entre as partes e que contém apenas elementos informativos sem valor probatório, não raras vezes tem servido como única fundamentação para éditos condenatórios, o que demonstra, contraditoriamente, um processo penal alheio aos direitos e garantias do acusado, especialmente no que respeita ao efetivo contraditório e à própria natureza da jurisdição.

Esta pesquisa terá como objetivo geral analisar como o novo art.3º-C, §3º, do Código de Processo Penal, que inseriu no ordenamento jurídico a exclusão dos autos de inquérito, pode servir de importante mecanismo protetivo à imparcialidade do julgador e ao sistema acusatório cada vez mais assentado no ordenamento jurídico pátrio. Por seu turno, serão objetivos específicos: i) diferenciar atos de investigação e atos de prova; ii) reconhecer o sistema acusatório no Brasil, considerando a inserção do juiz de garantias e iii)

projetar os efeitos da exclusão física dos autos do inquérito no processo penal brasileiro.

Uma vez definidos os objetivos geral e específicos, convém apresentar o problema da pesquisa: A alteração legislativa promovida pelo Pacote Anticrime, teria o condão de vedar a utilização dos elementos informativos na fundamentação de sentenças condenatórias? A título de hipótese afirmativa, se aponta para necessidade de se garantir uma maior segurança jurídica no embate adversarial das partes.

Com esse desiderato, se estudará no primeiro capítulo, o conceito e a distinção de atos investigatórios e atos de prova. Em seguida, no segundo capítulo, far-se-á uma análise da evolução do modelo acusatório e da figura do juiz das garantias, quanto ao seu papel frente à defesa deste sistema acusatório; por fim, no último capítulo, se averiguará como fica a validade e a eficácia do art. 155 do Código de Processo Penal após a inserção do art. 3º-C, §3º no mesmo diploma legal, que disciplina expressamente a exclusão física dos autos do inquérito no âmbito do processo penal.

Para tanto, será feita uma abordagem doutrinária e jurisprudencial e se utilizará na pesquisa, o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento sistêmico e a técnica de pesquisa de revisão bibliográfica e documental indireta.

Teoricamente, as fases pré-processual e processual ocorrem em momentos distintos justamente para que se evite a contaminação do julgador pelos elementos obtidos na investigação preliminar, já que nesta não ocorre a efetiva produção de prova, mas apenas a coleta de elementos úteis à elucidação do fato e de sua autoria, decorrentes de um juízo de probabilidade capaz de dar suporte à ação penal a ser manejada pelo Ministério Público.

Considerada como uma fase eminentemente endoprocedimental, a investigação preliminar tem sua eficácia afeita à fase pré-processual, devendo fundamentar apenas as decisões interlocutórias tomadas no seu curso, resguardando a aplicação prática do princípio do devido processo legal.

Não se pode olvidar, portanto, que a exclusão física do Inquérito Policial dos autos do processo penal é fator inconteste para o regular e válido andamento processual, respeitando-se, acima de tudo, o Estado Democrático de Direito e suas nuances, já que o Inquérito Policial, sozinho, não pode servir

de base à uma condenação, visto que relativiza as garantias fundamentais que só terão pleno exercício ante um processo judicial revestido de originalidade e imparcialidade do julgador.

A celeuma jurídica em torno da temática aqui analisada data de muito tempo, tendo a doutrina majoritária se posicionado, previamente, no sentido das inovações legislativas que corroboram com o modelo acusatório, o qual se firma como sistema processual atual no Brasil, como já mencionado, e se coaduna sistematicamente com um processo penal constitucionalizado.

## **2 ATOS DE INVESTIGAÇÃO x ATOS DE PROVA: O QUE PODE JUSTIFICAR UMA CONDENAÇÃO?**

Antes de adentrar especificamente ao mérito desta pesquisa, faz-se necessária uma abordagem introdutória no que tange às noções elementares do conceito de prova e de elemento informativo, de modo a analisar os fatores determinantes que os distinguem, quais sejam, o momento em que são apurados e o valor probatório que possuem, além da existência ou não da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, bem como o destinatário das informações colhidas, o que se fará a seguir.

### **2.1 ATOS INVESTIGATÓRIOS E INQUÉRITO POLICIAL**

Quando surge para o Estado a necessidade de reprimir um ilícito penal praticado, dá-se início à persecução penal, constituída basicamente por duas fases: a preliminar, investigativa ou pré-processual e a fase processual.

A primeira fase da persecução penal, levada a efeito pela Polícia Judiciária, apesar de não ser exclusiva desta, consiste na investigação através de um procedimento administrativo discricionário e puramente informativo conhecido como Inquérito Policial, presidido pelo Delegado de Polícia, que visa coletar elementos de informação relativos à materialidade e autoria do delito capazes de subsidiar uma possível Ação Penal manejada pelo Ministério Público, órgão acusador oficial do Estado.

Sabe-se que do Inquérito Policial não resulta diretamente a imposição de qualquer espécie de sanção penal, sendo apenas um procedimento preliminar preparatório da Ação Penal que atribui ao investigado a condição de indiciado e, mais tarde, provavelmente, de réu.

Trata-se, portanto, de um procedimento exclusivamente escrito, sigiloso e inquisitivo, já que os atos desencadeados através da portaria que lhe dá início concentram-se nas mãos do Delegado de Polícia, apenas. Garantias processuais como o contraditório e a ampla defesa são postergadas para a fase seguinte, no âmbito do processo penal eventualmente instaurado.

Cabe ressaltar ainda, que o Inquérito Policial é uma peça dispensável, em razão de ser plenamente possível oferecer a denúncia ou a queixa na sua

ausência, já que o Ministério Público também possui a liberalidade de formar a *opinio delicti* por seus próprios meios, através da coleta direta de elementos de convicção capazes de respaldar a instauração da ação penal ou mesmo pela comunicação da vítima. Porém, em sendo baixada a portaria e instaurado o Inquérito, algumas diligências são imprescindíveis a fim de elucidar os fatos, a cargo da autoridade policial, em virtude da possibilidade de perecimento de algumas futuras provas que precisam, portanto, estar bem delineadas no bojo do Inquérito para que futuramente sejam convalidadas.

As deliberações administrativas devem ser devidamente motivadas pelo Delegado, considerando o contexto inquisitório em que é elaborado o Inquérito, a despeito de não haver ampla defesa e contraditório em sede investigativa e pré-processual. É certo que não há, portanto, um direito verticalizado à produção probatória por parte do investigado no âmbito da investigação preliminar, todavia, lhe deve ser assegurado minimamente uma intervenção instrutória no tocante ao esclarecimento do fato investigado.

Neste sentido é o posicionamento do autor Rosa (2016, p. 250):

Por se tratar de apuração administrativa a motivação das deliberações constitui-se em dever. Não há discricionariedade, muito menos deliberações implícitas, já que o contexto em que a investigação acontece, as decisões, enfim, o processamento do procedimento, deve acontecer em respeito aos princípios democráticos

Outrossim, o STJ firmou entendimento no sentido de que ao investigado é permitido acionar os órgãos da Justiça criminal, como o Ministério Público e o Judiciário, no intuito de ver realizados os atos instrutórios negados pelo Delegado de Polícia responsável pela investigação, conforme se vê:

Inquérito policial (natureza). Diligências (requerimento/possibilidade). Habeas corpus (cabimento).  
1. Embora seja o inquérito policial procedimento preparatório da ação penal (HCs 36.813, de 2005, e 44.305, de 2006), é ele garantia "contra apressados e errôneos juízos" (Exposição de motivos de 1941). 2. Se

bem que, tecnicamente, ainda não haja processo – daí que não haveriam de vir a pêlo princípios segundo os quais ninguém será privado de liberdade sem processo legal e a todos são assegurados o contraditório e a ampla defesa –, é lícito admitir possa haver, no curso do inquérito, momentos de violência ou de coação ilegal (HC-44.165, de 2007). 3. A lei processual, aliás, permite o requerimento de diligências. Decerto fica a diligência a juízo da autoridade policial, mas isso, obviamente, não impede possa o indiciado bater a outras portas. 4. Se, tecnicamente, inexistente processo, tal não haverá de constituir empecilho a que se garantam direitos sensíveis – do ofendido, do indiciado, etc. 5. Cabimento do habeas corpus (Constituição, art. 105, I, c). 6. Ordem concedida a fim de se determinar à autoridade policial que atenda as diligências requeridas” (STJ – Sexta Turma – HC 69405/SP - Rel. Min. Nilson Naves – j. em 23.10.07 – DJ de 25.02.2008, p. 362).

Oportuno mencionar que, apesar de inquisitivo, não se descarta uma brecha defensiva no Inquérito Policial que favoreça o acusado, já que é permitido ao Ministério Público indicar diligências para serem cumpridas pelo Delegado; também se deve dar oportunidade ao imputado para que faça requerimentos instrutórios em sede investigativa, que somente poderão ser recusados em face de alguma ilegalidade.

Apesar de não haver ampla defesa no Inquérito Policial, há o que se chama de defesa técnica e pessoal restrita, quando do interrogatório policial, como bem pontua Lopes Júnior (2020, p. 203):

Basta citar a possibilidade de o indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva (dando sua versão aos fatos); ou negativa (usando seu direito de silêncio). Também poderá fazer-se acompanhar de advogado (defesa técnica) que poderá agora intervir no final do interrogatório. Poderá, ainda, postular diligências e juntar documentos (art. 14 do CPP). Por fim, poderá

exercer a defesa exógena, através do habeas corpus e do mandado de segurança.

Não se pode ignorar que há um limite cognitivo nesta primeira fase da persecução penal, o que significa que requisições que extrapolem o alcance objetivo do Inquérito Policial e a esfera de atuação do Delegado de Polícia devem ser descartadas, de modo a não ofender o devido procedimento legal.

Em se tratando de uma fase que antecede e prepara o processo penal, de caráter endoprocedimental e restrito, a investigação preliminar encerra um juízo de probabilidade quanto aos indícios que sugerem a materialidade e a autoria do fato delituoso. Os elementos de prova encontrados nesta fase são chamados de elementos de informação, visto que serão contraditados no âmago do processo penal.

Observa-se que Lopes Júnior (2020, p. 186) corrobora com este entendimento quando menciona que os atos investigativos “não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas e [...] podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária”. Menciona ainda que:

[...]conclui-se facilmente que o IP somente gera atos de investigação e, como tais, de limitado valor probatório. Seria um contrassenso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão administrativo, muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto do segredo.

A finalidade dos elementos informativos atende duas demandas: a formação da *opinio delicti* do órgão acusatório ou a decretação de medidas cautelares, que serão impostas com a prova do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*; o primeiro requisito comprova a existência do crime e os indícios de autoria. Veja-se que no tocante à existência do crime exige-se elementos mais robustos que o evidenciem; já no que respeita à autoria, basta a suficiência de indícios. O segundo requisito, *periculum libertatis*, refere-se ao risco que o acusado em liberdade possa oferecer à garantia da ordem pública,

da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal.

Assim aduz Lopes Júnior (2020, p. 187):

Sem embargo, devemos destacar que, apesar de 'informativo', os atos do inquérito servem de base para restringir a liberdade pessoal (através das prisões cautelares) e a disponibilidade de bens (medidas cautelares reais, como o arresto, sequestro etc.).

De outro giro, o inquérito funciona como uma barreira à instauração de processos temerários, sem um lastro mínimo de indícios, o que conduz à exaltação de um princípio que é pilar do processo penal: a presunção de inocência. Além de tudo, a sua existência ainda evita custos desnecessários para o Estado.

Os atos investigativos, finalmente, consistem em informações buscadas em investigação preliminar, estabelecendo-se como um conjunto de informações (CHOUKR, 2017, p. 293) e hipóteses, os quais, por estarem a serviço e serem produzidos em fase pré-processual, servem para a formação de um juízo de probabilidade e não de certeza (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 160).

Isto conduz à afirmação que os elementos informativos contidos no Inquérito Policial não servem para justificar uma sentença condenatória, mas apenas para auxiliar na formação da convicção do juiz, conforme o mandamento do artigo 155 do Código de Processo Penal que, apesar de continuar em vigor após a publicação da Lei nº 13.964/19, apresenta uma grande incoerência com o modelo acusatório expressamente positivado por ocasião do famigerado Pacote Anticrime.

Através do comando contido no artigo supracitado, os elementos informativos de prova colhidos em sede de Inquérito devem ser considerados na fase judicial, somando-se à prova obtida em juízo para subsidiar no convencimento do juiz, já que se forma, em sede de Inquérito, apenas um juízo de valor e não um juízo condenatório sancionatório. Não obstante, eles devem ser renovados na fase processual para garantir e respeitar o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal inerentes à defesa do réu.

Nesta fase pré-processual e eminentemente investigativa, ainda, o papel do magistrado se restringe apenas à função de garantidor das regras procedimentais do Inquérito Policial, a fim de combater ilegalidades porventura cometidas nesta etapa da persecução penal, sendo-lhe defeso, sobretudo, atuar de ofício.

Nas palavras do ilustre doutrinador Lopes Júnior (2020, p. 140):

No processo penal brasileiro, o juiz mantém-se afastado da investigação preliminar – como autêntico garantidor –, limitando-se a exercer o controle formal da prisão em flagrante e a autorizar aquelas medidas restritivas de direitos (cautelares, busca e apreensão, intervenções telefônicas etc.). O alheamento é uma importante garantia de imparcialidade e, apesar de existirem alguns dispositivos que permitam a atuação de ofício, os juízes devem condicionar sua atuação à prévia invocação do MP, da própria polícia ou do sujeito passivo.

## 2.2 ATOS DE PROVA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Na busca pela verdade real e formalmente válida, instaura-se o processo penal como sendo um conjunto de procedimentos ordenados instituídos legalmente para apurar o fato delituoso e sua autoria. Desse modo, para se alcançar esta finalidade, o órgão acusatório apresenta sua pretensão e o réu alega uma resistência a essa pretensão, comprovando-se ambas alegações através dos meios de prova, a fim de subsidiar a decisão do juiz.

Os atos de prova constituem-se em um instrumento indispensável à garantia do contraditório, ampla defesa e o devido processo legal. Dada a sua imprescindível importância no âmago do processo, o direito à produção probatória é norteada por princípios que regem o seu manejo no deslinde processual.

Sabe-se que prova é tudo o que é produzido em juízo, na fase processual, destinada ao convencimento psíquico do juiz, já que, teoricamente, ele deve estar alheio aos fatos e, portanto, ignorante ao delito ocorrido. É

através do processo penal que os fatos se reconstróem e as provas são o intermédio pelo qual acontece essa atividade recognitiva do juiz.

A legislação penal e processual penal deixa claro, porém, que a iniciativa probatória pertence ao juiz em determinadas ocasiões, o que macula o comando constitucional que implicitamente reconhece a imparcialidade do juiz e a equidistância das partes no processo, através dos valores e princípios contidos no sistema constitucional vigente que distingue claramente as funções de acusar e julgar, bem como indica a passividade do juiz quanto à iniciativa probatória.

À medida em que o juiz se coloca na posição de acusador, e se confunde as funções acusatória e julgadora, compromete-se a imparcialidade deste, bem como a publicidade e a oralidade do processo. A deficiência dessas garantias fragiliza todas as demais e, sobretudo, as garantias processuais da presunção de inocência, do ônus da prova, do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, quando se percorre o caminho pela busca da verdade substancial impondo-se uma investigação inquisitorial, além do desrespeito às regras processuais, o que acontece é a prevalência de opiniões subjetivas, calcadas em julgamentos irracionais e incontroláveis dos julgadores, que decidem pelo ímpeto do que foi investigado por eles mesmos, não havendo espaço sequer para se considerar a tese contrária, o que resulta em condenações arbitrárias e injustas.

A regra no direito brasileiro é que o juiz só pode proferir uma sentença condenatória quando a culpabilidade tiver sido completamente provada, em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*. Quanto ao direito que é reservado às partes de se comprovar um fato, tem-se que o princípio da liberdade de provas, inserido pelo Código de Processo Penal, dispõe que a parte produzirá as provas que entender suficientes e não se restringirá às que estão consagradas em lei, garantida a possibilidade de se utilizar de qualquer meio de prova, tanto para a defesa, no interesse do indivíduo em manter o seu *jus libertatis*, como também para a acusação, na defesa do *jus puniendi* estatal. Vê-se aqui uma grande flexibilidade probatória, desde que não contrarie a moralidade e a dignidade da pessoa humana.

Já em relação às provas ilícitas, estas não são admitidas, no entanto, trata-se de uma regra que comporta exceções. Desse modo, se a prova for

considerada ilícita, e estiver ligada ao processo, surge o chamado “direito de exclusão”, através do desentranhamento dela do processo, devendo a prova ser destruída e completamente inutilizada, conforme dispõe o art. 157, §3º, do Código de Processo Penal.

As provas ilícitas por derivação são meios probatórios que ocorrem em um segundo momento, tido como válido, porém contaminado pelo vício da ilicitude originária, afetando-as em virtude da repercussão causal. Lopes Júnior (2020, p. 401) menciona que a origem do princípio da contaminação se deu no caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, em 1920, tendo a expressão *fruits of the poisonous tree* sido cunhada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso *Nardone v. United States*, em 1937. Essa teoria foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 157, § 1º, do CPP que aduz: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

No caso de existir provas absolutamente independentes, que são aquelas que inevitavelmente seriam descobertas, essas serão consideradas legais, não devendo ser desentranhadas do processo. Aqui, merecem atenção duas teorias concernentes às provas: teoria da fonte independente e da descoberta inevitável de prova. A primeira defende que no caso de o órgão acusador demonstrar a legitimidade de elementos probatórios advindos de uma fonte autônoma de prova, que não possua qualquer relação de dependência nem derive da prova originariamente ilícita, ou seja, não havendo vínculo causal, esses meios probatórios serão aceitos, vez que não estão maculados pelo vício da ilicitude originária. A teoria da fonte independente encontra-se positivada no art. 157, §1º, do Código de Processo Penal.

Já a teoria da descoberta inevitável surgiu no direito norte-americano, e sua aplicação ocorre nos casos em que a prova seria produzida de qualquer forma, através de atividades investigativas lícitas, independentemente da prova ilícita que a originou. O emprego dessa teoria exige que os dados sejam reais e não meramente especulativos, sendo necessária a demonstração de que a descoberta seria inevitável.

Esta teoria vem prevista no art. 157, § 2º CPP, com a seguinte redação: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. Com isso, percebe-se que é imprescindível a análise de toda a estrutura a fim de que seja levada a efeito a ilegalidade da prova e sua posterior exclusão.

Deste modo, conclui-se que acusação e defesa possuem amplo espectro probatório, que é decorrência lógica do direito de ação. No caso de uma prova ser indeferida, o mandando de segurança é o remédio constitucional apto a ser utilizado pelo Ministério Público ou pelo particular.

O juiz é o destinatário imediato das provas, que as analisará no âmago de um processo instaurado para essa finalidade, e ao final julgará e proferirá uma sentença de mérito, findando o processo em caráter definitivo. A prova é necessariamente um meio de condução da verdade dos fatos alegados, o que influencia diretamente na convicção do julgador, como já enfatizado acima.

A persecução criminal deve atender aos comandos legais que a disciplinam e deve ser instruída com provas contundentes e robustas, respeitando todas as diretrizes legais a fim de que resultem em sentenças assertivas, que obedeçam ao mandamento constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, pois o dever de punir deve ser praticado obedecendo aos ditames da justiça.

É na fase processual, portanto, que se tem a garantia da jurisidicionalidade, ou seja, o direito de ser julgado de acordo com a produção probatória ocorrida em juízo, respeitando-se o contraditório. As exceções, menciona Lopes Júnior (2020, p. 81), referem-se às:

provas técnicas, irrepitíveis, produzidas no inquérito (exame de corpo de delito, necropsia etc.) serão submetidas a contraditório posterior, não sendo repetidas por absoluta impossibilidade. Todas as demais provas repetíveis (testemunhal, acareações etc.) devem ser jurisdicionalizadas. Havendo risco de perecimento de uma prova testemunhal, poderá ser feito o incidente de produção antecipada de provas (art. 156, I, do CPP).

O que se depreende de tudo quanto foi exposto neste capítulo é que os elementos de informação produzidos em sede de Inquérito Policial não servem para fundamentar a decisão do julgador, tampouco para sustentar uma condenação definitiva. Deve-se assegurar a originalidade da decisão jurisdicional e da sua convicção, que precisa estar alicerçada em provas produzidas em sede processual.

### **3 O SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL E A IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS**

#### **3.1 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL**

Historicamente, a sistemática processual brasileira sofreu alterações de acordo com o texto constitucional de cada época, por vezes autoritário e outras vezes democrático.

O sistema inquisitório, caracterizado por aglutinar as funções acusatória, defensora e julgadora nas mãos do juiz inquisidor, onde ele mesmo produz as provas e, em seguida, decide baseado nessas mesmas provas, possui uma defesa meramente figurativa, daí porque a imparcialidade do órgão julgador restar-se-ia comprometida. Como a defesa quase não existe, há que se esclarecer que no bojo deste sistema não há contraditório, pois nem sequer é concebível em virtude da falta de contraposição entre a acusação e a defesa, afirma Brasileiro (2020).

Este sistema processual prevaleceu até o final do século XVIII, ocasião em que ocorreu a Revolução Francesa e surgiram os novos postulados de valorização humana, bem como os ideais iluministas e os movimentos filosóficos que influenciaram no processo penal, afastando as notas características do modelo inquisitivo. Foi então que houve a implementação dos Júris Populares, iniciando-se lentamente a passagem para o sistema misto, refletido até hoje na legislação processual.

A conjectura constitucional imposta no Estado Democrático de Direito através da Carta Magna de 1988, vigente nos dias atuais, revela uma forte inclinação ao sistema acusatório, que apresenta uma clara distinção entre o

órgão acusador e o julgador, mantendo o juiz equidistante das partes e deixando a iniciativa probatória a cargo delas, sendo apenas o destinatário final das provas. O processo, então, se legitima como *actum trium personarum*.

O sistema acusatório também defende o tratamento paritário das partes, através de um procedimento eminentemente oral, respeito ao contraditório e ampla defesa, ausente a prova tarifada e fundamentada a sentença no livre convencimento motivado do juiz, além da possibilidade de recurso, que garante o duplo grau de jurisdição.

A configuração desse modelo acusatório à luz do texto constitucional prima essencialmente pelas garantias do acusado, que deixa de ser tido como um mero objeto e passa a ser visto como parte no processo, e, sobretudo, pela imparcialidade do juiz, já que esta é o postulado mais importante do processo penal, o qual deverá ser respeitado como meio de se garantir as premissas do Estado Democrático de Direito.

Acercada produção probatória de ofício pelo juiz, considera-se a prevalência de duas correntes doutrinárias. A primeira, sustentada por Prado (apud BRASILEIRO, 2020), defende que o juiz não pode ter iniciativa probatória, ainda que seja na fase processual, pois essa tarefa é uma atribuição das partes do processo. Esta corrente não prevalece.

Já a segunda corrente entende que o juiz pode produzir provas de ofício exclusivamente na fase processual. A maioria maciça dos doutrinadores a defendem, tais como Oliveira (2019), Badaró (2017). Távora (2019), Brasileiro (2020), dentre outros. Importa mencionar que essa posição está respaldada na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Segundo o sistema acusatório, o princípio da publicidade deve ser a chave do processo, podendo ser relativizado em alguns casos, a exemplo de haver violação à intimidade ou prejuízo para o interesse público. O réu deve ser visto como sujeito de direitos e o Estado tem obrigação de resguardar os seus direitos fundamentais. O sistema de provas adotado é o do livre convencimento motivado, o que significa que o juiz é livre para apreciar as provas, podendo, fundamentadamente, descartar provas que não interessam ao processo. Ademais, a liberdade do réu deve ser a regra, conforme ensina Nucci (2019, página eletrônica).

Nesse ínterim, como já mencionado, partindo de uma análise sistêmica, o sistema acusatório é o que prevalece no processo penal pátrio enquanto decorrência do artigo 129, I, da CF/88. Insta ressaltar que a Lei nº 13.964/19, denominada Pacote Anticrime, inseriu o artigo 3º-A ao CPP, estabelecendo 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”.

Através desse dispositivo, fica claro que o juiz não poderá produzir provas de ofício, seja na fase investigativa ou na processual, vez que o legislador é peremptório ao determinar que o juiz não pode fazer as vezes da acusação. Portanto, a produção probatória recairá unicamente sobre as partes. Contudo, atualmente o art. 3º-A do CPP encontra-se suspenso pela liminar concedida pelo Min. Luiz Fux nas ADIns 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 na data de 20 de janeiro de 2020.

A propósito, a Constituição consigna o sistema acusatório quando delega ao Ministério Público o papel de órgão acusador oficial no art. 129, traçando claramente a separação das funções acusatória e julgadora e definindo as regras do devido processo no art. 5º, LIV, especialmente a garantia do juiz natural, e no inciso LV, quando menciona o contraditório.

Todavia, o que se vê na legislação infraconstitucional processual penal, corroborado pela doutrina moderna, é um arranjo processual inquisitório, como bem explicita Lopes Júnior (2020, p. 41):

O processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neo inquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval, ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas neo inquisitória, na medida em que o princípio informador era inquisitivo, pois a gestão da prova estava nas mãos do juiz.

Isto decorre de que o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 foi influenciado fortemente pelo fascismo italiano e por isso é que parte dos seus dispositivos possui um viés inquisitorial, o que reclama um reexame de modo a

adequá-los ao texto constitucional de 1988, sendo tarefa primordial do operador do processo penal fazer uma releitura do CPP à luz da Constituição Federal.

Os traços inquisitórios presentes no Código de Processo Penal brasileiro, como já se viu, não se coadunam com as principais características concernentes ao processo evidenciadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e nos tratados internacionais incorporados por ela, tais como o respeito aos princípios do *in dubio pro reo*, da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório, bem como o respeito ao próprio “princípio acusatório”.

Tais fatores desencadearam um imbróglio processual no cenário nacional e, dentre as principais insatisfações, destacável é a que diz respeito à possibilidade de produção de provas pelo juiz antes ou durante o processo, o que configura uma usurpação da competência tanto do Ministério Público quanto do Delegado de Polícia.

Sendo assim, para consolidar o entendimento do que ora se discute, é de suma importância a transcrição do artigo 156 do Código de Processo Penal, que se encontra em pleno vigor no ordenamento jurídico nacional:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

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; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Apesar de a redação anterior deste artigo já trazer a previsão de o juiz determinar a realização de diligências para dissipar dúvida em relação a ponto relevante no curso da instrução processual ou antes de proferir sentença, a Lei

nº 11.690/08, trouxe a possibilidade de o próprio juiz ordenar a produção antecipada de provas, mesmo em momento anterior à ação penal.

Nesse sentido, Gomes, Cunha e Pinto (2008, p. 280) afirmaram que:

[...] parece que a inovação rompe mesmo com o modelo acusatório, processo de partes, na qual cada um tem suas atribuições bem delineadas. Dentre elas, seguramente, não se elenca a possibilidade do juiz determinar a produção de atos probatórios. Sobretudo quando pode fazê-lo ex officio e já na fase administrativa.

O que se vê claramente é que o legislador infraconstitucional, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, não abandonou o viés inquisitório, já que a novidade da produção antecipada de provas aconteceu no ano de 2008. Além desta lei, diversas outras, como a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que previu as medidas cautelares diversas da prisão no Código de Processo Penal, introduziram no ordenamento jurídico dispositivos com caráter inquisitório. Em relação a esta última, merece destaque o artigo 282, parágrafos 2º e 4º, que aponta situações em que o magistrado poderá atuar de ofício.

O autor Thums (2006, n.p.), em oposição à atividade legiferante do Poder Legislativo Federal, critica-o no sentido de que tal poder “não possui nenhum compromisso no sentido de desenvolver um sistema processual, eis que edita leis sob o impulso da mídia e do casuísmo, sem respeitar o princípio fundante”.

Por isso é que ainda hoje não se sabe ao certo qual o sistema processual penal adotado no Brasil, pois, como visto alhures, o parâmetro utilizado desde Kant para a definição de um sistema é o princípio unificador ou “núcleo fundante” e, conforme descrito acima, a doutrina pátria majoritária defende que é o critério de quem possui a gestão da prova o que melhor pode definir o sistema adotado, o que acaba revelando novamente a matriz inquisitória presente no artigo 156 e incisos correlatos.

Em face deste dilema, sabe-se que a Carta Magna é soberana e tem força normativa maior ante os demais diplomas normativos, e esta trouxe

consigo o princípio acusatório como fundamento do sistema processual penal no Brasil, quando delegou ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública e a possibilidade de requisitar diligências.

Os reflexos dessa dicotomia, contudo, estão espalhados no cenário nacional em casos de grande repercussão que ora transferem ao juiz grandes poderes, inclusive na produção probatória, ora o mantém na sua imparcialidade, como mero destinatário das provas produzidas pelas partes. É o que se vê adiante.

Em episódio amplamente noticiado pela mídia, as denominadas *fake news* influenciaram significativa e negativamente nas eleições presidenciais do ano de 2018, e não somente isso, elas foram fortemente direcionadas a atingir a suprema corte deste país, com vistas a desestabilizar o Supremo Tribunal Federal institucionalmente, sugerindo inclusive o encerramento forçado de suas atividades, o que é uma inconstitucionalidade patente, na medida em que representa a maior corte de um dos poderes do país. Ora, a permanência do poder judiciário tem status de cláusula pétrea, expressamente prevista no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal.

Nesse ínterim, o Supremo Tribunal Federal, diante dessa situação, instaurou de ofício um inquérito com o objetivo de apurar os eventuais crimes cometidos pelos indivíduos que estavam à frente deste intento, tanto no meio cibernético quanto em manifestações presenciais com o escopo de atingir a imagem da corte perante a sociedade.

Ocorre que o próprio Tribunal que instaurou o inquérito, qual seja, o STF, seria o responsável por julgar o caso, o que indubitavelmente afronta o sistema acusatório e a jurisdicionalidade. Na tentativa de dar uma aparência legal ao ato, os Ministros da suprema corte se embasaram em uma norma do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) para sustentar a instauração do procedimento administrativo.

Em virtude da grande pertinência da norma no caso concreto, transcreve-se seu teor abaixo:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará

inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.

A decisão do Ministro Dias Toffoli, responsável por instaurar o inquérito nº 4.781-STF, quando se respaldou no artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o fez sabendo que os ataques aos quais se pretendia conter não aconteceram na “sede ou dependência do Tribunal” como aduz o Regimento, mas foram virtuais. Além disso, o inquérito não envolvia apenas autoridades sujeitas à jurisdição desse Tribunal, o que demonstra que a interpretação dada pelo STF ao caso é tida como “maior flexão de hermenêutica jurídica da história do direito brasileiro”, conforme aduz RIBEIRO (2020).

Posteriormente, o Ministro Alexandre de Moraes foi designado pelo então condutor do inquérito Dias Toffoli para a conduzir o feito, o que o levou a determinar *ex officio* a retirada de reportagens da “Revista Crusoé” e do site “O Antagonista”, além de expedir diversos mandados de busca e apreensão contra supostos participantes dos ataques cibernéticos.

O desenrolar desse caso emblemático revela as raízes inquisitórias fincadas em parcela dos juízes brasileiros, bem como traz à tona diversos dispositivos legais com conteúdo inquisitório que continuam vigorando, o que representa um paradoxo jurídico diante do texto constitucional que expressamente dispõe acerca do sistema acusatório, conforme explicitado acima.

Outro fato que ganhou notoriedade nacional por conter traços inquisitivos e quiçá ditatoriais, foi levado a efeito pelo ex-juiz e ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, que, em decisão da Segunda Turma do STF, teve a suspeição declarada no julgamento do Habeas Corpus nº 164.493, que estava relacionado à ação impetrada em nome do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e tinha como objetivo atestar a parcialidade de Sérgio

Moro quando estive como juiz à frente da Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, na 13ª Vara da Justiça Federal, em Curitiba-PR, que versava sobre seu suposto apartamento triplex no Guarujá-SP.

O ato do então magistrado que ficou claramente à margem da legalidade no processo acima, diz respeito à condução coercitiva determinada ao ex-presidente com fundamento no artigo 260 do Código de Processo Penal, isto porque esse dispositivo determina que para o acusado ser conduzido coercitivamente é preciso que não tenha atendido a uma intimação prévia para comparecer em juízo, fato que não ocorreu durante o processo.

Outrossim, a decisão que determinou a quebra do sigilo telefônico do advogado do acusado e do seu escritório de advocacia, o “Teixeira, Martins & Advogados”, que estava à frente da defesa do réu, afrontou sobremaneira o princípio da ampla defesa, mormente em razão de o juiz ter a posse dos diálogos ocorridos entre o advogado e o réu, obtendo acesso às estratégias de defesa, bem como à atuação por parte de Lula na inquirição judicial que desencadeou a condução coercitiva.

No mesmo processo, houve ainda outra decisão com feição inquisitiva proferida pelo então juiz Sergio Moro no processo ora discutido, que determinou o levantamento de sigilo *ex officio* de conversas entre Lula e a ex-presidente do Brasil à época do processo, Dilma Rousseff. A esse respeito opinou Gilmar Mendes (2021, p. 40), ministro do Supremo Tribunal Federal na ocasião, em seu voto-vista no Habeas Corpus nº 164.493:

Mesmo sabedor de que a competência sobre tais atos não era mais sua, tendo em vista a menção de autoridade com prerrogativa de foro, no caso, a ex-presidente Dilma Rousseff, o ex-juiz, em decisão bastante singular e desconectada de qualquer precedente conhecido, levantou o sigilo dos autos com o intuito – hoje relevado incontestemente – de expor publicamente o ex-presidente Lula, corroborando uma narrativa de incriminação.

O comportamento do ex-juiz na ação penal aqui mencionada demonstra cabalmente a sua parcialidade, declarada pelo STF por intermédio do referido Habeas Corpus. Revela também a mancha inquisitória fortemente marcada em sua atuação, que na Operação Lava-Jato se definiu como “um modelo de atuação jurisdicional ativo e persecutório”, nas palavras de MENDES (2021, p. 5).

Os traços inquisitórios circundam o cenário jurídico nacional de tal forma que esse caso do ex-juiz Sérgio Moro torna-se apenas mais um dentre tantos outros magistrados que comandam os processos penais no Brasil e que incorrem no mesmo erro. Veja-se, aqui, o voto-vista do ministro Celso de Mello na ocasião em que votou a favor da suspeição de Sérgio Moro em uma operação conduzida por ele, conhecida como “Operação Banestado”, citado por MELLO (2013 apud MENDES, 2020, p. 7):

o interesse pessoal que o magistrado revela em determinado procedimento persecutório, adotando medidas que fogem à ortodoxia dos meios que o ordenamento positivo coloca à disposição do poder público, transformando-se a atividade do magistrado numa atividade de verdadeira investigação penal. É o magistrado investigador.

Dito isto, vê-se claramente que o texto constitucional não tem sido respeitado nos processos penais brasileiros, pois o que se tem ainda hoje são juízes que atuam investidos nas funções investigativas e julgadoras ao mesmo tempo, amparados pela égide permissionária do Código de Processo Penal vigente. A partir do modelo processual atualmente infundido, o juiz tem ampla liberdade para conduzir o processo à sua maneira, o que caracteriza um tremendo desrespeito à imparcialidade exigida nos processos judiciais. Nesta senda, o Pacote Anticrime surge em um momento crucial para reafirmar a adoção do princípio acusatório e, por conseguinte, findar a celeuma que envolve o processo penal pátrio.

A grande inovação dessa reforma penal e processual penal se dá a partir da introdução do art. 3º-A ao Código de Processo Penal, que prevê

expressamente a adoção ao sistema acusatório, conforme sua transcrição a seguir: “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.”

Como se pode perceber, este artigo rompe as raízes inquisitórias existentes no processo penal brasileiro, notadamente quando encerra a celeuma referente à gestão da prova, o que significa um grande avanço que há muito se espera no que tange à adequação da legislação processual penal aos preceitos constitucionais.

### 3.2 O PAPEL DO JUIZ DAS GARANTIAS NA DEFESA DO SISTEMA ACUSATÓRIO

O Juiz das Garantias, introduzido no direito brasileiro pela Lei n. 13.964/2019, pode ser conceituado como o magistrado que tem atribuição exclusiva para atuar estritamente na fase de investigação, estando automaticamente impedido de atuar na fase processual, o que desmistifica o instituto da prevenção, que acaba por se tornar inútil no novo arranjo do processo penal brasileiro. A competência do juiz das garantias, portanto, abrange a observância e garantia dos direitos do acusado no processo, conforme dispõe o art. 3º-B do CPP, que determina as suas prerrogativas.

Trata-se, portanto, de um julgador inerte e imparcial, atuando somente mediante provocação, à medida em que abre espaço para que se firme uma estrutura processual dialética, cabendo ao Ministério Público e à polícia investigar os fatos, ao imputado o exercício da sua defesa, e ao juiz das garantias decidir acerca de aspectos relativos às medidas restritivas de direitos submetidas à reserva de jurisdição, a exemplo de busca e apreensão, quebra de sigilo, prisão cautelar e medidas assecuratórias. Por isso é que não seria prudente sua atuação na fase processual, visto que poderia ensejar o “efeito confirmatório” das decisões, conforme lições de Coutinho et al (2019), já que o juiz que denega um *habeas corpus* ou decreta uma prisão preventiva, dificilmente proferirá uma decisão absolutória em sentença.

A forma pela qual foi concebida a reforma de 2019 delegou ao juiz das garantias a atribuição para atuar exclusivamente na fase pré processual,

porém, a referida reforma foi além, ao possibilitar que a sua atuação se estendesse até a prática do procedimento previsto no art. 399 do CPP, de modo que ele não apenas recebe ou rejeita a denúncia ou a queixa, mas em caso de recebimento, já procede à citação do réu para apresentação da resposta preliminar.

Ato contínuo, o próprio juiz das garantias decide pela absolvição sumária ou não, e em caso negativo, determina a data da audiência de instrução e julgamento, ocasião que sua atuação se encerra. Nesse ínterim, ele remete os autos para o juiz responsável pela instrução, que presidirá a audiência prevista no art.400. Veja-se: “Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e, cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código” (BRASIL, 2019).

O juiz das garantias, por si só, tem o condão de reafirmar o sistema acusatório, já que não possui a liberalidade de agir de ofício na fase investigativa tal como acontece na sistemática processual atual; ele faria tão somente um controle prévio, que significa um “controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais” do acusado, ou seja, suas atribuições estariam voltadas à fase investigativa com a finalidade de resguardar o devido processo legal, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil no art. 5º, inciso LIV, bem como os demais direitos individuais dele decorrentes, como já explicitado acima.

Não obstante a premente necessidade de se instituir o juiz das garantias, com o fim de impedir a concentração de funções nas mãos de um só magistrado, o que levaria à formação de “quadros mentais paranoicos”, tal instituto e os seus adendos tiveram sua eficácia suspensa *sine die* através de uma decisão monocrática em medida cautelar do relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298/DF, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, que citou: “a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país”.

Segundo o Ministro Luiz Fux (2020), surgiram alguns entraves relacionados a uma possível inconstitucionalidade da instituição do juiz das garantias tal como foi introduzido no ordenamento. A matéria diz respeito a um

procedimento, caso em que a alteração legislativa passa a ser de competência concorrente entre estados e União; de outro giro, a instituição da figura do juiz das garantias deveria ter sido de iniciativa do poder judiciário, já que é de sua competência dispor sobre organização e divisão judiciária; há ainda a defesa de que esta matéria deveria ser tratada por lei complementar, além do que seria necessária prévia dotação orçamentária destinada a esse fim.

Malgrado o posicionamento do ministro e apesar de se poder cogitar possíveis inconstitucionalidades na instituição do juiz das garantias, não se concebe a existência de motivação idônea para a suspensão do artigo 3º-A introduzido pelo Pacote Anticrime, que estabelece a estrutura acusatória do processo penal brasileiro, retirando do juiz a iniciativa na fase de investigação e na produção probatória, já que esse dispositivo não se enquadra nos motivos pelos quais o ministro fundamentou as suspensões que foram determinadas.

Ora, é indubitável que o dispositivo referido acima resolveria definitivamente a celeuma do sistema processual existente no processo penal brasileiro consoante o que foi exposto anteriormente, já que ele seria capaz de revogar tacitamente o artigo 156 do Código de Processo Penal, o maior expoente da matriz inquisitória contido nesse diploma, posto que a gestão da prova é o elemento mais importante a definir um sistema processual penal adotado em determinado ordenamento jurídico, segundo o que aduz a doutrina majoritária.

A atuação do magistrado no contexto da legislação atual, permite ao juiz a iniciativa probatória e a atuação na fase investigativa, mormente com a falta do contraditório, o que faz com que o juiz atue sob o que se denominou de “primado das hipóteses sobre os fatos”.

Na ótica de Cordero (1986, p. 51): “quem investiga segue uma delas, às vezes com os olhos fechados [...] como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele que as coloca sobre a mesa, aponta na direção da ‘sua’ hipótese”. Essa atitude, portanto, destoa completamente das balizas de um regime democrático, como o adotado no Brasil. Coutinho (2009, p. 109) afirma que:

Nunca se terá democracia processual desse modo, por evidente, mesmo se se pensar tão só nos grandes magistrados. Um sistema desse porte, em que se

controlam as premissas, não só não é alheio ao solipsismo como lhe incentiva. E o pior é que a Constituição da República não se faz viva.

Por tudo quanto foi exposto, é indiscutível a necessidade de implantação do modelo acusatório no cenário processual penal brasileiro para que não haja atuações de magistrados que queiram conduzir o processo com subjetivismo, querendo utilizá-lo, inclusive, como instrumento político e como retaliação, como se vê em diversos casos por todo o país e que já foi exemplificado ao longo desta pesquisa. Faz-se imprescindível, de igual modo, uma transformação estrutural na mentalidade dos aplicadores da lei, pois não há sentido em se fazer uma alteração legal se o viés inquisitório permanecer enraizado na mente dos magistrados.

Dessa forma, a conclusão a que se chega é que, especificamente no que respeita ao art. 3º-A do CPP, deve o plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298/DF, desconstituir a sua suspensão e retomar-lhe a vigência por tudo quanto foi minuciosamente detalhado alhures.

Outra mudança crucial que está intrinsecamente ligada ao juiz das garantias e à nova sistemática processual acusatória é a exclusão física dos autos do inquérito, tema central deste trabalho. Deve-se retirar os autos do Inquérito Policial do processo para evitar, como bem defendido por Rosa (2020, p. 217):

Indesejáveis confusões de fontes cognitivas atendíveis, contribuindo assim a orientar sobre alcance e finalidade da prática probatória realizada no debate, essa técnica também é utilizada no processo penal italiano, que eliminam dos autos que formarão o processo todas as peças de investigação preliminar, com exceção do corpo delito e das antecipadas produzidas no respectivo incidente probatório.

Tal exclusão tem a finalidade de impedir que os elementos colhidos no inquérito contaminem o juiz, pois trata-se de um momento investigativo em que

há fortes limitações ao contraditório, à ampla defesa, bem como não serve para justificar uma sentença. O fim ao qual se pretende atingir é a originalidade do processo. É através do inquérito policial que se recolhe elementos úteis à determinação do fato e da autoria em grau de probabilidade, para dar suporte ao órgão acusatório na elaboração da ação penal. Excluindo-se do processo o inquérito, evita-se a contaminação do julgador e a produção probatória recai exclusivamente sobre os atos praticados em sede processual, respeitadas todas as garantias inerentes ao devido processo legal. Veja-se:

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo. Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo (BRASIL, 2019).

Há muito uma parte considerável da doutrina pátria defende que a prevenção deve deixar de ser causa de fixação de competência e passar a ser causa de exclusão. Com a nova sistemática processual, foi exatamente o que aconteceu, o juiz que participada fase de investigação é considerado um juiz contaminado e não deve adentrar na fase processual.

No parágrafo único, o legislador já se adianta ao apresentar soluções orçamentárias caso esse seja o argumento crítico em oposição à implementação do juiz das garantias, pois o cenário que está posto atualmente no país é de inúmeras comarcas que contam com apenas um magistrado, todavia, há comarcas contíguas em que funcionam dois ou mais juízes que estariam aptos a cruzar processos e alternar as funções de juiz de instrução e juiz de garantias, e ainda com a possibilidade de tudo isso acontecer online através de inquérito eletrônico.

Atualmente, diante da implementação quase total de processos e inquéritos eletrônicos, tornou-se possível a criação de centrais de inquéritos em comarcas maiores para atender outras menores que fazem parte da mesma região. Outrossim, não há necessidade de se criar novos cargos, o juiz das

garantias será designado através de normas de organização judiciária, entre os juízes estaduais e federais, seguindo orientações gerais do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal (BRASIL, 2019).

Ante o exposto, é inegável que a figura do juiz das garantias irá provocar uma mudança profunda no sistema processual penal brasileiro, de cunho muito mais ideológico ou principiológico do que propriamente estrutural, não comprometendo os cofres públicos para a sua efetivação, pois a própria legislação trouxe na sua redação legal soluções práticas de baixo orçamento, como já mencionado.

Não há como se encobrir o fato de que a instituição do juiz de garantias seja talvez o mais importante passo na consolidação do sistema acusatório, na medida em que afasta o magistrado que vai presidir o processo da fase investigativa, protegendo a sua imparcialidade.

Diante de uma mudança tão importante, importa frisar que os dispositivos legais suspensos, apesar dos argumentos contrários, além de não criar cargos públicos como já dito antes, não atrapalham a organização judiciária dos tribunais e não implicam em aumento de despesas. A falácia oposicionista, na realidade, está acomodada na atual conjuntura, além de se deixar dominar pela vaidade corporativa, que culmina no desrespeito às diretrizes constitucionais.

Essa inovação foi muito bem defendida pelo Ministro Dias Toffoli quando da sua decisão monocrática. O ministro enfrentou o tema e entendeu que deveria somente estender o prazo da *vacatio legis* do instituto, pois que a instituição do juiz das garantias pela Lei nº 13.964/2019 veio a reforçar o modelo acusatório consignado na Constituição Federal.

Não se pode olvidar que o processo penal passa por uma evolução sem precedentes, caminhando progressivamente, ainda que a passos curtos rumo à

implantação do modelo acusatório moderno, que já tem bases sólidas em diversos países latino-americanos. Portanto, do ponto de vista material, a figura do juiz das garantias buscou corresponder à exigência de imparcialidade do julgador.

## **4 OS EFEITOS DA EXCLUSÃO DOS AUTOS DE INVESTIGAÇÃO**

### **4.1 A IMPARCIALIDADE DO JUIZ COMO PRESSUPOSTO DO SISTEMA ACUSATÓRIO**

Para que a nova sistemática processual introduzida pelo Pacote Anticrime seja melhor aplicada e utilizada, é preciso que, acima de tudo, o juiz esteja investido de uma garantia conhecida como imparcialidade, característica intrinsecamente ligada à sua atribuição e que não se pode dissociar do seu papel enquanto julgador. No entendimento de Lopes Júnior (2020, p. 48):

Em última análise, é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual.

A definição de imparcialidade segundo o dicionário da língua portuguesa significa algo não parcial, que aprecia e julga de modo equidistante, prudente no tratamento. É sinônimo de justo, reto, equitativo e neutro.

Já a imparcialidade como princípio penal e processual penal é muito mais ampla e deve ser considerada em conjunto com a ordem constitucional, numa análise sistemática com outros princípios consagrados na ordem normativa vigente. Trata-se, por conseguinte, de um princípio implícito, que contribui para formar o leque de direitos e garantias que compõem o devido processo legal. De modo que, se o princípio da imparcialidade integra o

princípio do devido processo legal, expressamente mencionado na Constituição Federal, deve ser concebido como de fato é, princípio constitucional implícito e garantia fundamental no âmago de qualquer julgamento, tanto judicial como administrativo.

Não há como se cogitar a ideia de uma imparcialidade fora dos moldes do sistema acusatório, pois é pressuposto para a existência desse princípio a separação das funções acusatória e julgadora, além do distanciamento do magistrado da etapa investigativa, fator primordial para se configurar o princípio acusatório no ordenamento jurídico. É o que endossa Lopes Júnior (2020, p. 50):

A concepção de sistema processual não pode ser pensada de forma desconectada do princípio supremo do processo, que é a imparcialidade, pois existe um imenso prejuízo que decorre dos pré-juízos (conforme consolidada jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos), isto é, juiz que vai de ofício atrás da prova está contaminado (como explicaremos no próximo capítulo) e não pode julgar, pois ele decide primeiro (quebra da imparcialidade) e depois vai atrás da prova necessária para justificar a decisão já tomada (quebra da concepção de processo como procedimento em contraditório)

A imparcialidade, por sua vez, pode ser compreendida sob dois viés: subjetivo, que se refere à convicção pessoal do juiz, quando conhece de um determinado assunto e emite seu próprio juízo de valor; e o objetivo, que ocorre quando o juiz está calcado em garantias constitucionais e legais que amparam a sua atuação imparcial.

Nesse sentido, Maya (2014, p. 95) colaciona em sua obra a manifestação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos acerca do duplo significado da imparcialidade:

[...] ressalva feita pela própria Corte no sentido da inexistência de uma diferenciação clara entre as duas noções de imparcialidade, pois uma mesma conduta de

um juiz pode não apenas provocar objetivamente uma apreensão de perda da imparcialidade sob o ponto de vista de terceiros, o que representa a análise objetiva, mas também externa a convicção pessoal desse magistrado, o que conduz ao exame subjetivo da imparcialidade.

A imparcialidade é, portanto, a principal garantia da jurisdição, e como tal, é demasiadamente exaltada no âmbito do modelo acusatório, porém extirpada do sistema inquisitório, já que aqui não existe distinção entre as figuras que acusam e que julgam, tampouco uma atuação jurisdicional no sentido de preservar a originalidade processual, mas altamente contaminada pela atividade investigativa. Aqui, novamente, faz-se menção às lições de Lopes Júnior (2020, p. 62) relativas ao tema:

Portanto, pensar no sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo. Precisamos compreender que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como os arts. 156, 385 etc.), pois são “substancialmente inconstitucionais”. Assumido o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória.

Por outro lado, imperioso destacar que, para se obter um processo e, conseqüentemente, um julgamento justo, não é suficiente que o princípio da imparcialidade seja considerado apenas no sentido de estabelecer critérios proibitivos, porque para revelar a sua verdadeira faceta, o juiz deve internalizar em si e externalizar na sua decisão um equilíbrio quanto às questões sócio-

econômicas e culturais que acometem as partes e que, inevitavelmente, são afeitas à relação jurídico-processual. Uma vez imbuído de todos esses fatores, e equalizando-os na relação processual é que o juiz reunirá em si as condições para proferir decisões ética e moralmente imparciais.

Apesar de a imparcialidade ser um atributo indispensável no processo penal constitucionalizado, o que se tem ainda hoje são inúmeros traços inquisitoriais nos sistemas processuais acusatórios, especialmente no que tange aos limites impostos à atuação do juiz, posto que, não raras vezes, este se transporta da condição de ator inerte do processo para a de investigador dos fatos ou produtor de prova.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos é clara a esse respeito, segundo Lopes Júnior (2020, p. 94) descreve em seu livro:

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) [...] consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador. [...] Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos pré-juízos conduz à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva. [...] o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz instrutor uma série de pré-juízos e impressões a favor ou contra o imputado, influenciando no momento de sentenciar.

Como se pode ver, o princípio da imparcialidade se confunde com a própria noção de jurisdição, não à toa ele recebeu destaque nos diplomas internacionais que tratam de Direitos Humanos, pois foi considerado pelos Estados signatários com um princípio inerente à pessoa humana.

Exemplo de sua aplicação, o artigo X da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, menciona que é assegurado a todo ser humano o direito “a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela”.

Do mesmo modo, o artigo 14, §1º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, preceitua que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal [...]”

Outrossim, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”, aduz em seu artigo 8º que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei [...]”

No ordenamento pátrio, a Carta Magna elevou, no art. 5º, §2º, os Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos, dos quais o Brasil seja signatário, ao *status* de norma constitucional, e, segundo o que descreve o §3º do mesmo dispositivo, os Tratados se equiparam formalmente às emendas constitucionais, no caso de serem aprovados internamente com o quórum destas.

Utilizando-se do Direito Comparado, mais especificamente da jurisprudência europeia, Maya (2014, p. 95) transcreve em sua obra pequenos resumos de julgamentos realizados no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a exemplo dos dois seguintes:

No mesmo sentido, a Corte Europeia julgou violado o direito a um julgamento imparcial no caso *Daktaras vs. Lituânia*, em que o próprio Presidente da Suprema Corte, antes de nomear os juízes competentes para o exame do recurso do réu, havia formalizado perante a divisão criminal do Tribunal um requerimento de reforma da decisão atacada, para que prevalecesse a decisão condenatória proferida em primeira instância [...]

Em outra oportunidade semelhante, no julgamento do caso *Buscemi vs. Itália*, outra vez o TEDH decidiu no sentido da violação da imparcialidade subjetiva, caso em que o juiz teria emitido sua opinião sobre fatos pendentes de julgamento em jornal de circulação local, travando,

pela mídia, um debate com uma das partes envolvidas na controvérsia judicial [...]

Deve-se, pois, ter plena consciência de que, num Estado Democrático de Direito, não se pode cogitar a existência de um processo penal constitucionalizado ante a violação do princípio da imparcialidade, quando o julgador assume uma posição que destoia da demarcada pelos ditames do sistema processual acusatório. Nas lições de Afrânio Silva Jardim: “É impossível compatibilizar o Estado Democrático de Direito, prometido expressamente em nossa Constituição da República, com um Poder Judiciário punitivista, ativista, que ‘flexibiliza’ direitos fundamentais e sociais elencados na Constituição.”

O julgamento imparcial dedicado às partes, sob o prisma dos direitos humanos, é exatamente o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como pressuposto necessário à existência de um processo pautado na equidade e na própria noção de justiça.

Finalmente, resta evidente que o juiz deve procurar se distanciar da atividade probatória, a fim de possuir o afastamento necessário para valorar essa prova de maneira racional. A postura do juiz-espectador em contrapartida à postura inquisitória do juiz-ator é o que se propõe na busca pelo ideal do sistema acusatório.

#### 4.2 A INSERÇÃO DO ART. 3º-C, §3º E A (IN)VALIDADE DO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Como decorrência lógica de tudo quanto foi exposto ao longo deste trabalho, chega-se à conclusão que o que macula a imparcialidade e contamina o julgador é o seu contato com os elementos informativos na fase investigativa. Em outras palavras, quando o juiz é investido de poderes investigatórios, instrutórios e probatórios, participando tanto da fase preliminar como da processual, aglutinando funções que deveriam estar claramente separadas, tem-se uma afronta desmedida aos ditames constitucionais, ao devido processo legal e ao Estado Democrático de Direito.

A inovação trazida pelo Pacote Anticrime constante do art.3º-C do Código de Processo Penal, em seu parágrafo terceiro, valida no ordenamento jurídico a exclusão dos autos do inquérito. A finalidade deste dispositivo legal é promover o acautelamento dos atos investigativos preliminares na secretaria do Juízo de Garantias, de modo a retirar completamente da cognição do juiz da instrução os elementos de informação colhidos em sede de inquérito policial. Essa novidade legislativa empreende uma alteração significativa quanto à natureza dos elementos que podem ser utilizados para fundamentar uma sentença condenatória.

A despeito de estar com sua eficácia suspensa em virtude da liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux nos autos das ADIns nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, as melhorias que esse dispositivo legal pode proporcionar no combate às ilegalidades cometidas na fase de investigação são fundamentais para a evolução do processo penal brasileiro rumo à verdadeira democratização e ao alinhamento com o que preceitua a Constituição Federal.

O atual e ainda vigente art. 155 do CPP aduz que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

O dispositivo mencionado inicia sua dicção legal de modo coerente quando estabelece que o juiz formará sua convicção de acordo com a prova produzida em juízo, mas se equivoca ao dar margem para que o magistrado se respalde também nos elementos de informação colhidos na fase investigativa, visto que aqui há uma imensa relativização das garantias fundamentais. A falha do legislador, nesse ponto, desencadeia um erro gravíssimo que é a possibilidade de o juiz condenar com base na prova judicial somada à do inquérito.

Segundo Lopes Júnior (2020, p. 194):

O grande erro da reforma pontual (Lei n. 11.690/2008) foi ter inserido a palavra ‘exclusivamente’. Perdeu-se uma grande oportunidade de acabar com as condenações disfarçadas, ou seja, as sentenças baseadas no inquérito

policial, instrumento inquisitório e que não pode ser utilizado na sentença. Quando o art. 155 afirma que o juiz não pode fundamentar sua decisão 'exclusivamente' com base no inquérito policial, está mantendo aberta a possibilidade (absurda) de os juízes seguirem utilizando o inquérito policial, desde que também invoquem algum elemento probatório do processo. Manteve-se, assim, a autorização legal para que os juízes e tribunais sigam utilizando a versão dissimulada, que anda muito em voga, de 'condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito'. Na verdade, essa fórmula jurídica deve ser lida da seguinte forma: não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou me socorrer do que está no inquérito. Isso é violar a garantia da própria jurisdição e do contraditório.

Contudo, o que se percebe na rotina forense é que o inquérito policial influencia fortemente na convicção do juiz, pois como ele está a par de todo o processo, é impossível que não venha a ser persuadido por seus elementos informativos. Grinover (1996, p. 239) defende que essa influência acontece por dois motivos:

em primeiro lugar, porque quem realiza o juízo de pré-admissibilidade da acusação é o mesmo juiz que proferirá a sentença no processo (exceto no caso do Júri); b) em segundo lugar, porque os autos do inquérito são anexados ao processo e assim acabam influenciando direta ou indiretamente no convencimento do juiz.

Conforme as lições de Semer (2019, p.111), um processo calcado nos moldes inquisitoriais continua considerando o acusado como objeto da persecução penal, e não como um autêntico sujeito de direitos. Além de lhe ser tolhido o direito ao exercício do contraditório pleno e efetivo, o réu termina se submetendo a um sistema de falsas oralidades (SAMPAIO; MELO, 2017, p.893-895), no qual o juiz sequer tem o domínio da sua própria atividade cognitiva.

Teoricamente, a Constituição Federal de 1988 garante às partes um modelo processual acusatório, fincado no contraditório e na imediação dos atos instrutórios, porém, usualmente o que acontece é uma transfiguração automática dos elementos obtidos na fase preliminar em provas. À título de exemplo, tem-se que confissões extrajudiciais, reconhecimentos fotográficos e depoimentos de policiais não ratificados em juízo são a única fonte probatória de inúmeras condenações.

Na concepção de Binder (2003, p. 182), as sentenças proferidas nesse contexto são manifestamente inconstitucionais, pois se baseiam exclusivamente no sumário, ou seja, nas informações colhidas sem o mínimo respeito às garantias processuais fundamentais, como o contraditório.

A despeito de os vícios serem patentes, a inaceitável utilização do sistema misto, marcado por características inquisitoriais e acusatórias, cujas raízes advêm do Código Napoleônico, criou uma falsa percepção de que mantendo somente na fase processual o sistema acusatório, seria o bastante no sentido de resguardar as garantias fundamentais dos acusados. Acerca dessa falaciosa interpretação, ressalta Lopes Júnior (2020, p. 192):

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquirição do inquérito, sendo trazida 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 inquirição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

Apenas num sistema eminentemente oral, que assegure a imediaticidade e a centralização dos atos instrutórios em audiência, permitindo o embate adversarial entre as partes com todas as garantias inerentes, é que

se pode definir como acusatório. Na acepção de Prado (2006, p.157), “a matriz acusatória depende da oralidade para definir os papéis concretos exercitados pelos sujeitos processuais”.

Nesse ínterim, acrescenta Maya (2015, p. 229):

[...] ao estabelecer um vínculo compacto entre provas, argumentos e sentença, aproximando esses três momentos processuais, a oralidade contribui para a redução do arbítrio das decisões judiciais e reforça a sua legitimidade. Sob outro aspecto, apresenta-se como alternativa ao procedimento escrito e escalonado, típico dos processos formatados como investigação oficial nos Estados burocráticos, característica dos modelos autoritários, ditos inquisitoriais, em que o protagonismo do juiz subtrai a eficácia material do contraditório. Enfim, a oralidade funciona como técnica de redução da distância entre o ser e o dever ser do contraditório enquanto garantia fundamental, um instrumento facilitador dos princípios políticos e das garantas fundamentais que estruturam o processo penal democrático.

O princípio da oralidade, segundo Vasconcellos (2020, p. 266), além de assegurar a ampla participação das partes, respeitando-se o contraditório pleno e efetivo, possui uma importância que vai além dessa relação entre as partes: ele proporciona a publicidade do processo penal, pressuposto necessário para atender as premissas do Estado Democrático de Direito.

Ante o exposto, nota-se que a oralidade não é somente um elemento que garante a participação efetiva no processo, como também serve para regular a própria atividade judicante, bem como a atividade policial, responsável por colher os indícios de autoria e materialidade que servem de suporte à ação penal do órgão acusador.

Nas palavras de Maier (2004, p. 661), a única forma de levar a público o procedimento penal e, dessa forma, submetê-lo ao controle popular, é

fazendo-o acontecer através de seguidas audiências de instrução, com a concentração de seus atos de forma oral.

Sendo assim, a exclusão dos autos do inquérito tem o condão de demonstrar a necessidade de positivação de um sistema processual penal essencialmente oral, de estrutura plenamente acusatória, conforme previsto no recém-promulgado art. 3º-A do Código de Processo Penal. Isso porque, afastando do juiz o contato e o manejo dos autos do inquérito, recai sobre ele o dever de se ater à instrução processual a fim de consolidar sua convicção, eximindo-se de ser contaminado por informações obtidas inquisitorialmente. Trata-se, portanto, como afirma Lopes Jr. (2020, p.197), de:

[...] medida importantíssima para que os atos da investigação preliminar (seja ela qual for) não ingressem no processo. Essa exclusão (ou não inclusão) serve exatamente para evitar a contaminação do juiz da instrução (portanto, o que irá julgar) pelos elementos obtidos no inquérito, com severas limitações de contraditório, defesa e, principalmente, que não servem e não se destinam à sentença. O objetivo é a absoluta *originalità* do processo penal, de modo que na fase pré-processual não é atribuído o poder de aquisição da prova.

A efetivação desse intento, todavia, só se sustenta no caso de ser reconhecida, paralelamente, a constitucionalidade do instituto do juiz de garantias e implementada a sua aplicação. Nesse sentido, importantes são as considerações feita por Badaró (2020, p 58):

No sistema originário do CPP, em que um mesmo juiz, fisicamente, atua na investigação, da admissão da acusação, e na instrução e julgamento, não tem sentido a exclusão física dos autos do inquérito policial, pois não haverá como excluir o conhecimento do juiz que previamente teve contato com elementos de informação do inquérito, o conteúdo daquilo com que já teve contato. O problema não é jurídico nem legal, mas psicológico.

Vale ressaltar que, embora os dispositivos suspensos pelo STF venham a ter sua eficácia restaurada, deve-se ter em mente que eles não são o bastante para justificar a real necessidade da exclusão dos autos do inquérito e, conseqüentemente, da proibição do uso de elementos informativos como fundamentos para a condenação criminal.

Por tal razão, mostra-se imperiosa a necessidade de uma adequação do art. 155 do Código de Processo Penal, que atualmente distingue claramente a prova dos elementos de informação. Essa diferença é substancial no nosso sistema processual penal, pois, segundo afirma Ferrajoli (2002, p.119), mais importante do que a necessidade da prova — para que se respeitem as garantias fundamentais — é a preservação do contraditório, ou seja, a possibilidade de refutação da hipótese provada. Apesar de ser patente o efeito dessa distinção, a proibição do uso “exclusivo” dos elementos informativos para fundamentar sentenças condenatórias contribui para que as decisões sejam camufladas, utilizando-se dos elementos obtidos na fase preliminar, a despeito de não mencionarem expressamente esse feito, sendo que, em verdade, constituem o principal fundamento levado a efeito pelo magistrado para se chegar à convicção da condenação.

Importante destacar que, após a inovação legislativa, apesar de o inquérito não poder ser apensado aos autos do processo penal, o §4º do art. 3º-C garante à parte amplo acesso aos elementos de informação, o que daria brecha à interpretação de que ainda se permite empregar, como justificativa suficiente à sentença condenatória, elementos não confirmados na fase processual, como a confissão extrajudicial.

De outro giro, se for permitido ao Ministério Público utilizar-se dos elementos colhidos na fase investigativa em suas alegações finais, objetivando sustentar a tese acusatória, a exclusão física dos autos do inquérito perde sua razão de ser. Nesse contexto, resta evidenciada a importância de se ter uma interpretação acertada sobre o famigerado art.155 do Código de Processo Penal, a fim de se vedar peremptoriamente a utilização de elementos informativos na formação da convicção do juiz, para que, dessa forma, se tenha um sistema processual fincado na oralidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito positivado, enquanto instrumento de controle da vida social, deve estar em consonância e evoluir paralelamente ao contexto em que está inserido. Ocorre que, com a presente pesquisa, restou evidenciado que as características inquisitórias fortemente presentes nos processos criminais pátrios destoam dos avanços de cunho democrático notadamente reconhecidos nos últimos anos e elencados na Constituição Federal de 1988.

Nesta senda, observou-se que é crucial a necessidade de implantação do sistema processual acusatório na legislação penal brasileira, a fim de apagar definitivamente as manchas inquisitórias presentes na sistemática vigente, porquanto, segundo o que foi demonstrado, esse intento representa um alinhamento com aquilo que prevê a Carta Magna, além de resultar em maior paridade na relação processual entre acusação e defesa, já que, quando o magistrado tem nas mãos a iniciativa probatória, fica extremamente tendencioso à tese acusatória, o que acaba provocando um enorme desequilíbrio processual.

Restou demonstrado, através deste trabalho, que o Pacote Anticrime se apresentou como uma grande promessa no tocante a temática abordada, pois, além de trazer previsão legal expressa acerca da adoção do sistema acusatório pelo ordenamento jurídico nacional, prevê também a figura do “juiz das garantias” e eleva ainda mais a autonomia das partes em sede processual. Ademais, como visto, a novel legislação alterou dispositivos legais que referendavam a atuação de ofício de magistrados e lhes dava amplo poder para transitar entre a fase investigativa e processual, o que enfraquecia sobremaneira o sistema acusatório preconizado pela Carta Magna.

Em face do exposto, pôde-se perceber a importância da consolidação da exclusão dos autos do inquérito, por intermédio do novo art.3º, §3º, do Código de Processo Penal, como mecanismo para se refrear, no âmbito da valoração probatória realizada pelo juiz, a cognição de elementos informativos colhidos na fase investigativa. Se restaurada a eficácia deste dispositivo, tal como dos que instituem a figura do juiz de garantias, será possível um controle mais efetivo da imparcialidade do magistrado e da efetivação do sistema acusatório no Brasil.

Não obstante essas inovações legislativas, foi possível notar durante a feitura deste trabalho que o caminho é longo no sentido de afastar da nossa realidade processual o contato do juiz de instrução com a atividade investigativa, embora já seja notório que tais novidades apontam para um grande avanço do sistema de valoração racional da prova, cuja finalidade precípua é a reconstrução dos fatos da forma mais verossímil possível, protegendo as garantias inerentes ao exercício da jurisdição e reafirmando os mecanismos de controle do poder estatal.

Percebeu-se, outrossim, que a legislação que coloca os magistrados atuando na fase em que não há jurisdição, ação e processo não são compatíveis com o sistema processual penal que se extrai da Constituição da República de 1988. Todavia, não basta apenas a mudança na legislação, faz-se premente que os magistrados mudem sua mentalidade inquisitória enraizada e que, assim, atuem em consonância com aquilo que prevê a Carta Magna.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 11 out. 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal** [edição eletrônica]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BARROS, Marcelo. **Polícia e tortura no Brasil: conhecendo a caixa das maçãs podres**. Curitiba: Appris, 2015.

BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. **Sistema processual acusatório, imparcialidade dos juízes e estado de direito**. Jornal GGN. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/sistema-processual-acusatorio-imparcialidade-dos-juizes-e-estado-de-direito-reflexoes-por-afranio-silva-jardim> Acesso em: 25 out. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JÚNIOR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal** Da prevenção da competência ao Juiz das Garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no Processo Constitucional: O juiz das garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAMPAIO, André Rocha. MELO, Marcos Eugênio Vieira. Cultura inquisitória e as falsas oralidades. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre v.3, n.3. p.893-895, set./dez., 2017.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal**: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.