

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO**

MATHEUS FADONI BATALHA

**ARTIGO 3º-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SISTEMA ACUSATÓRIO:
REFLEXÕES SOBRE A ESTRUTURA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA**

São Paulo

2023

MATHEUS FADONI BATALHA

**ARTIGO 3º-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SISTEMA ACUSATÓRIO:
REFLEXÕES SOBRE A ESTRUTURA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Orientador: Prof. Dr. Humberto Barrionuevo Fabretti

**São Paulo
2023**

MATHEUS FADONI BATALHA

**ARTIGO 3º-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SISTEMA ACUSATÓRIO:
REFLEXÕES SOBRE A ESTRUTURA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em: __ / __ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Humberto Barrionuevo Fabretti
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Examinador (a) _____
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Examinador (a) _____
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Aos meus pais, Maurimar e Roberta,
minhas maiores inspirações, com todo o
meu amor e carinho.

Este trabalho é uma forma singela, mas
sincera, de expressar a minha eterna
gratidão por todo o apoio, suporte e
incentivo que me deram ao longo dessa
jornada acadêmica.

Sem vocês, nada disso seria possível.

*“Para que não possam abusar do poder,
precisa que, pela disposição das coisas, o
poder freie o poder.”*

Charles Montesquieu

ARTIGO 3º-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SISTEMA ACUSATÓRIO: REFLEXÕES SOBRE A ESTRUTURA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

Matheus Fadoni Batalha

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso tem como principal objetivo o estudo acerca dos impactos do artigo 3º-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 13.964/2019, sobre o ordenamento jurídico brasileiro. O estudo adotou técnicas de pesquisa bibliográfica, nacional e internacional, e jurisprudencial sobre o tema, abordando, inicialmente, a evolução histórica dos sistemas processuais penais e os princípios que os orientam. Em seguida, passa-se à análise das principais características do sistema adotado pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal brasileiro, como também ao exame do artigo 3º-A, que consagrou o sistema acusatório e atualmente se encontra suspenso em virtude de decisão do Supremo Tribunal Federal. Por fim, trata sobre a incompatibilidade de determinados dispositivos do Código de Processo Penal com o modelo acusatório. Conclui-se que a inclusão do artigo 3º-A no Código de Processo Penal buscou firmar o sistema acusatório no Brasil, bem como adequar o processo penal à ordem jurídica brasileira, assegurando a imparcialidade do juiz e a garantia dos direitos do acusado, razão pela qual os dispositivos que se mostrem incompatíveis com esse sistema deverão ser revogados tacitamente quando o artigo 3º-A entrar em vigor.

PALAVRAS CHAVES: Processo penal. Sistema acusatório. Juiz imparcial. Garantias fundamentais.

ABSTRACT: The present undergraduate thesis aims to study the impacts of Article 3-A of the Criminal Procedure Code, introduced by Law 13.964/2019, on the Brazilian legal system. The study adopted research techniques of national and international bibliographic, as well as jurisprudential analysis on the topic, addressing, initially, the historical evolution of criminal procedural systems and their guiding principles. Then, it analyzes the main characteristics of the system adopted by the Federal Constitution and the Brazilian Criminal Procedure Code, as well as the Article 3-A, which consecrated the accusatory system and is currently suspended due to a decision by the Brazilian Supreme Court. Finally, it addresses the incompatibility of certain provisions of the Criminal Procedure Code with the accusatory model. It is concluded that the inclusion of Article 3-A in the Criminal Procedure Code sought to establish the

accusatory system in Brazil, as well as adapt the criminal procedure to the Brazilian legal order, ensuring the impartiality of the judge and the guarantee of the rights of the accused, which is why provisions that prove to be incompatible with this system must be tacitly revoked when Article 3-A enters into force.

KEY WORDS: Criminal procedure. Accusatory system. Impartial judge. Fundamental guarantees.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sistemas processuais penais. 2.1. Sistema acusatório. 2.2. Sistema inquisitório. 2.3. Sistema misto. 3. Sistema processual penal brasileiro. 4. Dispositivos do Código de Processo Penal incompatíveis com o sistema acusatório. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como principal objetivo o estudo e a análise do artigo 3º-A do Código de Processo Penal – incluído pela Lei 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime. Para isso, serão examinados os sistemas acusatório, inquisitório e misto, suas origens, suas bases e seus fundamentos, bem como o sistema adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro e a incompatibilidade de alguns de seus artigos com o novo dispositivo inserido pelo Pacote Anticrime e com a Constituição Federal.

O Código de Processo Penal foi criado no período do Estado Novo – época do governo ditatorial de Getúlio Vargas, em que havia muita censura, tortura e prisões arbitrárias. Nesse contexto, o juiz tinha um papel ativo no processo penal, o que decorre do sistema inquisitório, no qual o magistrado pode agir de ofício para produzir provas e decretar prisões preventivas, por exemplo.

Com a Constituição Federal de 1988, foram criadas diversas garantias para o Direito brasileiro como um todo e, assim, muitos dispositivos do Código de Processo Penal se tornaram incompatíveis com o texto da Carta Magna.

No entanto, embora a Constituição Federal tenha previsto a estrutura processual penal acusatória, o Código de Processo Penal ainda apresenta resquícios inquisitórios, onde a figura do juiz e do órgão acusador se confundem.

Buscando solucionar esses conflitos e aperfeiçoar a legislação processual penal, o Poder Legislativo, por meio do Pacote Anticrime, acrescentou o artigo 3º-A no Código de Processo

Penal, que conta com a seguinte redação: “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”¹.

No entanto, esse dispositivo se encontra com sua eficácia suspensa, por prazo indeterminado, em razão de decisão liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em 22 de janeiro de 2020, o qual entendeu que a aplicação do artigo 3º-A exige uma reorganização da justiça criminal brasileira².

Não obstante, tão logo venha a ter eficácia, o artigo 3º-A do Código de Processo Penal trará enormes avanços para o sistema processual penal do nosso país, com a revogação tácita de dispositivos incompatíveis com o sistema acusatório, o que representa uma mudança da cultura inquisitória enraizada no sistema brasileiro, garantindo um processo penal mais democrático, onde as garantias fundamentais são respeitadas.

Como ponto central da pesquisa, questiona-se: quais serão os impactos do artigo 3º-A do Código de Processo Penal no sistema processual brasileiro?

A hipótese que motiva este artigo é a de que existem dispositivos no diploma processual brasileiro que se mostram incompatíveis com o sistema acusatório, uma vez que concedem ao magistrado o poder de participar ativamente do processo penal, podendo agir de ofício para produzir provas em determinadas circunstâncias, o que o retira de sua posição de imparcialidade.

Em que pese a estrutura acusatória esteja prevista na Constituição Federal, o sistema processual brasileiro encontra diversos resquícios do período autoritário em que o Código de Processo Penal foi criado.

Conferir poderes próprios de investigação e instrução processual ao magistrado, permitindo que esse saia de sua postura passiva e realize funções que, constitucionalmente, não são suas, além de escancarar graves deficiências estruturais das polícias e do Ministério Público, fere diversas garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição Federal.

O juiz, no processo penal acusatório, deve se manter imparcial e inerte, limitando-se a garantir a marcha processual e a analisar os pedidos feitos pelas partes. Nesse sentido, o artigo 3º-A do Código de Processo Penal se mostra um grande meio para maximizar a imparcialidade

¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 21 mar. 2023.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 22 jan. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203606&ext=.pdf>>. Acesso em 18 abr. 2023.

do órgão julgador, evitando que o magistrado possua iniciativa probatória e que atue em substituição ao órgão acusador. E é por isso que o estudo desse dispositivo se mostra tão importante.

Caso passe a ter plena eficácia, o artigo 3º-A poderá revogar tacitamente alguns dispositivos do Código de Processo Penal incompatíveis com o sistema acusatório, garantido a imparcialidade e inércia do juiz e afastando os resquícios inquisitórios e autoritários do sistema processual penal brasileiro.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Em primeiro lugar, merece destaque o fato de que a vida em sociedade fez com que os indivíduos fossem submetidos a diversas restrições, inclusive a de sua liberdade. Beccaria³ aponta que:

Por conseguinte, só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.

Essa restrição da liberdade individual em razão de um bem maior é consubstanciada, na atualidade, no poder-dever do Estado de punir aqueles que transgridam as normas definidas para a convivência social. Em outros termos, o *jus puniendi* nasce a partir do momento em que os bens jurídicos tutelados pelo Estado sofrem ofensas ou ameaças.

No entanto, em um Estado Democrático de Direito, devem ser impostos limites ao *jus puniendi*, de modo que este não pode ser exercido indiscriminadamente, garantindo-se, assim, a efetividade dos direitos individuais.

Logo, o processo penal tem caráter instrumental e pode ser entendido como o conjunto de regras estabelecidas para garantir que o Estado exerça o *jus puniendi* sem ferir as garantias constitucionais dos indivíduos. Nas palavras de Brito, Fabretti e Lima⁴:

O Direito Processual Penal deve ser operacionalizado como um instrumento, não deixando que técnicas e formalidades processuais o desviem de seu fim último, a paz social e a proteção do indivíduo. Ainda na esteira da instrumentalidade, o Processo Penal deve ser encarado como um instrumento

³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2015, p. 23.

⁴ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 3.

de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais assegurados na Constituição Federal, como o estado de inocência, o contraditório, a ampla defesa etc. Assim, o Processo Penal, como único meio de imposição de pena ao agente infrator, para a resolução do conflito social, tem, ainda, a função constitucional de defender o agente infrator do próprio Estado que o quer punir, para que este último não seja arbitrário.

A lição trazida em acórdão de relatoria do Ministro Celso de Mello⁵, do Supremo Tribunal Federal, também aponta o fato de que o processo penal limita o poder estatal, a fim de resguardar as garantias individuais:

A própria exigência de processo judicial já representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula de *nulla poena sine iudicio* exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.

Nesse sentido, o juiz surge no processo penal com o papel de “garantidor da eficácia do sistema de garantias da Constituição”⁶, sendo que o equilíbrio e a harmonia do sistema dependem diretamente da posição ocupada e da postura adotada por ele. Consequentemente, pode-se concluir que não existe um único tipo de sistema processual penal.

Historicamente, os sistemas processuais penais se distinguem quanto à forma como se apresentam e quanto aos princípios que os orientam, sendo que se dividem em três modelos: acusatório, inquisitório e misto.

O modelo de processo penal adotado pelos países varia de acordo com o momento de sua história em que se encontram. Épocas de maior repressão e opressão estatal, marcadas pela vigência de regimes autoritários ou totalitários, são aquelas em que o sistema inquisitório prevalece. Por outro lado, o sistema acusatório predomina em períodos mais democráticos, caracterizados pelo respeito aos direitos e garantias individuais.

Lopes Junior⁷ aponta, em linhas gerais, que o modelo acusatório predominou até meados do século XII, sendo substituído gradativamente pelo sistema inquisitório, o qual se mostrou predominante até o final do século XVIII e, em certos países, até parte do século XIX. Nesse momento, movimentos sociais e políticos, tais como a Revolução Francesa, mudaram o rumo

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 73338/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 19 dez. 1996. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424>>. Acesso em 18 abr. 2023.

⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 211.

⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 45.

do processo penal ao redor do mundo, iniciando-se uma transição para o sistema misto, o qual vigora até os dias atuais.

Os sistemas processuais penais são, portanto, reflexos da “estrutura e da concepção de poder estatal”⁸. Conforme defende Goldschmidt⁹:

Os princípios da política processual de uma nação nada mais são do que segmentos de sua política estatal em geral. Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação nada mais é do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição. A partir dessa experiência, a ciência processual desenvolveu uma série de princípios opostos que constituem o processo. [...] O predomínio de um ou outro desses princípios opostos no direito atual nada mais é do que uma transição do direito passado para o direito futuro.

Porém, importante se atentar ao fato de que a mudança entre modelos processuais nunca é imediata e não se dá da noite para o dia. Ao migrar do modelo inquisitório para o acusatório, por exemplo, os países passam por longos períodos de transição, razão pela qual, atualmente, não existem modelos genuinamente “puros”.

Feitas essas considerações preliminares, se mostram necessários alguns apontamentos acerca das características dos sistemas acusatório, inquisitório e misto, antes de iniciar a análise da atual conjuntura do sistema processual penal brasileiro.

2.1 SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório teve origem na Grécia e em Roma, vigorando durante grande parte da Antiguidade grega e romana, como também ao longo da Idade Média, nos domínios do direito Germano¹⁰. No entanto, esse modelo passou a entrar em declínio a partir da adoção de posturas mais repressivas pelos Estados, que deram subsídio à implementação do sistema inquisitório.

Essencialmente, o modelo acusatório tem como principal característica a evidente separação entre as funções de acusar, defender e julgar, a fim de preservar a imparcialidade do

⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 215.

⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935, p. 67, tradução livre do autor.

¹⁰ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 5.

magistrado, a igualdade processual entre defesa e acusação, assim como a efetivação de garantias individuais.

Por ocupar uma posição neutra e imparcial, o juiz não possui iniciativa probatória, a qual incumbe às partes, em um contexto de paridade de armas. Segundo Mirabete¹¹, o sistema em questão “implica o estabelecimento de uma verdadeira relação processual com o *actum trium personarum*, estando em pé de igualdade o autor e o réu, sobrepondo-se a eles, como órgão imparcial de aplicação da lei, o juiz”.

Seguindo essa mesma linha, Rangel¹² caracteriza o modelo acusatório da seguinte maneira:

O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo nossa posição (cf. item 1.7, *supra*), todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Assim, no sistema acusatório, cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu.

Além disso, nesse sistema, o procedimento tem caráter contraditório, é regido pelo sistema do livre convencimento motivado do magistrado e, em regra, são adotados os princípios da publicidade, da oralidade e da presunção de inocência – ou seja, o acusado permanece em liberdade durante o processo, podendo ser preso somente após a sentença condenatória irrevogável, ressalvadas as exceções.

Ao contrário do que se tem no sistema inquisitivo, o acusado, no processo acusatório, é “um sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar a versão defensiva de um lado, e sendo-lhe assegurado, de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer dever de colaborar com a descoberta da verdade”¹³.

De maneira clara e objetiva, Zilli¹⁴ apresenta a grande – e pior – consequência decorrente da quebra da imparcialidade do julgador, a qual é fundamental em um sistema processual acusatório:

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 21.

¹² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 30ª ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 68.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 107.

¹⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Rumo à estação acusatória do processo penal: leituras a partir da Lei 13.964/19. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, a. 22, n. 57, jan./mar. 2021, p. 221. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n57_11_rumo%20%C3%A0%20est%C3%A7%C3%A3o%20acusat%C3%B3ria.pdf?d=637437207258939915>. Acesso em 28 mar. 2023.

A tese acusatória será sustentada pelo órgão acusador, cabendo ao juiz deliberar sobre a sua veracidade e, em caso positivo, fixar as consequências de acordo com os parâmetros legais. Quando o juiz, ao longo do processo, toma para si funções que são próprias do acusador, aproxima-se do papel que seria desempenhado por um juiz em um enredo processual inquisitório. [...] Não cabe ao juiz a busca por fontes de prova na tentativa de aclarar a notícia de suposto ilícito, o questionamento sobre o plano de investigação ou avaliações sobre as estratégias investigatórias. Quando assim procede, vincula-se à energia dirigida à construção de uma possível tese acusatória a qual será chamado a decidir. O ativismo judicial na investigação distorce os papéis dos sujeitos processuais em um roteiro acusatório. Nesse cenário, difícil não imaginar um comprometimento do juiz com a tese acusatória que, de alguma forma, ele próprio ajudou a construir.

Ao buscar elementos probatórios para formar seu convencimento, o magistrado sai de sua posição de inércia e assume o papel da acusação, de modo que não se encontra mais como um terceiro imparcial dentro da relação processual – o que, de fato, não deve ocorrer em um processo democrático. Caso a acusação não consiga apresentar provas concretas de autoria e materialidade, aptas a embasar uma condenação, o acusado deve ser absolvido. É o que diz o princípio do *in dubio pro reo*, estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o juiz deve figurar como um espectador, analisando o conjunto probatório produzido pelas partes para proferir uma decisão imparcial, bem como assegurando que o acusado seja tratado com dignidade e respeito, e não que seja visto e tratado como culpado desde o início.

Logo, Pérez¹⁵ aponta que “não existe justiça sem independência e imparcialidade do juiz”. Sendo assim, é correto afirmar que a imparcialidade do órgão julgador é o “princípio supremo do processo”¹⁶, a “condição *sine qua non* do processo justo”¹⁷.

Portanto, apenas com a devida separação das funções processuais e a efetivação do contraditório é que se garante a imparcialidade do juiz e, conseqüentemente, um verdadeiro processo democrático, em que as garantias individuais são respeitadas, o que só é possível em um sistema acusatório.

¹⁵ PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 2001, p. 164.

¹⁶ ALONSO, Pedro Aragones. *Proceso y Derecho Procesal*. Madrid: Edersa, 1997, p. 127.

¹⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 532.

2.2 SISTEMA INQUISITÓRIO

O modelo acusatório foi predominante até o século XII, de modo que passou a ser substituído pelo sistema inquisitório – considerado pela doutrina como o mais injusto¹⁸ – até meados do século XIV.

Durante esse período de transição, o modelo inquisitório foi se transformando e se desenvolvendo, sob grande influência da Igreja Católica, e tinha como fundamento a “verdade real” ou “absoluta”. Logo, a heresia era tida como um enorme problema, na medida em que atacava diretamente o núcleo fundante desse sistema, surgindo, então, a “necessidade” de se alterar a fisionomia do processo penal, com o intuito de combater o herege a qualquer custo, até mesmo com o emprego de tortura e crueldade¹⁹.

Zanoide²⁰ elucida com clareza essa questão:

A modificação processual penal, e não poderia ser diferente, ocorreu sob o influxo do modelo político que se instalava e que, por sua vez, possuía novos agentes externos (Igreja e reis) que imprimiam novo direcionamento ao modelo criminal. Tal direcionamento era tão diverso quanto o eram seus líderes e a forma de estes exercerem seus poderes e moverem-se no plano político. Para esses agentes externos implementarem o modelo criminal a seu feitio, precisavam inserir nele agentes internos mais afinados com sua ideologia e a eles fiéis, assim como proceder a mudanças procedimentais nas quais se criavam novos e estratégicos “lugares de poder” que foram ocupados por tais agentes.

Com isso, os poderes do juiz começaram a invadir a esfera de atribuições do órgão acusador, iniciando-se com a previsão de processos judiciais de ofício somente em casos de flagrante delito, passando-se à atuação *ex officio* em qualquer tipo de infração, até que se chegou ao ponto em que o julgador reunia em si mesmo as funções de investigação e acusação, além daquela que lhe é própria – julgar.

Segundo Badaró²¹, “no processo inquisitório, as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, isto é, um inquisidor”.

¹⁸ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 4.

¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 224.

²⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. **Processo criminal transformativo**: modelo criminal e sistema processual não violentos. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022, p. 288.

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 106.

É possível concluir, portanto, que a imparcialidade do magistrado em um sistema processual penal inquisitório, no qual há a constante busca pela “verdade real”, é impossível, considerando que ele deve sair de sua posição de inércia para proferir suas decisões. Neste aspecto, de acordo com Mossin²²:

Induvidosamente, em face mesmo da imperfeição humana que agasalha todo magistrado, não há como conceber que pode ele ao mesmo tempo acusar, defender e julgar sem que haja isenção de ânimo. Ora, o simples fato de acusar alguém da prática de uma infração típica revela, de plano, um convencimento quanto à sua culpabilidade, o que recomenda que o julgamento seja feito por um órgão distinto.

Aqui, merece destaque a lição de Ferrajoli²³, que indica com propriedade a principal diferença entre os modelos inquisitório e acusatório:

Enquanto ao sistema acusatório de fato convém um juiz espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos, e, portanto, mais prudente que sapiente, o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e por isso leguleio, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa.

O sistema inquisitório era composto por duas fases. A primeira, chamada de inquisição geral, visava a comprovação da autoria e materialidade referentes ao delito praticado. Já a segunda fase desse sistema, voltada à condenação e punição do acusado, era conhecida como inquisição especial.

Ao tomar conhecimento da existência de um fato típico, inclusive por meio de denúncias anônimas, o juiz saía de sua posição de inércia e passava a atuar de ofício para dar início à persecução penal e construir o seu convencimento. Isso significa que, no sistema inquisitório, o julgador “atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga”²⁴.

Nesse modelo, o procedimento era escrito, secreto, sem contraditório e a iniciativa probatória se encontrava nas mãos do magistrado. Além disso, a prisão cautelar do acusado era regra geral, assim como sua incomunicabilidade.

Isso permitia a prática de tortura contra o acusado, através de técnicas específicas de interrogatório, com a principal finalidade de obter uma confissão, a qual era tida como rainha

²² MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de processo penal**: curso completo. Barueri: Manole, 2010, p. 2.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 461.

²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 222.

das provas, vez que o processo inquisitório era regido pelo sistema legal de valoração das provas. Badaró²⁵ explica que:

[...] sob o ponto de vista do acusado, a diferença fundamental é que, no modelo inquisitório, o acusado não era um sujeito de direito, mas sim um objeto do processo, uma fonte detentora de toda a verdade a ser extraída, para não se dizer extorquida, pelo inquisidor, ainda que mediante tortura. O acusado era, portanto, epistemologicamente, um inimigo do inquisidor que, na busca da verdade, poderia torturá-lo para obter a confissão *ex ore rei*.

Percebe-se, assim, que modelos inquisitórios são marcados por não respeitarem os direitos individuais do acusado. Contudo, infelizmente, esse sistema não constitui apenas uma triste lembrança na história do Direito, eis que ainda podemos encontrar diversos resquícios inquisitórios em nosso Código de Processo Penal, conforme será exposto mais adiante.

2.3 SISTEMA MISTO

A França foi o primeiro país a adotar o chamado sistema processual misto, também chamado de acusatório formal, mais precisamente no ano de 1808, com a edição do Código Napoleônico, que previa a divisão do processo penal em duas fases: pré-processual e processual. A nomenclatura “sistema misto” se deu a partir dessa divisão, já que, preponderantemente, a fase pré-processual era inquisitória e a fase processual acusatória.

Tal fato é evidenciado por Muccio²⁶, que explica que “no processo tipo misto ou acusatório formal, na fase da investigação preliminar e da instrução preparatória, observa-se o processo do tipo inquisitivo e na fase de julgamento o processo do tipo acusatório”.

Além disso, buscando manter a titularidade da ação penal nas mãos do Estado, mas sem que as funções de acusar e julgar se confundissem, criou-se um órgão estatal responsável por exercer a pretensão acusatória: o Ministério Público.

As principais características do modelo misto são didaticamente elencadas por Rangel²⁷:

Tal sistema apresenta da mesma forma que o acusatório e o inquisitivo, características próprias, são elas: a) a fase preliminar de investigação é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, com o auxílio, da polícia judiciária, pratica todos os atos inerentes a formação de um juízo prévio que autorize a acusação. [...] b) na fase preliminar o procedimento é secreto, escrito e o autor

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 107.

²⁶ MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2000, p. 65.

²⁷ RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 194.

do fato é mero objeto da investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, face a influência do procedimento inquisitivo; c) a fase judicial é inaugurada com a acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público onde haverá um debate oral, público e contraditório estabelecendo plena igualdade de direitos entre a acusação e a defesa; d) o procedimento na fase judicial é contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regidos pelo princípio da concentração em que todos os atos são praticados em audiência.

Esse sistema, que “aproveita características do sistema inquisitivo e do acusatório, em fases distintas do processo”²⁸, se difundiu e, desde então, é apontado como o predominante ao redor de todo o mundo.

Com efeito, defende-se a ideia de que os sistemas “puros” são meros modelos históricos, os quais não correspondem, de fato, aos sistemas adotados pelos países na atualidade, razão pela qual todos são considerados mistos. Desse modo, Lopes Junior²⁹ é enfático ao defender a necessidade de identificação do núcleo fundante de um determinado sistema para que possa ser classificado como acusatório ou inquisitório:

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

Ou seja, por mais que sejam considerados mistos, os sistemas ainda são, essencialmente, acusatórios ou inquisitórios. Tudo depende dos princípios que orientam e formam seus núcleos.

Assim, a fim de identificar esse núcleo, podemos nos valer novamente da lição de Ferrajoli³⁰, que explica que, no sistema acusatório, o juiz assume o papel de espectador e se dedica a valorar os fatos de maneira imparcial e objetiva, enquanto no modelo inquisitório, o magistrado é um ator, um inquisidor, pois representa o interesse punitivo e é dotado de capacidade de investigação.

²⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 31.

²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 215.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 461.

3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, inciso I, determina que a ação penal pública deve ser promovida, privativamente, pelo Ministério Público, embora garanta ao ofendido o direito à ação privada subsidiária em seu artigo 5º, inciso LIX.

Ademais, o legislador constituinte também assegurou o contraditório e a ampla defesa no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna, bem como a indispensabilidade do advogado à administração da justiça, no artigo 133, e a instituição da Defensoria Pública, no artigo 134.

Tais disposições exigem que as funções de julgar, acusar e defender sejam plenamente separadas no processo penal. Dessa maneira, percebe-se que a Constituição Federal consagrou preceitos garantistas e estatuiu, no sistema processual brasileiro, elementos que compõem o núcleo do modelo acusatório, garantindo que o juiz se mantenha distante das partes, como um terceiro espectador e imparcial.

Os princípios do estado de inocência, do devido processo legal, do juiz natural, da paridade de armas e da publicidade também são exemplos de características típicas de um sistema processual acusatório asseguradas pela Constituição, assim como por tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil.

Nesse sentido, Prado³¹ expõe que:

[...] compete à Constituição da República tutelar o processo para que não se enuncie cláusula vazia e não se faça ouvidos de mercados à Declaração Universal de Direitos do Homem, que prescreve, em seu artigo 8º, que toda pessoa tem direito a um recurso efetivo ante os tribunais nacionais competentes, que ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais, reconhecidos pela constituição ou pela lei, assegurando-se a um só tempo a garantia constitucional do processo e o processo como garantia constitucional dos direitos.

Por óbvio, em um Estado Democrático de Direito, os princípios e as garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal devem sempre orientar e impor limites à lei processual penal. Logo, mostra-se de extrema importância a doutrina de Ferrajoli³², que ressalta a obrigação dos magistrados de assegurar a efetivação das disposições constitucionais: “a sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à

³¹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 57.

³² FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 90-91.

letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja coerente com a Constituição.”.

A norma processual, portanto, deve estar em plena harmonia com a Carta Magna, pois, como defende Rangel³³, “ou se respeita a pirâmide de Hans Kelsen ou se inverte a ordem jurídica”. Ou seja, “na medida em que a Constituição da República opta pela tutela dos direitos fundamentais, a estrutura processual penal daí derivada há de ser imposta com estrita observância do modo pelo qual é possível harmonizarem-se todos estes direitos”³⁴.

Ainda no ano de 1977, Bettiol³⁵ já alertava sobre a notória conexão existente entre Constituição, processo e garantias:

Código Processual que não encontre seu fundamento racional, político e jurídico, no articulado de uma Constituição que “reconheça e garanta os direitos invioláveis do homem” se encontra exposto a todas as possibilidades de reformas vinculadas a maiorias político-parlamentares ocasionais, com grave prejuízo das liberdades públicas e privadas.

Contudo, contrapondo toda essa lógica processual acusatória constitucionalmente definida, nota-se a existência de uma cultura inquisitorial enraizada em nosso Código de Processo Penal, o qual atribui funções próprias da acusação ao juiz, que, por sua vez, assume a gestão da prova, “transformando-se em um autêntico inquisidor dos tempos medievais”³⁶.

Criado em 1941 e influenciado pelo Código Rocco, da década de trinta, o Código de Processo Penal brasileiro é um reflexo do caráter repressivo da lei penal e do regime político vigentes à época de sua edição, tanto em nosso país, quanto no plano internacional³⁷. Portanto, Brito, Fabretti e Lima³⁸ lecionam que:

[...] a aplicação de um sistema puramente acusatório no Brasil constitui muito mais um ideal a perseguir do que uma regra clara a ser aplicada. Nosso Código de Processo Penal, decretado em 1941, em pleno período autoritário, ainda que tenha sido alterado constantemente com o passar dos anos, possui resquícios intencionais do mais puro inquisitório, tradição mal-vinda e persistente ainda em muitos códigos processuais da América Latina. Um exemplo atual desse comportamento é a manutenção da possibilidade de o juiz

³³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 30ª ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 74.

³⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 59.

³⁵ BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Barcelona: Bosch, 1977, p. 222.

³⁶ MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10.

³⁷ Nesse sentido, ver: GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em: < <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/8/19>>. Acesso em 09 mai. 2023.

³⁸ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 5.

realizar provas *ex officio*, antes mesmo do início da ação penal, ou a aplicação da *emendatio libelli*, adotada em nosso Código Processual Penal, na qual o juiz, de ofício, pode modificar a classificação jurídica do delito.

Nem mesmo as alterações ocorridas após a edição da Constituição Federal foram capazes de alterar o caráter inquisitório consolidado no Código de Processo Penal, conforme elucida Gloeckner³⁹:

Em algumas oportunidades, inclusive, tais alterações legislativas acabaram por acentuar características inquisitórias e autoritárias de um sistema antidemocrático, como o caso da autorização para o juiz determinar de ofício, mesmo que antes do ajuizamento da acusação, a cautelar de produção antecipada de provas (art. 156, I do CPP). Pode-se dizer que o sistema autoritário do Código de 1941 não foi suficientemente alterado para que seus elementos inquisitoriais de base fossem completamente expulsos do quadro normativo processual penal brasileiro.

A atribuição de poderes instrutórios ao juiz, em qualquer fase processual, aniquila o processo penal democrático, na medida em que afasta o julgador de sua essencial posição de imparcialidade e equidistância entre as partes e seus respectivos interesses. Isso decorre do fato de que qualquer tipo de ação realizada pelo magistrado com a finalidade de produção probatória é “precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar”⁴⁰.

Permitir que a autoridade judiciária gerencie – de ofício – a produção de elementos que irão compor o conjunto de provas do feito representa, evidentemente, uma grave e preocupante quebra de sua imparcialidade, vez que “abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”⁴¹.

Essa atuação parcial do magistrado também faz com que ele se sinta como integrante do sistema de segurança pública, escancarando seu desejo incontrolável de combater a criminalidade⁴². Ou seja, podemos afirmar que o juiz que parte em busca de elementos para

³⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 334.

⁴⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 158.

⁴¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, dez. 1998, p. 37. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>>. Acesso em 13 abr. 2023.

⁴² DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 106.

construir seu convencimento “cumpre função de segurança pública no exercício do magistério penal”⁴³.

Nesse sentido, elucida Lopes Junior⁴⁴:

É preciso que cada um ocupe o seu “lugar constitucionalmente demarcado” (clássica lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, com o MP acusando e provando (a carga probatória é dele), a defesa trazendo seus argumentos (sem carga probatória) e o juiz, julgando. Simples? Nem tanto, basta ver que a estrutura inquisitória e a cultura inquisitória (fortíssima) fazem com que se resista a essa estrutura dialética por vários motivos históricos, entre eles o mito da “busca da verdade real” e o anseio mítico pelo juiz justiceiro, que faça justiça mesmo que o acusador não produza prova suficiente.

Não obstante, em que pese haja uma enorme discussão doutrinária acerca do modelo processual adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, percebemos claramente que nosso sistema não é, de fato, puramente acusatório, como explica Zanoide⁴⁵:

Temos uma Constituição moderna, alinhada com todos os tratados internacionais que o país subscreveu nos últimos 60 anos, e produzida democraticamente em 1988; mas continuamos a conviver com um remendado, superado e atualmente assistemático Código de Processo Penal estruturalmente “misto” e, portanto, de eixo central, hierarquia e funcionalidade inquisitivas.

Diante dessa problemática, visando adequar a norma processual penal brasileira à ordem constitucional vigente há mais de trinta anos, a Lei 13.964/19, também chamada de Pacote Anticrime, além de alterar uma série de dispositivos, introduziu o artigo 3º-A no Código de Processo Penal, instituindo, definitivamente, a estrutura acusatória no nosso sistema, vedando a iniciativa do magistrado na fase de investigação e, na fase processual, a substituição da atuação probatória do órgão acusador.

Fabretti e Smanio⁴⁶ destacam a evolução que esse dispositivo representa para o nosso Diploma Processual Penal, visto que corresponde ao abandono da cultura inquisitorial tão presente no sistema brasileiro:

⁴³ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 105.

⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 53-54.

⁴⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. **Processo criminal transformativo**: modelo criminal e sistema processual não violentos. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 567.

⁴⁶ FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Comentários ao Pacote Anticrime**. 2ª ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 64-65.

Esse dispositivo é dos mais importantes trazidos pela Lei 13.964/2019, pois alinha, de maneira definitiva, o Código de Processo Penal brasileiro à Constituição Federal de 1988. Isso porque, embora a Constituição Federal brasileira previsse uma estrutura processual acusatória – presunção de inocência, contraditório, ampla defesa, juiz natural etc. –, o Código de Processo Penal ainda guardava resquícios inquisitórios, com certa confusão entre a figura do juiz e o órgão acusador, pois permitia, por exemplo, que o juiz decretasse prisão de ofício, condenasse o acusado ainda que a acusação pedisse absolvição, determinasse a produção probatória de ofício etc. [...] O que o art. 3º-A buscou foi exatamente reconhecer que o sistema processual brasileiro precisa ser acusatório, pois é o único compatível com nossa Constituição.

Todavia, esse e outros dispositivos que também foram incluídos no diploma processual penal brasileiro pelo Pacote Anticrime se encontram com sua eficácia suspensa, por tempo indeterminado, em razão da liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

De acordo com o Ministro do Supremo Tribunal Federal, as disposições acrescidas pelo Pacote Anticrime não representam apenas uma reforma, mas sim uma alteração direta e estrutural do funcionamento das unidades judiciárias criminais do país, sendo que sua implantação requer a reorganização da justiça criminal⁴⁷.

No entanto, devemos notar que, conforme as lições Badaró⁴⁸, “sem a divisão de tarefas, sem relação processual e sem contraditório, não haverá, sequer, um verdadeiro processo”. Desse modo, ao prever expressamente que o sistema de nosso país possui estrutura acusatória, o artigo 3º-A representa um grande avanço ao ordenamento jurídico pátrio, assegurando a imparcialidade do órgão julgador, que deve se portar como um terceiro espectador, e a efetivação de garantias constitucionais imprescindíveis a um processo penal democrático, tais como o contraditório.

4 DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL INCOMPATÍVEIS COM O SISTEMA ACUSATÓRIO

Atualmente, muitos doutrinadores, dentre eles Guilherme de Souza Nucci e Gustavo Henrique Badaró, defendem a posição de que, por mais que sejam conferidos poderes instrutórios ao magistrado, o processo penal brasileiro possui estrutura acusatória, ainda que de

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 22 jan. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203606&ext=.pdf>>. Acesso em 18 abr. 2023.

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 107.

maneira mitigada. A utilização da expressão “processo acusatório” por juristas funciona como uma espécie de “certificação de qualidade”⁴⁹ do sistema processual em vigor. Contudo, na prática, não é o que se verifica.

Como vimos anteriormente, em um sistema acusatório, não é possível, por exemplo, que o juiz determine, de ofício, a produção antecipada de provas, até mesmo antes do ajuizamento da acusação, como ocorre em nosso país.

Nesse sentido, o artigo 3º-A – que, infelizmente, se encontra suspenso – positivou, de maneira explícita, a estrutura acusatória no processo penal brasileiro, adequando a norma processual aos termos constitucionalmente previstos.

Não obstante, tão logo entre em vigor, alguns dispositivos do Código de Processo Penal que se mostram “substancialmente inconstitucionais”⁵⁰ serão tacitamente revogados, pois são incompatíveis com o sistema acusatório consagrado pela Lei 13.964/2019, como será demonstrado a seguir.

Em primeiro lugar, nota-se que o artigo 5º, inciso II, do Código de Processo Penal⁵¹ permite que, nos crimes de ação penal pública, o inquérito policial seja iniciado mediante requisição da autoridade judiciária.

Em seguida, tem-se que o magistrado pode ordenar, de ofício, o sequestro de bens, em qualquer fase do processo ou, até mesmo, antes do oferecimento da denúncia ou queixa, nos termos do artigo 127⁵².

Já o artigo 156 do Diploma Processual Penal⁵³ possibilita que o juiz, de ofício, ordene a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, bem como determine, durante a instrução processual ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências a fim de dirimir dúvidas.

⁴⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Rumo à estação acusatória do processo penal: leituras a partir da Lei 13.964/19. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, a. 22, n. 57, jan./mar. 2021, p. 221. Disponível em:

<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n57_11_rumo%20%C3%A0%20est%C3%A7%C3%A3o%20acusat%C3%B3ria.pdf?d=637437207258939915>. Acesso em 28 mar. 2023.

⁵⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 53.

⁵¹ “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”.

⁵² “Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa”.

⁵³ “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 artigo 168⁵⁴, por sua vez, permite que o magistrado determine a realização de exame pericial complementar, em casos de lesões corporais, caso o primeiro exame tenha sido incompleto.

Ademais, o legislador, no artigo 196 do Código de Processo Penal⁵⁵, concedeu ao juiz a possibilidade de proceder a novo interrogatório do réu de ofício.

Por outro lado, durante a instrução processual, caso o juiz assim julgue necessário, poderão ser ouvidas testemunhas distintas daquelas indicadas pelas partes, conforme dispõe o artigo 209⁵⁶.

Também cabe ao magistrado, de ofício, a tomada antecipada de depoimentos de testemunhas que tenham que se ausentar ou que, por velhice ou enfermidade, possam não estar mais presentes quando do início da instrução, segundo o artigo 225⁵⁷.

Além disso, o Código de Processo Penal, em seu artigo 234⁵⁸, prevê a juntada de documentos relativos a pontos relevantes à acusação ou à defesa pelo juiz, independentemente de requerimento das partes.

No mais, de acordo com a previsão do artigo 242⁵⁹, a busca, domiciliar ou pessoal, poderá ser determinada de ofício pela autoridade judiciária.

Ao seu turno, o artigo 385⁶⁰ define que, nos crimes de ação pública, mesmo que o Ministério Público (titular da ação) tenha se manifestado pela absolvição do acusado, o magistrado poderá proferir sentença condenatória, bem como reconhecer agravantes, mesmo que não tenham sido alegadas.

Outrossim, o artigo 404⁶¹ autoriza o juiz a ordenar, de ofício, durante a instrução processual, a realização de diligências por ele consideradas imprescindíveis, o que levará a audiência a ser concluída sem a apresentação de alegações finais.

⁵⁴ “Art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor”.

⁵⁵ “Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes”.

⁵⁶ “Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”.

⁵⁷ “Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”.

⁵⁸ “Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível”.

⁵⁹ “Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”.

⁶⁰ “Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.

⁶¹ “Art. 404. Ordenado diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais”.

Temos, ainda, que o juiz presidente do Tribunal do Júri possui a atribuição de determinar, de ofício, diligências destinadas a sanar nulidades ou suprir falta que prejudica o esclarecimento da verdade, nos termos do artigo 497, inciso XI⁶².

Por fim, o artigo 807 do Código de Processo Penal⁶³ estabelece que o texto do artigo 806 – que trata da necessidade de depósito em cartório das custas processuais para a realização de atos e diligências nas ações penais privadas – não obsta a faculdade atribuída ao magistrado de determinar, de ofício, a inquirição de testemunhas, assim como a realização de outras diligências.

Todas essas disposições têm algo em comum: são características inerentes ao modelo inquisitório presentes em nosso ordenamento e representam afrontas ao sistema processual acusatório, estabelecido, definitivamente, pelo artigo 3º-A, razão pela qual deverão ser revogadas tacitamente, quando este vier a entrar em vigor.

Isso porque esses artigos mencionados autorizam a atuação de ofício por parte do magistrado, confundindo sua figura com a da acusação, levando-o a sair de sua posição de imparcialidade e inércia, que são imprescindíveis para a efetivação do modelo acusatório e, conseqüentemente, do processo penal democrático.

Nas palavras de Prado⁶⁴, a atuação do juiz de ofício revela sua predisposição para buscar elementos que confirmem o seu juízo prévio:

Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador. Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir.

Não se nega o fato de que a atuação *ex officio* do magistrado possa comprovar a inocência do acusado, ou ao menos gerar uma dúvida sobre sua culpabilidade. Porém, é indiscutível que, sendo o *in dubio pro reo* uma clara regra de julgamento, deve o juiz absolvê-lo quando não restar comprovada, de maneira inequívoca, a autoria e a materialidade delitiva.

⁶² “Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: [...] XI – determinar, de ofício ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar nulidade ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade”.

⁶³ “Art. 807. O disposto no artigo anterior não obstará à faculdade atribuída ao juiz de determinar de ofício inquirição de testemunhas ou outras diligências”.

⁶⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 158.

Com efeito, o juiz deve se manter inerte e imparcial e não pode assumir a iniciativa probatória, seja para “auxiliar” a acusação, seja para “auxiliar” a defesa, como aponta Lopes Junior⁶⁵:

Que fique bem claro: juiz com dúvida absolve (art. 386, VIII, do CPP), porque não é preciso dúvida qualificada, bastando dúvida razoável. Temos visto magistrados, “em nome da defesa”, decretarem de ofício a quebra de sigilo telefônico, dados, de todos os acusados com *smatphones* apreendidos, para o fim de ajudar a defesa. É um sintoma da perversão acusatória.

Assim sendo, para a efetiva consagração do sistema processual acusatório e das garantias individuais, o juiz não pode, em nenhuma hipótese, atuar em substituição ao órgão acusador e passar a gerir a produção probatória de ofício. Dessa maneira, Lopes Junior⁶⁶ também rememora que:

[...] um processo penal verdadeiramente acusatório assegura a radical separação das funções de acusar e julgar, mantendo a gestão e a iniciativa probatória nas mãos das partes (e não do juiz). A observância do *ne procedat iudex ex officio* é marca indelével de um processo acusatório que mantenha um juiz-espectador e não juiz-ator, e que, assim, crie as condições de possibilidade para termos um “juiz imparcial”.

Logo, a partir da leitura do artigo 3º-A do Código de Processo Penal, conclui-se que todas as medidas determinadas durante a fase de investigação, de qualquer ordem que sejam, deverão ser precedidas de requerimento do Ministério Público ou da defesa, ou, ainda, de representação da autoridade policial. Também de acordo com o dispositivo em questão, durante a produção probatória, não será mais permitido que a autoridade judiciária atue em substituição ao órgão acusador.

Assim, o juiz não poderá, de ofício, determinar a produção de qualquer tipo de prova, requisitar a instauração de inquéritos policiais, decretar prisões preventivas, estabelecer medidas cautelares pessoais ou reais ou proferir sentenças condenatórias quando o Ministério Público pleitear a absolvição do acusado.

Portanto, se o artigo 3º-A passar a ter plena eficácia quando do julgamento do mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, serão tacitamente revogados os artigos 5º, inciso II, 127, 156, 168, 196, 209, 225, 234, 242, 385 404, 497, inciso

⁶⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 249.

⁶⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 246.

XI, e 806, todos do Código de Processo Penal, uma vez que são incompatíveis com o sistema acusatório declarado pela Lei 13.964/19.

5 CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado, é possível concluir que a introdução do artigo 3º-A no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019 representa uma importante e necessária mudança no panorama do processo penal brasileiro. Esse dispositivo buscou assegurar a imparcialidade do julgador e a garantia dos direitos do acusado, consolidando definitivamente o caráter acusatório do sistema processual penal adotado em nosso país, que até então se mostrava em evidente desarmonia com a Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil.

A implementação do sistema acusatório, que tem como premissa básica a clara separação das funções de acusar, defender e julgar, é fundamental para que possamos proporcionar o devido acesso à justiça a todos os cidadãos brasileiros, por meio de um processo penal orientado pelo respeito incondicional ao contraditório, à ampla defesa, à presunção de inocência e demais regras do devido processo legal democrático.

Nesse sentido, o artigo 3º-A do Diploma Processual Penal corresponde ao resultado de décadas de debates, esforços e pesquisas com o intuito de democratizar o processo penal brasileiro e acabar com a cultura inquisitorial enraizada em nosso sistema – seja na lei, como também na jurisprudência e na doutrina.

Todavia, ao suspender a eficácia desse dispositivo incluído pelo Pacote Anticrime, o Ministro Luiz Fux – que é, notadamente, um exímio processualista civil – impediu, ao menos por ora, a evolução do sistema processual penal adotado pelo Brasil, que o livraria, de uma vez por todas, de seus resquícios autoritários e inquisitórios, decorrentes do caráter repressivo da lei penal e do regime político vigentes à época da edição do Código de Processo Penal de 1941.

Assim, o que se espera é que, quando do julgamento do mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Supremo Tribunal Federal, o artigo 3º-A passe a ter eficácia, revogando-se tacitamente os artigos do Código de Processo Penal incompatíveis com a estrutura acusatória.

Não obstante, cumpre ressaltar que a implementação do sistema acusatório no Brasil ainda enfrentará enormes desafios e não depende unicamente da decisão do Supremo Tribunal Federal. É imprescindível que haja um esforço conjunto dos operadores do direito para a adoção de práticas e posturas processuais compatíveis com esse sistema, de modo que possam

contribuir com uma justiça penal mais justa, imparcial e garantista, em consonância com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

6 REFERÊNCIAS

ALONSO, Pedro Aragonés. *Proceso y Derecho Procesal*. Madri: Edersa, 1997.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona: Bosch, 1977.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 21 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 73338/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 19 dez. 1996. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424>>. Acesso em 18 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 22 jan. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203606&ext=.pdf>>. Acesso em 18 abr. 2023.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, dez. 1998, p. 37. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>>. Acesso em 13 abr. 2023.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Comentários ao Pacote Anticrime**. 2ª ed. Barueri: Atlas, 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. *In*: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/8/19>>. Acesso em 09 mai. 2023.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de processo penal**: curso completo. Barueri: Manole, 2010.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Processo criminal transformativo**: modelo criminal e sistema processual não violentos. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2000.

PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 2001.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

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

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 30ª ed. Barueri: Atlas, 2023.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Rumo à estação acusatória do processo penal: leituras a partir da Lei 13.964/19. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, a. 22, n. 57, jan./mar. 2021, p. 221. Disponível em:

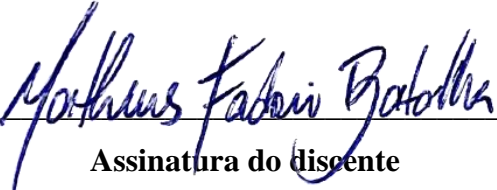
<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n57_11_rumo%20%C3%A0%20esta%C3%A7%C3%A3o%20acusat%C3%B3ria.pdf?d=637437207258939915>. Acesso em 28 mar. 2023.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, **Matheus Fadoni Batalha**, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 41805143, período matutino, turma C, tendo realizado o TCC com o título **Artigo 3º-A do Código de Processo Penal e sistema acusatório: reflexões sobre a estrutura processual penal brasileira**, sob a orientação do Professor **Dr. Humberto Barrionuevo Fabretti**, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 06 de maio de 2023.


Assinatura do discente