FACULDADE MINAS GERAIS – FAMIG
LAYDILENE APARECIDA DA CONCEIÇÃO

**SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: ANÁLISE CRÍTICA DO SEU ATUAL
FUNCIONAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO**

Belo Horizonte

2023

LAYDILENE APARECIDA DA CONCEIÇÃO

**SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: ANÁLISE CRÍTICA DO SEU ATUAL
FUNCIONAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Faculdade Minas Gerais – FAMIG, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientadora: Prof^a.Jaqueline Cardoso

Belo Horizonte

2023

RESUMO

Os sistemas processuais penais constituem um conjunto de regras e princípios constitucionais e processuais que estabelece diretrizes a serem seguidas para aplicação do direito penal. Nesse sentido é importante entender qual o sistema processual adotado no ordenamento jurídico brasileiro, se o inquisitório, acusatório ou misto. A presente monografia tem como objetivo específicos apresentar as controvérsias entre a Constituição Federal que em matéria processual penal abarcou o sistema acusatório e o Código de Processo Penal – CPP, que ainda contém artigos inquisitoriais. Também será analisado a Lei 13.964/2019 que influenciou diretamente os sistemas processuais penais e determinou que no CPP o sistema adotado é o acusatório. Conclui-se com este estudo que, apesar das normas e princípios constitucionais indicarem a adoção de um sistema acusatório que foi contemplado pela Lei 13.964/19. A dualidade de sistemas ainda é um problema efetivo na legislação penal brasileira, o que traz uma insegurança jurídica no momento de penalizar e processar os delitos. Mesmo com o reconhecimento constitucional e processual penal do sistema acusatório a sua aplicação demandará um tempo para se efetivar de maneira plena, devendo-se pensar em uma revisão total dos dispositivos do CPP, vez que ele sofreu influência da lei italiana fascista (Projeto Rocco), para que se adeque as normas processuais do sistema acusatório vigente.

Palavras-chave: sistema processuais penais; lei 13.964/2019; sistema acusatório; adequação.

ABSTRACT

Criminal procedural systems constitute a set of constitutional and procedural rules and principles that establish guidelines to be followed for the application of criminal law. In this sense, it is important to understand which procedural system is adopted in the Brazilian legal system, whether inquisitorial, accusatory or mixed. The specific objective of this monograph is to present the controversies between the Federal Constitution, which in criminal procedural matters covered the accusatory system, and the Code of Criminal Procedure – CPP, which still contains inquisitorial articles. Law 13,964/2019 will also be analyzed, which directly influenced criminal procedural systems and determined that in the CPP the system adopted is the adversarial one. It is concluded from this study that, despite the constitutional norms and principles indicating the adoption of an accusatory system that was covered by Law 13,964/19. The duality of systems is still an effective problem in Brazilian criminal legislation, which brings legal uncertainty when penalizing and prosecuting crimes. Even with the constitutional and criminal procedural recognition of the accusatory system, its application will take time to become fully effective, and a total review of the provisions of the CPP must be considered, as it was influenced by fascist Italian law (Rocco Project), to comply with the procedural rules of the current adversarial system.

Keywords: criminal procedural system; law 13.964/2019; accusatory system; adequacy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	8
2.1 Sistema Inquisitivo.....	9
2.2 Sistema Acusatório	11
2.3 Sistema Misto	14
2.4 Sistema processual vigente no Brasil.....	17
3 LEI 13.964/2019: A SUA INFLUÊNCIA NOS SISTEMAS PROCESSUAIS	20
4 OS QUESTIONAMENTOS ACERCA DE POSSÍVEIS INCONSTITUCIONALIDADE NA LEI 13.964/19.....	28
4.1 Análise das ações diretas de inconstitucionalidade envolvendo os sistemas processuais penais	28
4.2 Os institutos suspensos pelas ADIs.....	31
4.2.1 Juiz das Garantias (Artigos 3º-A a 3º-F, CPP)	31
4.2.2 Arquivamento de Inquérito (Artigo 28, caput, CPP).....	34
4.2.3 Prova Inadmissível (Artigo 157, §5º, CPP).....	35
4.2.4 Audiência de Custódia (Artigo 310, §4º, CPP)	37
4.3 Julgamento em plenário das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 em Agosto/2023	39
5 SISTEMA PROCESSUAL PENAL E SUAS CONTROVÉRSIAS LEGAIS.....	43
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar os sistemas processuais penais e a sua influência no processo penal brasileiro. Tratando-se de um conjunto de princípios e regras constitucionais, os sistemas penais estabelecem as diretrizes a serem aplicadas na persecução penal, em outros termos, são formas de como o Estado processará os delitos praticados por seus infratores. Estando também diretamente ligados ao momento político de cada Estado, seja ele democrático ou autoritário.

O Código de Processo Penal nasceu em 03 de outubro de 1941 por meio do Decreto-lei nº3.689, momento em que o Brasil passava pelo período ditatorial do Estado Novo comandado por Getúlio Vargas. O Código surgiu com preceitos ideológicos autoritários e fascistas, abarcados pela Constituição de 1937, sendo também considerado uma cópia do Projeto Rocco¹ de 1930, na Itália.

Após a segunda guerra mundial foram-se esvaziando as ideias autoritárias predominantes em governos ditatoriais. Surgia uma crescente necessidade de mudanças na legislação penal em todo o mundo, e não era diferente no Brasil, cuja criação do Código de Processo Penal - CPP advinha de um passado obscuro, no que se referias às liberdades fundamentais, mudanças estas que se fizeram ainda mais presentes principalmente após a Constituição de 1988, que foi reconhecida como a carta magna com maior característica cidadã.

Acontece que mesmo a Constituição se encontrando mais compromissada com os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, continuava o CPP (e ainda continua) contendo ideias de períodos sombrios da história mundial, não acompanhando assim os avanços constitucionais.

Por se tratar de um instituto norteador do direito processual penal brasileiro, que atualmente passa por grandes questionamentos entre juristas, em relação a sua aplicabilidade, estudar os efeitos da aplicação do código de processo penal nos tribunais, é de grande relevância, por se tratar dos direitos à liberdade e ao devido processo legal dos cidadãos.

Portanto, o tema problema do presente estudo reside em identificar uma eventual co-existência de mais de um sistema processual penal dentro do ordenamento jurídico brasileiro e seus efeitos, e conseqüentemente, uma eventual necessidade de reformulação deste sistema.

Para uma melhor compreensão do tema, adotou-se como marco teórico o princípio do devido processo legal ao qual deve-se garantir a todos um julgamento justo, simultaneamente com a obra do professor e mestre Aury Lopes Jr., que ao longo dos anos vêm estudando os sistemas processuais penais de forma fundamentada demonstrando também a sua convicção a respeito da problemática.

Para alcançar excelência, e materializar a discussão, a abordagem se dará por meio de pesquisas bibliográficas e documentais. Quanto ao método, o artigo utilizará o indutivo, analisando de forma generalizada os fatos e as conseqüências para ordenamento jurídico, decorrente da aplicação de um sistema processual ultrapassado, a partir da coleta satisfatória de informações para se chegar a uma conclusão teórica bem fundamentada e individualizada.

O presente artigo está estruturado em cinco seções da seguinte forma: No primeiro momento, serão apresentados os três tipos de sistemas processuais penais inquisitivo, acusatório e misto, contendo o histórico de surgimento e suas especificidades apresentando também o sistema atualmente vigente no Brasil, bem como o que a Constituição diz a respeito do tema. Já o segundo capítulo trará a influência causada pela Lei 13.964/2019 (pacote anticrime) no sistema processual penal.

O terceiro capítulo analisará os artigos da Lei 13.964/2019, suspensos liminarmente pelo Ministro Fux, do Supremo Tribunal Federal, em janeiro de 2020, são eles: Artigos 3-A ao 3º-F (juiz das garantias); Artigo 28 caput (arquivamento de inquérito); Artigo 157 §5º (provas inadmissíveis); Artigo 310, §4º (audiência de custódia) e ao final o julgamento das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 em agosto de 2023 retirando a suspensão dada por Fux.

Por fim o quarto capítulo apresentará as controvérsias entre normas, no sistema processual penal brasileiro e, logo após as considerações finais de tudo o que foi exposto.

2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O Processo Penal trata-se de um ramo autónomo de Direito Público, que tem como finalidade regular o modo e os meios de punir do Estado. Walfredo Cunha Campos (2019) o define da seguinte forma:

Direito processual penal é um complexo de princípios e normas que constituem o instrumento técnico necessário à aplicação do Direito Penal, regulamentando o exercício da jurisdição pelo Estado-juiz, por meio do processo, os institutos da ação e da defesa, além da investigação criminal pela polícia judiciária, através de inquérito policial, ou por outro órgão público, também legitimado em lei, a investigar através de procedimentos investigatórios diversos. (CAMPOS,2019, p.65)

Dentro desse contexto de direito processual se encontra os sistemas processuais penais, atuante desde o inquérito policial até o julgamento, percorrendo toda a fase processual, consiste em um “conjunto de princípios e regras constitucionais e processuais penais, de acordo com o regime político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto” (RANGEL, 2016, p. 146)

Em regra, existem três sistemas distintos aplicados de forma facultada pelos ordenamentos jurídicos, que poderão adotar parcialmente cada um deles, são eles: inquisitivo, acusatório e misto.

Importante destacar que, para Nucci (2022), na atualidade, não seria possível, um ordenamento jurídico utilizar apenas um deles.

[...] na atualidade, eles jamais conseguiram ser adotados, integral e individualmente, por um único ordenamento jurídico. Há vantagens de um que, associadas aos aspectos positivos de outro, constroem o mais apurado método de persecução penal. (NUCCI, 2022, p.27)

A seguir o estudo pormenorizado de cada um dos sistemas processuais

2.1 Sistema Inquisitivo

A história do sistema inquisitivo advém dos tempos da Idade Média, a intenção de sua criação nesse período era combater os abusos cometidos pelos senhores feudais e pela aristocracia em desfavor de seus subordinados e dos mais pobres. Deixando que houvesse a persecução penal por meios particulares, tornando as de responsabilidade do Estado. Nesse sentido leciona Rangel (2023):

O sistema inquisitivo surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII. O sistema inquisitivo surgiu após o acusatório privado, com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares (RANGEL, 2023, p.66).

Rangel (2023), ainda cita que a retirada da persecução penal dos indivíduos foi a única solução encontrada para o momento, já que, a punição dos delitos só era buscada quando fosse de interesse do ofendido, tornando assim á impunidade bastante comum ou tornava a justiça onerosa.

É importante citar também, que se tratava de um período de grande atuação da Igreja Católica no Estado, marcado por punições por heresia, ao qual influenciou para a construção do sistema inquisitório. Já no século XIII, foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, para reprimir atos contraditórios ou que pudesse criar dúvidas aos Mandamentos da Igreja, e que eram julgados pelos próprios fiéis, sobre juramento.

Inicialmente, eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos que tivessem conhecimento. Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas, encarregadas de investigar e seguir o procedimento. (LOPES JR., 2023, p.20)

O sistema inquisitivo nesse período consistia na concentração de poder nas mãos de uma única pessoa, o juiz inquisidor, que exercia funções além de seu título (de julgar), seria ele também responsável pela acusação e muita das vezes a defesa, portanto, tudo ocorria por *ex officio*. Além do mais, como não havia as partes bem definidas,

não havia espaço para contraditório e a ampla defesa, o acusado era um mero objeto no processo e não lhe era garantido direito algum.

Aury Lopes Jr. (2019), conclui:

Em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico¹: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar. (LOPES JR., 2019, p.46)

Outra característica relevante, é que o processo era realizado em total sigilo sem conhecimento do povo, com procedimentos exclusivamente escritos e não era permitido debates orais, tal condição acende ainda mais imparcialidade do processo, pois além da publicidade ser restrita, a maioria dos acusados não sabiam ler ou conseguiam acesso para tomar conhecimento de seu próprio processo.

No que consiste a prova vigorava a sua valoração (prova tarifada), tendo a confissão do acusado altíssimo valor considerada a “rainha das provas”. Era papel do Estado-Juiz elaborá-la no curso da investigação e durante o processo, ou seja, a iniciativa probatória se originava por ele próprio que também analisava a verdade dos fatos a qual ele mesmo buscou. Lopes Jr. (2019) bem afirma:

Isso retrata bem o substancialismo e a ausência de limites do sistema inquisitório, que está por detrás da própria busca da mitológica (e sempre inalcançável) verdade real. No processo penal inquisitório conta o resultado obtido (condenação) a qualquer custo ou de qualquer modo, até porque quem vai atrás da prova e valora sua legalidade é o mesmo agente (que ao final ainda irá julgar). Não há nenhum exagero ao se afirmar que o sistema inquisitório busca um determinado resultado (condenação). Basta compreender como funciona sua lógica. (LOPES JR., 2019, p.417)

Ainda a respeito da prova no sistema inquisitivo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001) citado por Rangel (2023) faz uma importante análise que confirma a sua grande relevância.

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no

¹ GOLDSCHMIDT, James. Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal, p. 29

modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que “a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na ‘a acusação’ – dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases”. O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do contraditório e sendo o senhor da prova, sai em seu encaço guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato. (COUTINHO, *apud* RANGEL, 2023, p. 67)

Os ideais liberais da Revolução Francesa acabaram fazendo com que o sistema inquisitivo perdesse sua força, tornando-o incompatível com os pensamentos da época devido aos problemas causados por sua aplicação, que não eram nada democráticas, totalmente abusivas e sem garantias de direito. Após esse evento começou-se a aplicar o sistema acusatório que trataremos logo a seguir.

Atualmente, em cenário mundial o processo inquisitivo permeia a persecução penal em vários momentos. Mas no Brasil o sistema só se é aplicado na fase pré-processual (investigação criminal) que só será apresentada ao juízo, após se tornar peça acusatória. A investigação criminal é conduzida pela Polícia Judiciária que irá colher preliminarmente as provas, portanto, trata-se de um procedimento administrativo que busca a apuração das circunstâncias, materialidade e autoria do delito.

2.2 Sistema Acusatório

Historicamente o sistema acusatório originou-se no direito grego e tinha participação direta do povo desempenhando a função de acusação e de julgador. Nesse período “Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do direito civil.” (LOPES JR., 2023, p.73)

Já no direito romano na Alta República segundo Aury Lopes Jr. (2023) surgem duas formas de processo penal o *cognitio* e *accusatio*. O primeiro deles dava mais poderes aos magistrados que esclarecia os fatos da maneira que entendesse melhor, sendo possível recurso de anulação ao povo devendo o magistrado apresentar ao povo elementos para uma nova decisão. No *accusatio* a função acusatória quando assumida, era de forma espontânea por um cidadão do povo. Nesse momento a

persecução penal “eram encomendados a um órgão distinto do juiz, não pertencente ao Estado, senão a um representante voluntário da coletividade (accusator)” (LOPES JR., 2023, p. 73)

O declínio desse sistema ocorreu em razão da sua insuficiência na repressão dos delitos pois o mesmo possibilitava uma persecução inspirada em vingança, além do mais havia uma invasão realizada por juízes nas atribuições dos acusadores privados, fazendo uma junção de acusar e julgar pelo mesmo órgão estatal. (LOPES JR., 2023)

A partir daí, os juízes começaram a proceder de ofício, sem acusação formal, realizando eles mesmos a investigação e posteriormente dando a sentença. Isso caracterizava o procedimento extraordinário, que, ademais, introduziu a tortura no processo penal romano. O novo regime político autoritário e centralizador dos Imperadores conduz a uma repriminção da concepção inquisitória, mais acorde com o projeto de poder. (LOPES JR., 2023, p. 74)

Aos poucos o sistema inquisitório foi se instaurando e o acusatório foi perdendo suas forças muito devido ao processo penal canônico e a Inquisição Espanhola que teve sua face mais dura e cruel no final do século XII. Somente após a Revolução Francesa no século XVIII com suas ideologias de valorização do homem, abandonando definitivamente os meios cruéis como meio de punição do Estado. (LOPES JR., 2023)

O sistema acusatório muito se diverge do sistema inquisitório nele é nítido a separação de funções entre os órgãos acusador e julgador, e é reconhecido o direito ao ofendido sendo garantido a ele o contraditório e a ampla defesa. A iniciação da persecução penal não se dá mais por *ex officio*, e sim pelo órgão criado pelo Estado.

no sistema acusatório é que o processo penal encontra sua expressão autêntica e verdadeira, uma vez que ali há o *actus trium personarum* que caracteriza a relação processual e o juízo penal: há acusação (pública ou privada), a defesa (exercida pelo réu) e o julgamento, com o juiz penal atuando jurisdicionalmente. (MARQUES² *apud* NUCCI, 2022, p. 40)

O *les procureurs du roi*, termo francês que significa, os procuradores do rei, tem seu surgimento no fim do século XIV, dando origem ao Ministério Público, “assim, o titular da ação penal pública passou a ser o Ministério Público, afastando, por completo, o juiz da persecução penal” (RANGEL, 2023, P.68)

² MARQUES, F; NUCCI, G.S. Tratado de direito processual penal, v. 1, p. 83.

Rangel cita em sua obra o Mestre Afrânio Silva Jardim, que diz que para garantir o sucesso do sistema acusatório o papel desempenhado pelo Ministério Público é de “maior importância, assumindo a titularidade da ação penal e produzindo prova no interesse da verdade, deixando o Juiz equidistante do conflito de interesses que, porventura, surja no processo” (RANGEL, apud JARDIM, 2023, p.69)

A prova aqui no sistema acusatório deixa de ter a valoração dada pelo sistema inquisitório e tem como iniciativa e gestão exclusiva das partes (acusação e defesa) lhe sendo permitido a total liberdade na constituição probatória, deste modo, não podendo mais ser requisitada pelo magistrado. Mesmo que ele não se convença dos eventos que foram entregues, deverá nortear sua decisão somente sustentado pelos fatos ajuntados ao processo.

O processo penal acusatório caracteriza-se, portanto, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo (por isso de nada serve a separação inicial das funções se depois permite-se que o juiz atue de ofício na gestão da prova, determine a prisão de ofício etc.) **para garantia da imparcialidade** (juiz que vai atrás da prova está contaminado, prejuízo que decorre dos pré-juízos, como veremos no próximo capítulo) e efetivação do contraditório. A posição do julgador é fundada no *ne procedat iudex ex officio*, cabendo às partes, portanto, a iniciativa não apenas inicial, mas ao longo de toda a produção da prova. É **absolutamente incompatível** com o sistema acusatório (também violando o contraditório e fulminando com a imparcialidade) **a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz.** (grifo nosso). (LOPES JR., 2019, p. 48-49)

Ainda são características do processo penal que tem como vigência a forma acusatória, a plena publicidade de seus atos ou de sua maior parte, exceto os processos que possuem sigilo por obrigação legal; procedimento predominantemente oral; duplo grau de jurisdição; segurança jurídica da coisa julgada; e vale ressaltar as duas grandes chaves desse sistema a isonomia (igualdade) entre as partes do processo e a imparcialidade do magistrado.

A intenção sobre a presença da imparcialidade é que o Juiz seja um mero expectador, não devendo criar condições que gerem incerteza em sua atuação jurisdicional. Aury Lopes Jr. (2019) afirma “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.” (LOPES JR., 2019, p. 48)

O sistema acusatório tem como base fundamental a garantia constitucional do acusado e o direito brasileiro tem buscado no decorrer dos anos, principalmente após a promulgação da Constituição da República de 1988 a alcançar a sua forma, retirando do processo penal os resquícios inquisitoriais oriundos de sua criação em 1941. Já em 2019, outro passo importantíssimo foi dado para aplicação de um sistema acusatório com a Lei nº13.964, a qual trataremos em momento oportuno.

2.3 Sistema Misto

O sistema processual misto possui fortes influências dos sistemas inquisitivo e acusatório. Segundo Paulo Rangel (2023, p.70) tal influência advém das características históricas de cada sistema. A justificativa trazida pelo autor para sua criação é que no sistema acusatório, nem sempre, o cidadão tinha condições de provocar o Estado, seja por seu desinteresse ou por condições financeiras limitadas para custear as despesas de um processo, ou quando o tinha o fazia movido pela sua sede de vingança. E por fim o autor conclui:

Nesse caso, continuava nas mãos do Estado a persecução penal, porém feita na fase anterior à ação penal e levada a cabo pelo Estado-juiz. As investigações criminais eram feitas pelo magistrado com sérios comprometimentos de sua imparcialidade, porém a acusação passava a ser feita, agora, pelo Estado-administração: o Ministério Público. (RANGEL, 2023, p. 70)

Aury Lopes Jr. (2023) crítico da existência do sistema processual misto, acredita que todos os sistemas são mistos e que os modelos puros de acusatório e inquisitório trazem somente uma referência histórica, e que atrelar somente a separação inicial das funções de acusar e julgar para caracterizar o sistema acusatório não basta. E ainda aponta:

- por ser misto, é crucial analisar qual o núcleo fundante para definir o predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória, ou seja, se o princípio informador é o inquisitivo (**gestão da prova nas mãos do juiz**) ou acusatório (**gestão da prova nas mãos das partes**);
- a noção de que a (mera) separação das funções de acusar e julgar seria suficiente e fundante do sistema acusatório é uma concepção

reducionista, na medida em que **de nada serve a separação inicial das funções se depois se permite que o juiz tenha iniciativa probatória**, determine de ofício a coleta de provas (v.g. art. 156), decreta de ofício a prisão preventiva, ou mesmo condene diante do pedido de absolvição do Ministério Público (problemática do art. 385); (LOPES JR., 2023, p.22) (grifo autor)

Para Frederico Marques³ citado por Nucci (2022)

Aliás, pode dizer-se que, de um modo geral, é misto o sistema de tutela penal de quase todos os ordenamentos jurídicos em que Justiça Penal foi processualizada, uma vez que o exercício da tutela penal tem início com procedimentos persecutórios e informativos, destinados a preparar a ação penal. Onde não há o juizado de instrução, ou naquelas legislações em que a instrução preliminar está entregue a órgãos não judiciais, também existe o sistema misto, uma vez que a fase preparatória da tutela penal se caracteriza como inquisitiva. (MARQUES, *apud* NUCCI, 2022, p. 41)

Jacinto Coutinho⁴ citado por Lopes Jr. (2023) diz que não pode existir sistemas mistos devido a produção de provas, que deve sempre estar nas mãos das partes e ainda explica:

*que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Para o autor, os sistemas, assim como os paradigmas e os tipos ideais³, não podem ser mistos; eles são informados por um princípio unificador. Logo, na essência, o sistema é sempre puro. E explica, na continuação, que o fato de ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro. Portanto, é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. **É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz.** (COUTINHO, *apud* LOPES JR., 2023, p. 22)*

Compreendendo agora as suas características o sistema misto por envolver os dois sistemas já mencionados, possui duas fases procedimentais distintas sendo elas a fase pré-processual e processual, também conhecida como fase de instrução preliminar e fase de julgamento a depender do doutrinador.

A fase pré-processual ou instrução preliminar traz elementos do sistema inquisitivo

³ MARQUES, F; NUCCI, G.S. Tratado de direito processual penal, v. 1, p. 86.

⁴ COUTINHO, J.; LOPES JR., A. Em diversos trabalhos, mas especialmente no artigo: Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001.

com procedimentos secretos, predominantemente escrito e sem contraditório. Rangel (2023) diz que:

a fase preliminar de investigação é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. (RANGEL, 2023, p.70)

Já na fase processual ou fase de julgamento, surge a fase do sistema acusatório possuindo publicidade no processo, debates orais, a acusação é feita pelo órgão responsável, há contraditório, concentração dos atos processuais e livre apreciação das provas.

d) o acusado, na fase judicial, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a sua culpa, por meio do devido processo legal, e destruir este estado. O ônus é todo e exclusivo do Ministério Público;
e) o procedimento na fase judicial é contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência. (RANGEL, 2023, p.70)

O sistema misto vai além das fases processuais pré-definidas intituladas pelos autores, o seu desenvolvimento ocorre a cada aplicação da lei processual, portanto podendo variar por um aspecto mais inquisitorial ou acusatório. De fato a fase inicial predominantemente se encontra o inquisitório, mas a partir do oferecimento da denúncia a dinâmica pode variar. A partir das mudanças introduzidas após a Constituição de 1988 e a Lei 13.964/2019 a tendência é enfraquecer esse sistema tornando o processo penal sob mais influência acusatória.

Os sistemas processuais apresentados tiveram sua construção e identidade conforme o período político de cada época de criação. Explica Rangel (2023), na medida que o Estado possui regimes autoritários diminuem os direitos dos cidadãos acusados, mas quando o Estado Democrático de Direito é regido os seus direitos e garantias individuais são plenamente concedidas.

2.4 Sistema processual vigente no Brasil

Muito se discute entre os doutrinadores brasileiros qual sistema processual penal é vigente no nosso ordenamento.

Grande parte da doutrina, sinaliza que o sistema atual seria o misto, aplicando o inquisitivo na primeira fase pré-processual e o acusatório na fase processual. Mas para Aury Lopes Jr. (2023) critico ferrenho da existência do sistema processual misto, o sistema brasileiro é o inquisitório.

Já na visão de Nucci (2023) no Brasil atualmente se aplica o sistema acusatório mitigado. A discordância ficou mais evidente também devido a reforma realizada pela Lei nº13.964/2019 (Pacote Anticrime), e, conseqüentemente não existindo um denominador comum para afirmar claramente qual sistema atual.

Há existência de um conflito entre normas também é um ponto preponderante para se definir o sistema atual. O Código de Processo Penal, do ano de 1941, adota uma posição mais inquisitória de seus atos processuais, já a Constituição Federal de 1988, apontam para um sistema acusatório, conforme afirma Alexandre de Moraes (2022, p.699) “A Constituição consagrou, em matéria de processo penal, o sistema acusatório”. Na visão de Carvalho (2014), o sistema inquisitivo possui uma dominância no judiciário brasileiro.

Em síntese, está assegurado constitucionalmente, pelo princípio da dignidade, um direito processual que confira ao acusado o direito a ser julgado de forma legal e justa, um direito a provar, contraprovar, alegar e defender-se de forma ampla, em processo público, com igualdade de tratamento em relação à outra parte da relação processual, bem como que a gestão da prova não seja deferida ao julgador, sob pena de retorno ao sistema inquisitivo.

Geraldo Prado⁵ também comunga da tese de que o sistema acusatório foi adotado pela Constituição, embora sem explicitação. Mas, como alerta o autor, ainda prevalece no Brasil a teoria da aparência acusatória, diante das práticas judiciais ainda fortemente influenciadas por um sistema inquisitivo que domina o Código de Processo Penal. (CARVALHO, 2014, p.33)

⁵ PRADO, G.; CARVALHO, L. G. G. C. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais,

A falta de imposição do regime acusatório existente na Constituição Federal, na visão de Nucci (2023) faz com que o sistema brasileiro utilize do acusatório mitigado muito em razão da Lei 13.964/19.

O sistema adotado no Brasil era o misto; hoje, após a reforma realizada pela Lei 13.964/2019, é o acusatório mitigado. Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, indicam um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal⁶. (NUCCI, 2023, p.42)

Importante trazer o que diz o professor e criminalista Aury Lopes Jr. (2023), que, em seu entendimento não existe a possibilidade de haver um sistema processual misto, pois, todos possuem essa característica de serem mistos, conforme o seu núcleo fundante. Para o doutrinador o modelo brasileiro até 2020 (antes do pacote Anticrime) é o inquisitorial ou neoinquisitório. Importante ressaltar, que os artigos que se encontram suspensos pelo Ministro Fux, não retira o seu posicionamento.

Até o advento da reforma trazida pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, sempre afirmamos que o processo penal brasileiro era inquisitório (ou neoinquisitório), e que não concordávamos com grande parte da doutrina que classificava nosso sistema como “misto” [...] O processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório 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 inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador era inquisitivo, pois a gestão da prova estava nas mãos do juiz. (LOPES, JR. 2023, p.23)

Ainda na visão de Aury (2023, p.23), os legisladores brasileiros compreenderam que a Constituição de 1988, possuem um caráter acusatório, que se predomina no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal, e em razão disso a reformulação se fez necessária.

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 e, principalmente, pela mudança de cultura, pelo abandono da cultura inquisitória e a assunção de uma postura

⁶ “Temos a investigação inquisitória, visto que a acusação não pode ser eficiente sem essa base inquisitiva; mas, em compensação, toda a fase judicial é inteiramente contraditória, desde o seu início. Basta que se encare tudo que se realiza na polícia como tendo somente caráter investigatório, para que a liberdade do réu inocente esteja mais que assegurada” (FREDERICO MARQUES, Estudos de direito processual penal, p. 79)

acusatória por parte do juiz e de todos os atores judiciários. (LOPES, JR.,2023, p.23)

Para Nucci (2023), o Brasil está longe de se atingir um sistema processual acusatório puro, em sua essência.

Por tal motivo, já tivemos a oportunidade de dizer que, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, em particular, elegendo determinados incisos do art. 5.º, poder-se-ia dizer que o sistema de persecução penal brasileiro seria o acusatório puro, algo ainda distante da realidade. (NUCCI, 2023, p. 43)

O que se percebe é que o direito processual penal brasileiro enfrentará um longo caminho para aplicação de um sistema acusatório como preceitua a Constituição Federal, muito em razão do conservadorismo de parte do ordenamento jurídico como juristas, doutrinadores e a própria sociedade que afirma que as medidas como o juiz das garantias deixaram os custos do Estado ainda mais elevado.

3 LEI 13.964/2019: A SUA INFLUÊNCIA NOS SISTEMAS PROCESSUAIS

Em 24 de dezembro de 2019 a Lei 13.964 foi publicada em edição extra no Diário Oficial da União, que na Câmara dos Deputados surgiu como o Projeto de Lei nº10.372/18 e nº882/19, já no Senado Federal a numeração foi a 6.341/19. (MENDES; MARTÍNEZ, 2020)

Para compreender o contexto de edição da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, antes de tudo é necessário conhecer sua origem e histórico de tramitação legislativo, muito especialmente na Câmara dos Deputados onde foi instituído Grupo de Trabalho dedicado a analisar os Projetos de Lei n. 10.372, de 2018, n. 10.373, de 2018, e n. 882, de 2019. Os dois primeiros resultantes do trabalho realizado por uma comissão de juristas então coordenada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes e o último, por sua vez, oriundo de proposição do Poder Executivo, tendo como seu principal artífice o Ministro da Justiça Sérgio Moro. (MENDES; MARTÍNEZ, 2020, p. XVII)

O objetivo dos legisladores e juristas com a criação da respectiva lei, era de modificar o Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal incluindo legislações extravagantes (MENDES; MARTÍNEZ, 2020).

Ainda segundo as autoras a intenção é que se reduzisse a criminalidade, seja com um aumento rigoroso no direito penal material, ou no agravamento do sistema processual criminal e de execuções penais.

O ex- Ministro da Justiça Sérgio Moro (2019) que participou efetivamente do pacote afirma que o sistema atual de justiça causa uma sensação de impunidade o que acarretaria no descontrole criminal. No que concerne o juiz das garantias Moro diz que “esse tipo de medida demandaria um debate um pouco mais amplo, talvez no âmbito do projeto do novo Código de Processo Penal (PL 8045/10)” (MORO *apud* HAJE, 2019). O ex-ministro ainda questiona se o Poder Judiciário possui estrutura para implantar esse tipo de medida, em razão das comarcas do Brasil só possuírem um juiz.

O ministro Alexandre de Moraes que também participou efetivamente da criação da Lei 13.964/2019, mas de um lado adverso de Sérgio Moro, em entrevista ao Portal UOL, afirma que o ponto mais considerável da lei:

[...] será a mudança de mentalidade, com o fortalecimento da Justiça Criminal, tanto do ponto de vista da Segurança Pública, quando da questão penitenciária, com a priorização e previsão de fortes instrumentos para o combate à criminalidade organizada e aos crimes violentos, com maiores sanções[...] (MACEDO; ROBERTO NETTO; MOURA, 2019)

A Lei recebeu o título de Pacote Anticrime mas Santos (2022) critica tal nomenclatura e a ementa presente na lei, ao qual diz que a mesma aperfeiçoa a legislação penal e processual penal:

[...]prontamente adjetivada pacote “anticrime”, nomenclatura, aliás, infeliz, porque contempla, subliminarmente, a antítese, ou seja, a existência de propostas legislativas pró-crime, quadra inimaginável. Chega a pecar, inclusive, pela empáfia, sugerindo que as críticas porventura formuladas ao pacote “anticrime” seriam, em verdade, favoráveis à criminalidade. Por tais razões, evitaremos a expressão, referindo-se à lei em si ou à reforma de 2019. Como se não bastasse, a ementa da Lei nº 13.964/19 é, simultaneamente, redundante e arrogante, ao dizer que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Toda reforma legislativa objetiva aprimorar o ordenamento. Mas, ao explicitar isso, busca dar-lhe um selo de excelência, valoração essa que, todavia, não lhe cabe, mas sim aos destinatários da norma. (SANTOS, 2022, p.44)

A Lei 13.964/19 acrescentou ou modificou artigos no Código de Processo Penal e alguns deles fazem referência a este estudo. As principais delas são: artigos 3º-A ao 3º-F, que dispõe sobre o juízo das garantias⁷; alteração do Artigo 28 caput, e inclusão de dois parágrafos, a respeito dos arquivamentos de inquiridos; Artigo 28-A, sobre os acordos de não persecução penal; Artigo 157, §5º provas inadmissíveis; Artigo 158, sobre a cadeia de custódia da prova; Artigo 310, §4º, não realização da audiência de custódia transcorrido as 24 horas, a prisão se tornará ilegal. Entre outros que correspondem as medidas cautelares e prisões seja ela em flagrante ou preventiva.

O mais polêmico e também aguardado por alguns doutrinadores e advogados criminalistas e questionado por magistrados é o Juiz das Garantias. Os Artigos 3º-A e 3º-B, afirma que o Processo Penal terá sua estrutura acusatória e define a atuação do juiz/juíza garantidor(a):

⁷ O termo juízo das garantias, foi utilizado pelas doutrinadoras Soraia da Rosa Mendes e Ana Maria Martínez (2020), na apresentação do livro, dizendo ser importante a terminologia neutra da palavra juízo, ao invés de juiz (de gênero masculino). Elas ainda afirmam que “Compreendemos que a linguagem por si só não é sexista, entretanto, somos sabedoras de que o uso que fazemos dela pode ser, na medida em que se oculta o feminino (algo muito comum no mundo jurídico).” (MENDES, 2020, p. IX)

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

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (BRASIL, 1941)

Nucci (2022) define da seguinte forma:

O juiz das garantias é a função ocupada pelo magistrado designado para acompanhar todas as investigações criminais, fiscalizando-as, no intuito de preservar a correta colheita da prova e assegurar os direitos fundamentais do investigado. Além disso, tem a competência para determinar todas as medidas de natureza jurisdicional necessárias, requeridas pelo órgão investigador, como a decretação de medidas cautelares (prisão temporária, prisão preventiva, sequestro de bens etc.), deferir a quebra de sigilo bancário, fiscal, de dados e telefônico), expedir mandado de busca e apreensão domiciliar, entre outros. (NUCCI, 2022, p.25)

Segundo Aury Lopes Jr. (2023), a implementação do juízo das garantias é de suma importância para se concretizar a imparcialidade do magistrado, mas critica a nomenclatura dada.

É por tudo isso que precisamos lutar pela urgente e plena implantação do juiz das garantias, separando o juiz que participa da investigação daquele que julgará o processo. Melhor teria sido se o legislador tivesse rompido com o estigma e, em vez de denominar de juiz das garantias, tivesse nominado de “juiz da investigação” (que não tem qualquer semelhança com o famigerado “juiz de instrução”). Infelizmente não foi o que aconteceu. A resistência já começou pelo próprio nome, pois falar em “garantias” no Brasil virou – errônea e absurdamente – sinônimo de impunidade. Triste. (LOPES, JR., 2023, p. 90)

O doutrinador ainda afirma que não se pode confundir a imparcialidade com neutralidade. “Não há neutralidade porque se trata de um juiz-no-mundo. Mas deve haver imparcialidade, um afastamento estrutural, um estranhamento em relação ao caso penal em julgamento” (LOPES JR. 2023, p.88)

Rangel (2023) afirma que para se instituir o juiz de garantias, se faz necessário a mudança do sistema processual acusatório para os juizados de instrução para seguir o que determina a lei, “Do contrário, teremos um sistema acusatório em que se visa retirar das mãos do juiz a gestão da prova, mas se permite deixar o juiz praticando

atos inerentes a investigação criminal. Contradição jurídica inadmissível.” (RANGEL, 2023, p.82). E ainda explica:

Ou o sistema é acusatório (art. 129, I, da CR) e o juiz afastado está da investigação criminal; ou o sistema é o juizado de instrução e o juiz irá conduzir a investigação que, uma vez conclusa, será entregue ao MP, que irá oferecer denúncia para que outro magistrado diferente daquele que fez a investigação a receba. Isso sim é um verdadeiro juizado de instrução em que fará sentido um juiz de garantias. (RANGEL, 2023, p. 82)

No que se refere ao Artigo 28 caput antes de sua alteração realizada em 2019, quando o Ministério Público entendia pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação ao invés de apresentar a denúncia. Poderia o magistrado caso considera-se a improcedência das razões trazidas pelo MP, fazer a remessa dessas peças ao Procurador-Geral, que ofereceria a denúncia, designando outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistiria no arquivamento, ao qual o juiz seria obrigado a atender. Segundo Soraia Mendes e Ana Martínez (2020), tal dispositivo afetaria a exclusividade do MP, em ser titular da ação penal pública.

Pós-promulgação da Constituição de 1988, assim como nada autoriza o Judiciário a proceder ex officio o arquivamento dos autos de investigação, também nada justificava a chancela à discordância do magistrado ou da magistrada quanto ao oferecimento ou não da denúncia com o arquivamento do inquérito ou de peças de informação. (MENDES; MARTÍNEZ, 2020, p.58)

Além do mais, é de exclusiva competência do Ministério Público a propositura do arquivamento policial. Conforme o voto do Ministro Celso de Mello nos autos do Agravo Regimental no Inquérito 4.244/DF

Em consequência do monopólio constitucional do poder de agir outorgado ao Ministério Público em sede de infrações delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, somente ao “Parquet” – e ao “Parquet” apenas – compete a prerrogativa de propor o arquivamento de quaisquer peças de informação ou de inquérito policial, sempre que inviável a formação da “*opinio delicti*”⁸. (BRASIL, 2018)

Com a nova redação o Ministério Público deverá comunicar a vítima, o investigado e à autoridade policial e em seguida encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial retirando assim o controle do Poder Judiciário, aplicando-se um duplo

⁸ *Opinio Delicti* – expressão em latim que significa: opinião a respeito do delito

regime do arquivamento. O parágrafo primeiro do Artigo 28 ainda diz que se a vítima ou seu representante legal não concordar com o arquivamento terá o prazo de 30 dias (após a comunicação), para submeter a matéria á revisão da instância competente do órgão ministerial estruturado para essa finalidade dentro do Ministério Público. (LOPES JR., 2023).

Dessa forma, “Não há mais, portanto, a possibilidade de o juiz ou a juíza imiscuírem-se em decisão que está na seara de competência constitucional do próprio órgão acusador⁹”. (MENDES; MARTÍNEZ, 2020, p. 58). Portanto, o Artigo 28 retira das mãos dos magistrados a competência de arquivamento de inquéritos policiais característica essa do sistema penal acusatório.

Ao Artigo 157 do CPP foi acrescentado o §5º que diz ser inadmissível a análise por parte do magistrado de prova ilícita, tal dispositivo não possuía correspondência na lei penal antes da Lei 13.964/2019. Mendes e Martínez (2020, p.76) diz que: “As provas ilícitas, por sua vez, não são passíveis de repetição, pois o vício vincula-se ao momento em que foi obtida. Não havendo possibilidade de repetição elas deverão ser desentranhadas e destruídas.”.

Esse dispositivo legal impede que o juiz que esteja contaminado com prova inadmissível realize o julgamento do processo não podendo proferir sentença ou acórdão, ou seja, “se o juiz tomar conhecimento de uma prova ilícita, não pode mais permanecer no feito, evitando-se a contaminação da formação de seu convencimento” (NUCCI, 2023, p. 452), devendo os autos assim, serem remetidos a outro juízo.

Marcos P. Dutra Santos (2022), analisa a sua relevância:

É ingênuo imaginar que, desentranhada dos autos a prova ilícita, as informações capturadas pelo juiz igualmente desaparecerão da sua mente. Não só permanecerão como, voluntariamente ou não, condicionarão a leitura a ser feita do acervo probatório restante. Em razão do conhecimento (espúrio) adquirido, análises conducentes à determinada conclusão tomarão rumo diverso. Depoimentos que, em princípio, passariam despercebidos, ganham relevância maior, enquanto outros, contundentes, seriam minimizados. Embora todos os pronunciamentos jurisdicionais sejam fundamentados (art.

⁹ Em semelhante sentido vide ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Investigação criminal: o controle externo de direção mediata pelo Ministério Público. Curitiba: Juruá, 2016

93, IX, da CRFB/88), tal exigência constitucional é insuficiente para assegurar que a ciência e consciência do conteúdo da prova ilícita em nada interferirão no julgamento do mérito. Ainda que não seja mencionada em uma linha sequer da sentença, o juiz já terá sido por ela sugestionado. A interferência na construção da sua convicção é inafastável e imune a controles externos, por se desenvolver no plano estritamente mental (interno). (SANTOS, 2022, p 335)

A inclusão do parágrafo quinto ao ser analisada pela ADI 6299 que teve sua eficácia suspensa (adiante trataremos mais do assunto) em decisão do Ministro Luiz Fux, que a justifica da seguinte forma:

O § 5º do art. 157 é também **danoso ao princípio do juiz natural**, por ser norma de competência que não fornece critérios claros e objetivos para sua aplicação. Como redigido, o preceito pode resultar na criação de situações em que a produção de prova eventualmente nula sirva como instrumento deletério de interferência na definição do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), abrindo brecha para a escolha do magistrado que examinará o processo crime, vulnerando-se, por via transversa, o postulado constitucional em questão. (grifo nosso) (BRASIL,2020)

No que tange a alteração no Artigo 310 a qual a sua redação atual também não possuía previsão legal no Código Processual Penal, dispõe sobre audiência de custódia. Seu lançamento no direito brasileiro se deu em 2015, estando prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo confirmada pelo STF, no julgamento da ADI5240 e a ADPF 347, do mesmo ano.

Nunca se ocultou o preso; não se decretava a prisão fora das hipóteses constitucionais (flagrante ou ordem judicial); não se pretendeu evitar que o juiz tomasse conhecimento do caso. Porém, a partir de 2015, passou-se a sustentar que o preceituado pelo art. 7.º, item 5, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, não vinha sendo cumprido. Eis o nascimento da audiência de custódia, que foi regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça, com o aval do Supremo Tribunal Federal e, após a Lei 13.964/2019, ingressou no Código de Processo Penal. (NUCCI, 2023, p. 696)

Atualmente, com o advento da Lei 13.964/19, o magistrado após receber o auto de prisão em flagrante terá o prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas posterior a prisão, para promover a audiência de custódia, devendo fundamentadamente:

- I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
- II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequada

ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
 III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (BRASIL, 1941)

Em caso de não realização da audiência dentro do prazo previsto no caput (24 horas) sem que haja uma motivação idônea, conforme o §4º do Artigo 310 “ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.” (BRASIL, 1941).

Segundo Lopes Jr. (2023) a audiência de custódia possui o objetivo importante e que impacta diretamente o preso:

Mas um detalhe: a audiência de custódia não se limita aos casos de prisão em flagrante, senão que terá aplicação em toda e qualquer prisão, detenção ou retenção (dicção do art. 7.5 da CADH), sendo, portanto, exigível na prisão temporária e também na prisão preventiva.
 Essencialmente, a audiência de custódia humaniza o ato da prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar (inclusive temporária ou preventiva).
 também evita que o preso somente seja ouvido pelo juiz muitos meses (às vezes anos) depois de preso (na medida em que o interrogatório judicial é o último ato do procedimento). [...] (LOPES JR., 2023, p.289)

Por fim, a introdução dos Artigos 28-A, Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) e 158-A ao 158-F sobre a cadeia de custódia da prova, trouxe importantes mecanismos para o processo penal.

O primeiro deles, 28-A, consiste na possibilidade da celebração de acordo entre o Ministério Público e o investigado, desde que atendidos os requisitos determinados em lei, com objetivo de cessar a persecução penal previstas no Artigo 396 e seguintes, do CPP. Havendo recusa por parte do órgão acusador em realizar o acordo o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior. Originalmente o ANPP, surgiu por um regulamento autônomo de iniciativa do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), na Resolução de nº181 de 2017, no Artigo 18 e posteriormente alterada pela Resolução nº183/2018 do referido conselho.

A Cadeia de custódia da prova, surge com intuito de determinar, como ocorrerá os procedimentos de guarda de todos os materiais probatórios, informando como cada etapa se dará, a depender do material recolhido. E que deve ser respeitada pelos

profissionais conhecidos e identificados, que irão documentar cronologicamente a sua coleta (RANGEL, 2023)

A quebra da cadeia de custódia expressa à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado. É o inter do material probatório onde qualquer interferência no trâmite processual que deve ser seguido pelos operadores jurídicos resultará na invalidação da prova. Tal cadeia de custódia visa assegurar aos acusados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, mas principalmente o direito constitucional a licitude da prova. (RANGEL, 2023, p.438)

Os artigos do Código de Processo Penal, abordados nesse capítulo, ao qual foram introduzidos pela Lei 13.964/2019, tiveram sua vigência suspensa pelo Ministro Luiz Fux, em decisão de Ações Diretas de Inconstitucionalidade de números 6298, 6299, 6300 e 6305, arguidas por órgãos jurídicos e partidos políticos. Excetuando, o Artigo 28-A (ANPP) e Artigo 158-A e seguintes, (Cadeia de Custódia da Prova), e Artigo 310, §§ 1º, 2º e 3º, que se encontram em plena vigência desde sua criação.

Mas em 24 de agosto de 2023 foi proclamado o resultado do julgamento das quatro ADIs, pela presidente do Supremo Tribunal Federal ministra Rosa Weber, que decidiu pela aplicação obrigatória do juiz das garantias dando prazo de 12 meses, podendo ser prorrogável por mais 12 meses. Declarou a constitucionalidade do caput do Artigo 28 (arquivamento de inquérito) e a inconstitucionalidade do Artigo 157 §5º (prova inadmissível). No que se refere a audiência de custódia (Artigo 310, §4º), poderá o magistrado em caso de urgência e por motivação idónea realizar a audiência por videoconferência.

4 OS QUESTIONAMENTOS ACERCA DE POSSÍVEIS INCONSTITUCIONALIDADE NA LEI 13.964/19

É evidente que, toda movimentação que altera ou acrescenta algo na lei sempre causa uma certa agitação no mundo jurídico, gerando indagações e, conseqüentemente, algumas críticas e/ou elogios. E não foi diferente com a Lei nº 13.964/2019, que recebeu pareceres de diferentes órgãos e juristas brasileiros sendo causa de várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade¹⁰ (ADIN). As ADIs de número 6298, 6299, 6300 e 6305, serão objeto de discussão neste capítulo.

O Procurador-Geral da República Augusto Aras (2023) afirma que:

O “Pacote Anticrime” promoveu alterações significativas na legislação criminal brasileira, especialmente no que diz respeito ao modelo acusatório de processo penal, por meio de normas de natureza funcional e principiológica, direcionadas à readequação dos papéis do juiz e do Ministério Público no processo penal. (BRASIL, 2023)

Nesse cenário em que se busca um aperfeiçoamento do sistema acusatório brasileiro, o juiz das garantias, dentre outros institutos, foi introduzido no Código de Processo Penal.

4.1 Análise das ações diretas de inconstitucionalidade envolvendo os sistemas processuais penais

As ADIs de número 6298, 6299, 6300 e 6305 formam um conjunto de ADIs que questionam algumas alterações introduzidos pelo pacote anticrime, mais especificamente os artigos 3º-A ao 3º-F que tratam sobre o juízo das garantias; 28 *caput*, arquivamento de inqueritos; 28-A incisos III e IV, além dos §§§ 5º, 7º e 8º que dizem a respeito do acordo de não persecução penal; §5º do Artigo 157 que afirmam

¹⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin). É proposta ao Supremo Tribunal Federal para arguir a inconstitucionalidade de lei, ato normativo federal ou estadual. Pode ser proposta pelo presidente da República, pelos presidentes do Senado, da Câmara ou de assembleia legislativa, pela Ordem dos Advogados do Brasil, pelo procurador-geral da República, por partido político e por entidade sindical de âmbito nacional. Fonte: Agência Senado

que os processos com provas inadmissíveis não poderão ser sentenciados; e §4º do Artigo 310 que determina a soltura automática dos indivíduos que não tiverem a audiência de custódia realizada no prazo de 24 horas após a prisão.

A ADI 6298 foi requerida pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, questionando a respeito da legalidade constitucional dos Artigos 3º-A ao 3º-F que instituiu o juiz das garantias e o Artigo 20 da Lei 13.964/19 que determina o prazo de *vacatio legis*, alegando ser desproporcional o prazo de apenas 30 dias para implementar as medidas dispostas na lei. Já ADI 6305 ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, impugna os Artigos 3º-A, 3º-Bº incisos IV, VIII, IX e XI, 3ºD parágrafo único; 28 *caput*; 28-A incisos III e IV e os parágrafos 5º, 7º e 8º e 310, §4º do CPP.

E por fim as ADI 6299 e 6300, foi requerida respectivamente, pelo Partido Políticos: Podemos juntamente com o Cidadania, e Partido Social Liberal (PSL), que também questionou o Artigo 3º-A ao 3º-F da Lei 13.964/19, que criou os Artigos que se referem ao “Juiz das Garantias”. A suspensão do §5º do Artigo 157, foi preterida na ADI 6299.

Em decorrência da semelhança dos pedidos as ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 foram reunidas para julgamento, por meio da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade em 22 de janeiro de 2020 o Ministro Luiz Fux, que por efeito liminar reconheceu parcialmente os pedidos das referidas ADIs suspendendo a aplicação dos artigos 3º-A ao 3º-F (juízo das garantias); 28 *caput* (arquivamento de inquéritos); §5º do Artigo 157 (processos com provas inadmissíveis não poderão ser sentenciados); e §4º do Artigo 310 (audiência de custódia).

Ao iniciar sua decisão o Ministro Relator Fux adverte que cabe ao STF julgar somente a inconstitucionalidade dos argumentos trazidos pelos requerentes, não possuindo juízo de valor a respeito de políticas públicas:

A jurisdição constitucional presta-se a analisar a compatibilidade das leis e dos atos normativos em relação à Constituição, com o objetivo precípuo de resguardar a autoridade das normas constitucionais no âmbito da vida social. Como atividade típica deste Supremo Tribunal Federal, a jurisdição

constitucional diferencia-se sobremaneira das funções legislativa e executiva, especialmente em relação ao seu escopo e aos seus limites institucionais. [...]

Em termos concretos, não cabe ao Supremo Tribunal Federal, ainda que com as melhores intenções, aperfeiçoar, criar ou aditar políticas públicas, ou, ainda, inovar na regulamentação de dispositivos legais, sob pena de usurpar a linha tênue entre julgar, legislar e executar. (BRASIL,2020)

O pedido de suspensão suscitados pelo CONAMP, no que se refere o Artigo 28-A, incisos III e V e dos §§§ 5º, 6º e 7º, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre os Acordos de Não Persecução Penal foram indeferidos pelo Ministro Fux, com o seguinte argumento em sua decisão:

(d1) A possibilidade de o juiz controlar a legalidade do acordo de não persecução penal prestigia o sistema de "freios e contrapesos" no processo penal e não interfere na autonomia do membro do Ministério Público (órgão acusador, por essência);

(d2) O magistrado não pode intervir na redação final da proposta de acordo de não persecução penal de modo a estabelecer as suas cláusulas. Ao revés, o juiz poderá (a) não homologar o acordo ou (b) devolver os autos para que o parquet - de fato, o legitimado constitucional para a elaboração do acordo - apresente nova proposta ou analise a necessidade de complementar as investigações ou de oferecer denúncia, se for o caso;

(d3) Medida cautelar indeferida;(BRASIL, 2020)

As motivações que determinaram suspensão dos artigos variam desde insuficiência de recursos financeiros para manutenção do sistema, tanto em relação a quantidade de pessoal e de espaço físico para implementação das mudanças, ou por considerar a norma vaga e/ou inconstitucional. Os subcapítulos que se seguem apresentaram as motivações que levaram a liminar de suspensão e a análise realizada por doutrinadores. Ao final a decisão definitiva proferida em agosto 2023.

Em junho de 2023, o STF retomou o julgamento das referidas ADIs e, em agosto do mesmo ano, a Ministra Rosa Weber proclamou o resultado de julgamento reconhecendo parcialmente a constitucionalidade dos artigos suspensos, algumas modificações interpretativas no texto, determinando, por conseguinte, a sua implementação.

Decisão: O Tribunal, nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade, para: 1. Por maioria, atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito,

vencidos os Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin; 2. Por maioria, declarar a constitucionalidade do caput do art. 3º-B do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, e por unanimidade fixar o prazo de 12 (doze) meses, a contar da publicação da ata do julgamento, para que sejam adotadas as medidas legislativas e administrativas necessárias à adequação das diferentes leis de organização judiciária, à efetiva implantação e ao efetivo funcionamento do juiz das garantias em todo o país. [...] (BRASIL, 2023)

4.2 Os institutos suspensos pelas ADIs

4.2.1 Juiz das Garantias (Artigos 3º-A a 3º-F, CPP)

O juiz das garantias, instrumento normativo que visa aperfeiçoar o sistema acusatório no Código de Processo Penal, reforçando a preservação da imparcialidade dos magistrados que iram decidir a causa.

O pacote anticrime introduziu o juiz das garantias no Artigo 3º do CPP, mas teve sua redação suspensa um mês após, a sua inclusão.

O então Presidente do STF, na época, Ministro Dias Toffoli, ao julgar a medida cautelar na ADI 6298 em 15 de janeiro de 2020, concedeu parcialmente e suspendeu a eficácia do texto legal que se refere o juízo das garantias.

(i) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/19; (ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão; (BRASIL, 2020)

Toffoli (2020), afirma que é de suma importância a aplicação do juiz das garantias que assegura o sistema processual constitucional acusatório e que “Tal medida constitui um avanço sem precedentes em nosso processo penal, o qual tem, paulatinamente, caminhado para um reforço do modelo acusatório.” (TOFFOLI, ADI 6298 MC/DF, 2020, p.17) E ainda afirma:

[...] diferentemente do que sugerem os autores das ações, o Poder Judiciário brasileiro dispõe sim de estrutura capaz de tornar efetivos os juízos de garantia. A questão, portanto, não é de reestruturação, e sim de reorganização da estrutura já existente. Não há órgão novo. Não há competência nova. O que há é divisão funcional de competência já existente.

É disso que se trata. (TOFFOLI, 2020, p. 25)

Em 22 de janeiro de 2020, o Ministro Luiz Fux, revogou a decisão monocrática das ADIs 6298, 6299 e 6300 proferida anteriormente pela Ministro Dias Toffoli, á suspendendo por tempo indeterminado.

O parecer jurídico N°888111/2021 dado pelo Ministério Público Federal realizado pelo Procurador-Geral da República Augusto Aras (2021) em seu relatório afirma que os requerentes de maneira geral alegam a inconstitucionalidade dos Artigos 3º-A a 3º-F, sob o argumento de afronta aos princípios do juiz natural, da igualdade, afrontando à separação dos poderes e autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, ofensa à competência dos tribunais para a criação de órgãos do Poder Judiciário e contrariando a Constituição Federal em seu Artigo 169, §1º e do Artigo 113 do ADCT. Para a AMB e AJUFE o juiz das garantias não se trata:

“(...) de alteração de competência dos Juízos criminais existentes, mas de instituição de um novo Juízo (o das Garantias) de forma imediata, sem prever a efetiva criação e instituição por meio das leis de organização judiciária no âmbito da União e dos Estados -- estão violando os dispositivos da CF referidos” (ADI nº 6.298); (ADI 6298 MC/DF, 2020, p. 6)

Em sua decisão o Relator Fux, analisa que os artigos que se referem ao juiz das garantias viola os Artigos 24 e 96 da Constituição, ainda diz que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal realiza distinção entre normas processuais e normas de organização judiciária. A essa última cabe a sua administração aos órgãos investidos na função jurisdicional e não ao legislativo, pois, segundo o magistrado a instituição desse novo juiz, acarretaria uma desorganização do Judiciário em todo país afrontando a carta magna (BRASIL, 2020). Já sobre normas processuais o magistrado diz que:

no bojo da ADI 4414, esclareci que "a lei processual é aquela que cuida da delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, da coordenação de sua atividade, da ordenação do procedimento e da organização do processo". Isto é: "envolve, basicamente, a tríade jurisdição, ação e processo". (ADI 4.414, Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, j. 31/05/2012, DJe 17/6/2013, p. 54). (BRASIL, 2020)

O Ministro ainda discorre a respeito daqueles que são favoráveis ao dispositivo:

Com a devida vênia aos que militam em favor desse raciocínio, entendo que essa visão desconsidera que 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. Nesse ponto, os dispositivos questionados têm natureza materialmente híbrida, sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária, a reclamar a restrição do artigo 96 da Constituição. (BRASIL, 2020)

Nucci (2023) discorda pelo fato do juiz das garantias fazer parte da estrutura acusatória do processo penal e que essas regras caracterizam sim de organização processual, conseqüentemente podendo ser instituída pelo poder Legislativo.

Sem a sua criação e eficiente atuação, havendo, sim, separação entre o juiz fiscalizador da investigação criminal e o juiz do mérito da causa, torna-se inviável a estrutura acusatória. Portanto, todas as normas regentes dessa figura são de natureza intrinsecamente processual, implicando conseqüências processuais, até porque regras de atuação do magistrado, seus impedimentos e sua competência primária não podem ser entendidas como organização judiciária. Se assim for levado a efeito, então qualquer Estado da Federação, por legislação estadual, pode prever o juiz das garantias, enquanto outro Estado, por via de conseqüência, não o faça. (NUCCI, 2023, p.178)

Os fundamentos para a não aplicação do juiz das garantias se baseiam na existência de contradição ao que preceitua a Constituição Federal, o que a tornaria inconstitucional, pois violaria normas de competência privativa da União de legislar sobre matéria processual penal e a norma de organização judiciária, que é de competência dos tribunais.

Mas ao analisar a justificativa de sua aplicação, nota-se que ela se baseia no fato de ser esse instituto garantidor da imparcialidade magistral, característica forte do sistema acusatório, que se encontra recepcionado pela mesma Constituição. Desta maneira, as duas análises distintas utilizam a mesma norma para fundamentar a suas convicções, o que motiva assim a longa discussão sobre o assunto.

Em agosto de 2023, o Superior Tribunal Federal declarou a constitucionalidade dos artigos que fazem referência ao juiz das garantias que vão do 3º-A ao 3º-F, exceto os artigos 3º D (caput e parágrafo único) que foram declarados inconstitucionais. O prazo para fixação das medidas é de 12 meses a contar da data de publicação da ata de julgamento, podendo ser prorrogáveis por mais 12 meses

4.2.2 Arquivamento de Inquérito (Artigo 28, caput, CPP)

Modificado pela Lei 13.964/19, o artigo 28 passou a ter a seguinte redação:

Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. (BRASIL, 1941)

O dispositivo foi impugnado pela ADI 6305, ajuizada pelo CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público), primeiramente reconhecendo a importância da alteração, que foi aguardada pela instituição e por juristas brasileiros por estar “*preservando a imparcialidade judicial e o protagonismo ministerial que são medidas estruturais do sistema acusatório.*” (CONAMP, 2021, p.24). Mas mesmo aguardada, entenderam que o prazo para a implementação das medidas em prazo de 30 dias após a publicação se torna inviável, pois:

a lei desafiou normas constitucionais que dizem respeito à falta de razoabilidade e proporcionalidade da alteração para a sua vigência, na medida em que causará extremo impacto na autonomia e gestão administrativa e financeira do Ministério Público. (CONAMP, 2021, p. 24-25)

Segundo o CONAMP “A partir da ampliação feita pelo novo art. 28, o número apresentado pelo MPSP de arquivamentos no ano de 2019 seria de 174.822, o que daria uma média mensal de análise de 14.500 procedimentos.” (CONAMP, 2021, p. 25)

No parecer jurídico dado pelo MPF, assinado pelo PGR Augusto Aras, cita Vladimir Aras (2020) que diz

O novo modelo do artigo 28 do CPP aumentará muito o fluxo de inquéritos entre os “promotores naturais”, sobretudo os da primeira instância, e os órgãos de revisão, que se situam nas capitais dos Estados e em Brasília. O processo eletrônico, tanto para a tramitação dos inquéritos quanto para as intimações e os recursos, será ferramenta essencial para reduzir os custos com a nova tramitação que o artigo 28 do CPP determina. [...]cabe ao CNMP, sem criar direito novo, sistematizar o novo procedimento de revisão interna cogente e recomendar boas práticas de gestão de casos criminais que podem ser hauridas em diversos MPs do país. (ARAS², apud MPF, 2021, p.59)

Dessa forma, valendo-se do pedido do CONAMP achou por bem o Ministro Fux, suspender a vigência do Artigo 28, caput, sem análise do mérito

Embora entenda que algumas dessas questões trazidas pela parte autora possam ser solucionadas em sede jurisdicional, por meio das técnicas de decisão e de interpretação que possam controlar o prazo da entrada em vigor da norma e definir eventuais ambiguidades legislativas, anoto que a solução jurídica adequada, por ora, é a suspensão do dispositivo impugnado, para posterior análise de mérito do Plenário deste Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2020)

A posterior análise realizada pelo plenário do STF mencionada por Fux, tornou constitucional o caput do Artigo 28, ao qual será explicitado mais adiante.

4.2.3 Prova Inadmissível (Artigo 157, §5º, CPP)

Além dos artigos já mencionados, foi também deferido por tempo indeterminado a suspensão do Artigo 157 §5º, que possui a seguinte redação: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão” (BRASIL, 1941). O dispositivo foi suspenso primeiramente pelo Presidente Ministro Dias Toffoli por 180 dias, e dias depois novamente com o Ministro Relator Luiz Fux por tempo indeterminado.

Na visão de Toffoli (2021), que também é corroborada por Fux (2021), é que a norma, não é clara de como a sua atuação se dará nos tribunais.

De início, anoto que a norma em tela é extremamente vaga, gerando inúmeras dúvidas. O que significa “conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível”? Significa apenas travar contato com a prova ou pressupõe que o juiz necessariamente tenha emitido algum juízo de valor sobre o material probatório? Como se materializaria a demonstração desse “conhecimento”? O juiz, após “conhecer” do conteúdo da prova, ainda poderá proferir decisões interlocutórias e presidir a instrução, ficando impedido apenas para a sentença, ou ficará impedido desde logo? (TOFFOLI, ADI 6298 MC/DF 2020, p.26)

Fux (2021), ainda acrescenta que a existência do parágrafo quinto do Artigo 157, contraria o juiz natural:

O § 5º do art. 157 é também danoso ao princípio do juiz natural, por ser norma de competência que não fornece critérios claros e objetivos para sua

aplicação. Como redigido, o preceito pode resultar na criação de situações em que a produção de prova eventualmente nula sirva como instrumento deletério de interferência na definição do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), abrindo brecha para a escolha do magistrado que examinará o processo crime, vulnerando-se, por via trans versa, o postulado constitucional em questão. (FUX, 2021)

Nucci (2023), afirma que caso o dispositivo seja mantido configuraria um desserviço do Legislativo sendo dever e vocação do magistrado ser imparcial, sabendo discernir entre provas ilícitas e lícitas, e construir seu convencimento de forma ilibada julgando com sabedoria.

Por isso, o mero contato com uma prova ilícita não pode, automaticamente, transformar o magistrado num julgador parcial e, por isso, impedido (“não poderá proferir sentença ou acórdão”, nos termos legais).[...] Logo, quando o legislador aponta esse lado, impedindo o contato do juiz com a prova ilícita significa desconfiar da sua imparcialidade em termos abstratos e não concretos. (NUCCI, 2023, p. 453)

Santos (2022), rebate a justificativa dada pelos Ministros Toffoli e Fux, ao suspender a eficácia do parágrafo quinto, dizendo que:

Expressões normativas vagas sempre percorreram o ordenamento processual penal e, nem por isso, puseram em xeque o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/88), ensejando declarações de inconstitucionalidade em profusão. Além da interpretação extensiva, da aplicação analógica e dos princípios gerais de Direito (art. 3º do CPP), a doutrina e a jurisprudência, enquanto fontes do Direito, sempre promoveram, como promovem, essa integração, inclusive em searas quiza mais sensíveis. (SANTOS, 2022, p. 337)

Na visão de Santos (2022), o juiz que receber a prova ilícita, e se assim a reconheça, a desentranhando do processo não se incidirá o §5º do 157. “*Se o magistrado, em estrita observância ao art. 5º, LVI, da CRFB/88, glosa a prova, reputando-a ilícita, e determina a sua exclusão dos autos, nada fez para ser declarado impedido*”. (SANTOS, 2022, p. 339).

Seguindo essa ordem de ideias, **inexiste risco de afastamento do juiz natural, fazendo-o incorrer em impedimento, em virtude da utilização deliberada de prova ilícita pela parte. Ao reconhecê-la e extirpá-la dos autos, estará o magistrado desempenhando, regularmente, o seu múnus, sem dar azo a impedimento.** (SANTOS, 2022, p. 339, grifo do autor)

Diferentemente, daquele juiz que além de produzir a prova ilícita ou que recusar a

alegação da ilicitude, pois, segundo Santos (2022) dessa forma fica explícito a validação da prova por parte do magistrado sinalizando a adesão do seu conteúdo influenciando na condenação do réu.

A exclusão da prova dar-se-á, evidentemente, a seu contragosto, configurando, a partir desses elementos concretos, **provável dissonância cognitiva merecedora de neutralização**, implementada com o seu afastamento. [...] Registre-se que, sem tal medida, **não se confere plenitude ao art. 5º, LVI, da CRFB/88, pois a inadmissibilidade das provas ilícitas não se limita aos aspectos formais – figurar, ou não, nos autos –, mas garantir que não concorra, minimamente, para o resultado do processo.** (SANTOS, 2022, p. 339, grifo do autor)

A exclusão de prova inadmissível não se mostra receptiva pelos magistrados pela sua complexidade de aplicação e por não ser clara a forma ditada pelo Legislador. Mas é importante frisar que para um processo penal acusatório devidamente aplicado, a prova inadmissível não pode de forma alguma ser analisada pelo magistrado devendo ser desentranhada assim que reconhecida. E é papel do judiciário ser extremamente rigoroso quanto á isso, mesmo sem a eficácia do Artigo 157, §5º do CPP.

4.2.4 Audiência de Custódia (Artigo 310, §4º, CPP)

E por fim, no que se refere ao §4º do Artigo 310, possui a seguinte redação:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (BRASIL,1941)

A suspensão do retro mencionado artigo, foi suscitado somente pelo CONAMP na ADI 6305, com a seguinte argumentação

O parágrafo 4º do artigo 310 do Código de Processo Penal, acima negrito e fruto da alteração legislativa feita pela Lei nº 13.964/2019, padece de inconstitucionalidade ao prever hipótese de soltura automática, leva em consideração prazo inflexível, e ao mesmo tempo permite o decreto de prisão preventiva sem a realização da própria audiência de custódia. (CONAMP, 2020, p. 33)

Para o Ministro Luiz Fux (2020), o parágrafo quarto, “desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, especialmente na região Norte, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte” (BRASIL, 2020, p. 41-42). Entendendo, portanto, que a medida deve ser suspensa para evitar prejuízos irreversíveis ao judiciário penal BRASIL, 2020).

Em análise perfunctória, e sem prejuízo de posterior posicionamento em sede meritória, entendo presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar pleiteada. Não se desconsidera a importância do instituto da audiência de custódia para o sistema acusatório penal. No entanto, o dispositivo impugnado fixa consequência jurídica desarrazoada para a não realização da audiência de custódia, consistente na ilegalidade da prisão. (BRASIL, 2020, p. 41)

Ao analisar a decisão do Ministro Relator Fux, Nucci (2023) expressa o seu ponto de vista:

Embora seja um argumento válido, é preciso lembrar que, no referido § 4.º, consta que a não realização provocaria ilegalidade sem motivação idônea. Dessa forma, pode-se justificar a não realização em virtude das condições locais ou regionais. Outro ponto é dado também no § 4.º: se a prisão se tornar ilegal, o juiz a relaxa e, sendo o caso, pode decretar a prisão preventiva. Diante disso, não haveria, em princípio, nenhum problema concreto a ser detectado no mencionado § 4.º, a ponto de ser suspenso. (NUCCI, 2023, p.698)

Já o Procurador da República Augusto Aras aduz que o Artigo 310, §4º, deve conferir uma interpretação conforme a Constituição, “*para assentar que a ‘autoridade competente’ de que trata o dispositivo há de ser apenas a autoridade judicial*” (MPF, 2021, p.90). E que as consequências da não realização da audiência de custódia nas 24 horas decorrentes a prisão, não seja imposta de forma imediata, e sim por decisão fundamentada do magistrado competente. (MPF, 2021)

O Brasil é um país de dimensão continental e com realidades jurisdicionais diferentes, a aplicação do Artigo 310 §4º deve se levar em consideração tal situação, pois por circunstâncias alheias a vontade dos tribunais criminais a sua aplicação pode diferenciar em decorrência do lugar seja por falta de pessoal, tecnologia ou outro problema encontrado no dia a dia. Em razão disso é de suma importância o princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais, para que não decorra a ilegalidade da prisão.

4.3 Julgamento em plenário das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 em Agosto/2023

Em janeiro de 2020 em decisão liminar o Ministro Luiz Fux suspendeu dispositivos introduzidos a legislação processual penal decorridos da lei 13.964/2019, até que fosse colocado em pauta pela Suprema Corte. E após um período longo de espera o julgamento em conjunto das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 foi colocado em pauta.

Incluído para julgamento pela Presidência do STF Ministra Rosa Weber em 14 de junho de 2023, seguindo leituras de relatório e sustentações orais dos *amicus curiae* (amigos da corte), iniciou-se a votação pelo Ministro Relator Luiz Fux que julgou parcialmente procedentes as ADIs, modificando extensivamente a forma de aplicação dos dispositivos de acordo com o seu voto.

Ao Artigo 3-A, o Ministro Relator atribuiu interpretação conforme a redação dada pela Lei 13.964/19, firmando o entendimento extensivo autorizando aos magistrados dentro dos limites legais a realizar diligências.

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória **das partes, podendo o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito;** (BRASIL, 2023) (grifo nosso)

Fux também apresentou modificações para os artigos 3º-B em seus incisos VI, VII, XIV, §§1º e 2º; 3º-C caput, §§2º, 3º e 4º; 3ºD parágrafo único, 3º-F; Artigo 28 §1º; Artigo 310 caput e §4º. Mas no que se refere aos artigos 3º-D, caput, 3º-F caput e parágrafo único e 157 §5º do CPP, o ministro os julgou inconstitucionais.

Ao final do seu voto declarou constitucionais os seguintes dispositivos “incisos I a V; VIII a XIII; e XV a XVIII, todos do artigo 3º-B; § 1º do artigo 3º-C; e artigo 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º, do Código de Processo Penal” (BRASIL, 2023)

Já no dia 10 de agosto, após abertura de voto-vista ao Ministro Dias Toffoli, que acompanhou parcialmente o voto do ministro relator, julgando parcialmente

procedentes as ações, declarando a constitucionalidade formal dos artigos 3º-A ao 3º-C; 3º-E e 3º-F do CPP; declarou a inconstitucionalidade formal do Artigo 3º-D. Fixando o prazo de 12 meses a contar da publicação da ata do julgamento para que sejam adotados conforme diretrizes do CNJ podendo ser prorrogáveis por mais 12 meses.

Em seguida se sucederam os votos dos Ministros André Mendonça, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, Edson Fachin, Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Rosa Weber, ambos julgaram parcialmente procedentes as ADIs conforme seus votos. Retornando os trabalhos em 24 de agosto de 2023, o tribunal proferiu a decisão nos termos do voto do Relator julgando parcialmente procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade.

Na mais aguardada decisão está os artigos que introduz o juiz das garantias ao processo penal brasileiro. E em síntese foi atribuído por maioria a interpretação conforme ao Art. 3-A do CPP, sendo acrescentado a interpretação conforme o voto do Ministro Relator Luiz Fux. Aury Lopes Jr., Jacinto N. M. Coutinho e Alexandre Moraes da Rosa interpretaram a decisão do Supremo

De nossa parte, estabelecidas essas premissas, o artigo 3º-A do CPP, inserido pela Lei 13964/19, somente incorporou, no plano infraconstitucional, a estrutura acusatória já reconhecida pelo Supremo no plano Constitucional do Processo Penal, mas com a restrição do espaço semântico Princípio Acusatório em face dos ruídos da mentalidade inquisitória. (LOPES JR.; COUTINHO; ROSA, p1. 2023)

O reconhecimento da constitucionalidade do caput do Art. 3º-B fixando por unanimidade:

o prazo de 12 (doze) meses, a contar da publicação da ata do julgamento, para que sejam adotadas as medidas legislativas e administrativas necessárias à adequação das diferentes leis de organização judiciária, à efetiva implantação e ao efetivo funcionamento do juiz das garantias em todo o país, tudo conforme as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça e sob a supervisão dele. Esse prazo poderá ser prorrogado uma única vez, por no máximo 12 (doze) meses, devendo a devida justificativa ser apresentada em procedimento realizado junto ao Conselho Nacional de Justiça, vencido, apenas quanto à inconstitucionalidade formal, o Relator, que entendia competir às leis de organização judiciária sua instituição; (BRASIL, 2023)

A decisão atribuiu a interpretação conforme a redação trazida pela Lei 13.964/2019

há alguns artigos referentes ao juízo das garantias, modificou algumas nomenclaturas ou reconheceu a norma como inconstitucional alterando a sua interpretação. Como foi feito no parágrafo segundo do Artigo 3^a-C

13. Por maioria, declarar a inconstitucionalidade do termo “recebimento” contido no § 2º do art. 3º-C do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, e atribuir interpretação conforme ao dispositivo para assentar que, após o oferecimento da denúncia ou queixa, o juiz da instrução e julgamento deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias, vencido o Ministro Edson Fachin; (BRASIL, 2023)

No que se refere ao arquivamento do inquérito ou de qualquer peça informativa, o Tribunal por maioria atribuiu interpretação conforme o caput do Artigo 28, assentou que o Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará as partes envolvidas e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para instância de revisão ministerial quando houver, para fins de homologação. Já no paragrafo primeiro do referido artigo além da vítima ou seu representante, a autoridade policial também poderá submeter a matéria caso se verifique ilegalidade ou uma decisão absurda no ato do arquivamento.

Mas Aury Lopes Jr. (2023) adverte que a mudança afetarà a coisa julgada já que não existirá decisão judicial homologando o arquivamento.

Mas o problema nuclear permanece: não temos mais decisão judicial para haver coisa julgada material quando a decisão de arquivamento afirmar a existência de uma causa de exclusão da ilicitude (situação aceita pelo STJ), mas segue o problema da necessidade de estabilidade das decisões e segurança jurídica, ainda que administrativa. Como resolver?

O tema é novo e árido. Pensamos que se pode ir pelo caminho da coisa julgada administrativa ou, como prefere COUTINHO e MURATA³, pela linha do ato administrativo composto.

Para os autores, a nova decisão de arquivamento (feita sem homologação judicial) constitui um ato administrativo composto, que somente se consolida, completa e efetiva após a revisão pela autoridade administrativa superior (neste caso, o órgão colegiado do MP). Após essa revisão, teremos um ato jurídico perfeito. (LOPES JR., p. 92, 2023)

Já o Artigo 157, §5º que se refere ao conteúdo da prova declarada inadmissível foi declarado a sua inconstitucionalidade, tendo voto vencido Cristiano Zanin que propôs interpretação conforme o dispositivo.

Ao Artigo 310 §4º que dispõe sobre audiência de custódia deve ser realizada no

decurso do prazo de 24 horas após auto de prisão em flagrante, sendo decidido por unanimidade a sua interpretação conforme a lei, assentando que

a autoridade judiciária deverá avaliar se estão presentes os requisitos para a prorrogação excepcional do prazo ou para sua realização por videoconferência, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva (BRASIL, 2023)

Ao final da decisão ficou definido como regra de transição, quanto as ações penais instauradas no momento da implementação do juiz das garantias pelos tribunais, a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação no juízo competente.

Os doutrinadores fazem uma importante análise, não é necessário somente mudar a lei e sim a forma como se é aplicada.

Dessarte, nunca é demais repetir a advertência: não basta mudar a lei, é preciso mudar a mentalidade. É possível termos práticas judiciais acusatórias, ainda que a estrutura tenha hibridez e ranço inquisitório, mas não a ponto de cabrestear o juiz. Um juiz liberto das amarras (mentais) autoritárias e consciente do seu lugar (até porque o problema dos sistemas é acima de tudo uma questão de lugar (do juiz)), não precisa efetivar o resquício de projeto autoritário do CPP, pois existe um amplo espaço para o agir democrático, constitucional e imparcial (logo, acusatório) (LOPES JR.; COUTINHO; ROSA, 2023).

A aplicação de tais medidas deferidas pelo Supremo Tribunal Federal, delongarão um certo tempo para que sua aplicação demonstre a eficácia e os resultados que foram pretendidos em sua criação, ao qual deseja tornar o sistema processual penal brasileiro mais próximo do acusatório deixando para trás os seus resquícios inquisitoriais.

5 SISTEMA PROCESSUAL PENAL E SUAS CONTROVÉRSIAS LEGAIS

O Código de Processo Penal brasileiro foi promulgado em 1941, época da terceira e última fase da Era Vargas, a fase brasileira mais ditatorial, intervencionista na esfera privada, com traços políticos da época de preceitos fascistas, (CARVALHO,2014) estando o CPP em vigor até os dias atuais. Em 1988, se dá a promulgação da Constituição Federal, considerada até o momento a carta magna com maior caráter democrático.

Com efeito, **muita coisa mudou entre o Código de 1941 e a Constituição de 1988**; a alteração foi de estrutura, foi subjacente, o que provoca uma ruptura de grande monta que deita raízes profundas na estrutura jurídico-política. Urge, pois, que se faça uma reforma radical no Código de Processo Penal brasileiro, de forma que aquela diretriz constitucional se imponha plenamente. **As reformas parciais que têm sido feitas não superam o descompasso**, na medida em que disposições legais, produzidas de acordo com uma concepção superada, não convivem adequadamente com novas disposições, orientadas por outros princípios. (grifo nosso) (CARVALHO, 2014, p.17)

Após 1988, como dito por Carvalho (2014) foram pouco eficazes as mudanças trazidas no CPP que garantisse os direitos constitucionais do indivíduo. Em razão disso, a legislação brasileira vem apresentando contrariedades entre normas. A Constituição Cidadã contendo ares de sistema penal acusatório, e CPP contendo artigos inquisitoriais, encontrando-se também divergências dentro do próprio código. Principalmente após os artigos da Lei 13.964/19 entrarem vigência em agosto de 2023 tendo prazo obrigatório para implementação de 12 meses que poderão ser prorrogáveis por mais doze, dessa forma o embrolho jurídico se revelará com maior fervor.

Mesmo com a revogação tácita de artigos considerados inquisitoriais, é necessário que haja reformulação do Código de Processo Penal.

Todavia, apesar da escolha política adotada, é inegável que a expressa positivação do sistema acusatório na legislação brasileira representa um importante passo dado em direção à Constituição, sendo certo que dispositivos inquisitoriais originários da redação de 1941 – já não recepcionados pela nova CR –, bem como dispositivos inquisitoriais que foram inseridos *a posteriori* por meio de reformas pontuais – inconstitucionais desde seu nascedouro –, devem ser considerados tacitamente revogados diante da previsão contida no novo art. 3.º-A, o que implica na necessidade

de reestruturação de todo o processo penal brasileiro, sob pena de fazer letra morta da lei. (GABRIG, 2020, p.1)

Uma das principais características do sistema penal acusatório é a separação das funções de quem acusa, defende ou julga, ao qual esse último não lhe cabe a produção probatória sendo encarregado somente aos acusadores e defensores. O Artigo 3º-A com a seguinte redação diz “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.” (BRASIL, 1941) Mas ao percorrer o texto legal, se percebe que tal situação não condiz com o que fora dito no mencionado artigo.

No entanto, o Artigo 156 ainda dá liberdade ao magistrado de produzir provas, mesmo na fase investigativa e também durante todo o processo.

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. (BRASIL, 1941)

Para Soraia Mendes e Ana Martínez (2020), nada justifica a intervenção do magistrado na fase inicial da persecução penal tampouco realizar diligências. E ainda acrescenta:

Nesse sentido, na esteira do juízo de garantias, vale reafirmar o profundo rechaço ao disposto no inciso I do art. 156, CPP (com a redação dada pela Lei 11.690/2008), que permite ao juiz, de ofício, ordenar antes de iniciada a ação penal (logo, na investigação preliminar), a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. **Esse não é o juízo de garantias que se deseja, ou melhor seria dizer, o adequado ao princípio acusatório.** (grifo nosso) (MENDES; MARTÍNEZ, 2020, p.54)

Os artigos mencionados (3º-A e 156) foram citados no julgamento de Habeas Corpus, em Fevereiro de 2022, quando o TJSP, por maioria, entendeu a prova produzida pelo juiz como ilícita. O Relator Desembargador Marcelo Semer, em sua decisão asseverou que:

Assim, ante a revogação tácita do art. 156, do CPP, pelo art. 3º-A, do CPP, em reforço ao sistema acusatório já expressamente adotado pelo Brasil em sede constitucional, entendo pela ilicitude da prova produzida às fls. 240/249, consubstanciada em laudo pericial dos telefones celulares dos acusados, cuja prova foi determinada de ofício pelo juízo, devendo ser desentranhada dos autos, assim como as provas que dela derivarem, devendo haver a descontaminação do processo. (Habeas Corpus Criminal nº 2200070-67.2021.8.26.0000 -Voto nº 19368, p.7)

No entendimento do Desembargador Semer (2022) a:

Liminar do Min. Fux, na MC na ADI n.º 6299/DF, que não suspendeu a eficácia do aludido artigo no que tange ao reforço do sistema acusatório, mas apenas quanto à implantação do juiz de garantias, que demanda mudança estrutural do Judiciário.. (Habeas Corpus Criminal nº 2200070-67.2021.8.26.0000 -Voto nº 19368, p.2)

O Artigo 385 sofre da mesma problemática, a ocorrência da discordância do sistema processual penal acusatório, e possui a seguinte redação: *“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.”* (BRASIL,1941). Mas os doutrinadores Nucci (2023) e Aury Lopes Jr. (2023), possuem pensamentos divergentes a respeito desse artigo.

Na visão de Nucci (2023):

Não há contradição nisso, pois o interesse em jogo é público. Além disso, vigora a obrigatoriedade da ação penal e a impossibilidade de desistência pelo MP, conferindo autonomia ao julgador para decidir como lhe aprouver. A independência funcional do membro da instituição permite-lhe requerer a absolvição, mas tal pleito não vincula o magistrado. Pode o julgador reconhecer agravantes, que não foram pedidas pelo órgão acusatório (art. 385, CPP). Respeitadas as posições em contrário, não vemos nenhum excesso nisso. Agravantes não fazem parte do tipo penal incriminador, logo, nem mesmo na denúncia ou queixa devem constar. [...]. Aliás, usa-se o mesmo critério para as circunstâncias judiciais negativas, extraídas do art. 59 do CP; não precisam constar da denúncia ou queixa e o réu delas não se defende diretamente. (NUCCI, 2023, p.147)

Já para Aury Lopes Jr. (2023)

Em que pese a redação do art. 385, pensamos que ele é substancialmente inconstitucional por flagrante violação do princípio acusatório. Ademais, representaria uma inequívoca violação do princípio da correlação (condenação sem pedido) e da imparcialidade do juiz, além de ser

incompatível com o objeto do processo penal (pretensão acusatória). O juiz não pode prover diversamente do que lhe foi pedido. (LOPES, 2023, p. 433)

Para o Desembargador Federal do TRF1, Néviton Guedes (2018), a aplicação do Artigo 385 não é constitucional, por ferir o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, pois, os fatos trazidos pelos magistrados que não estão presentes no processo fazem com que acusação seja surpreendidos. Não podendo o “Estado impor-lhes restrições em seus direitos fundamentais com base em aspectos que não foram, com antecedência, passíveis de manifestação de sua defesa técnica.” (GUEDES, 2018). E ainda conclui que:

à luz da regra da não surpresa (*Überraschungsverbot*) e do direito de ser ouvido pelos tribunais (*das Recht auf Gehör*), que resultam diretamente do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, não vejo como possível continuar a permitir que o acusado, nos termos do artigo 385, parte final, do CPP, seja apenado, sem mais, com base em agravantes que sequer foram alegadas pela acusação. (GUEDES, 2018)

Antonio Milton de Barros (2002), faz comentário pertinente:

O conteúdo do art. 385 do Código de Processo Penal evoca uma colusão entre dois princípios — legalidade e acusatório. De um lado, pode-se considerar que, ao manifestar-se pela absolvição, o Ministério Público estaria ‘retirando’ a acusação e o juiz, nesse caso, ao decidir pela condenação, estaria assumindo, ao mesmo tempo, as funções acusadora e julgadora. Entretanto, já se aventou que a recíproca seja verdadeira: ao não denunciar ou quando formula pedido de absolvição que vincule o juízo, o Ministério Público estará assumindo as duas funções — de acusar e de julgar —, já que, quando decide não acusar, impede o julgamento. (IBCCRIM, apud. BARROS)

A defensora pública do Estado do Pernambuco, Gina Ribeiro Gonçalves Muniz (2021), alerta a respeito do Artigo 385, do CPP:

Importante esclarecer que não se defende que o pedido de absolvição feito por um representante do Ministério Público deve ser tratado como algo irrefutável. Até consideramos importante que existam possibilidades de revisão do posicionamento ministerial, mas o cerne da questão é que tal tarefa deveria ser de incumbência do próprio Parquet e ainda do assistente da acusação, caso presente no caso concreto, mas jamais do magistrado, que deve se manter equidistante das partes. (MUNIZ, Gina, 2021)

Já o Artigo 212, parágrafo único, permite ao magistrado complementar a inquirição de testemunhas de pontos não esclarecidos. Tal dispositivo adveio da Reforma

Processual de 2008, que na compreensão de Aury Lopes Jr. (2023), foi de suma importância.

Portanto, o juiz deixa de ter o papel de protagonismo na realização das oitivas, para ter uma função completiva, subsidiária. Não mais, como no modelo anterior, terá o juiz aquela postura proativa, de fazer dezenas de perguntas, esgotar a fonte probatória, para só então passar a palavra às partes, para que, com o que sobrou, complementar a inquirição. (LOPES JR., 2023, p. 223)

Nucci (2023), diz que a norma é compatível com o princípio constitucional:

Se ele fizer perguntas à testemunha, antes das partes, ou complementar as perguntas realizadas pela acusação e pela defesa, o mais relevante é que o faça de maneira isenta e imparcial. Este é o perfil do juiz, que será compatível com o princípio constitucional do juiz natural e imparcial. É certo que o juiz pode indeferir a realização de reperguntas impertinentes ou inadequadas, mas deve usar esse poder com bom senso e de modo fundamentado. Afinal, o magistrado não pode ser o senhor absoluto da inquirição, desejando filtrar tudo aquilo que se passa na mente das partes, envolvendo-se na estratégia da acusação ou da defesa. (NUCCI, 2023, p. 287)

Mas ainda há magistrados que contrariam a norma legal, trazendo o protagonismo da inquisição para si. Aury (2023) cita em sua obra um caso de inobservância do Artigo 212, julgado pelo STJ em 06 de maio de 2022.

Após algumas oscilações, o STJ tem sido mais criterioso e rigoroso com a violação ao disposto no art. 212, anulando processos em que houve seu descumprimento. Neste sentido é a importante decisão proferida pela 6ª Turma, no Habeas corpus n. 726.749/SP (2022/0056979-7), j. 06/05/2022, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: “Da atenta leitura dos autos denota-se que, segundo a degravação realizada por peritos (fls. 290/500), a Magistrada protagonizou toda audiência perquirindo por diversas vezes a vítima protegida, ou seja, foram 257 questionamentos da Magistrada, 54 do Ministério Público e 53 da Defesa técnica (fl. 305). Por conseguinte, a Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Sorocaba/SP, no caso em concreto, não exerceu a indispensável equidistância durante a audiência de instrução e julgamento, consoante o disposto no art. 212 do Código de Processo Penal”. (HC nº 726749/SP - STJ, *apud*, LOPES, JR. 2023)

A problemática do Artigo 212 pode trazer consequências ainda maiores principalmente quando o magistrado a utiliza em excesso, como na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que ao reconhecer a afronta ao sistema acusatório anulou o processo a partir da audiência de instrução e julgamento, de onde

se originou a nulidade e acarretou na extinção na punibilidade em razão da prescrição punitiva.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL. NULIDADE PROCESSUAL SUSCITADA PELA DEFESA. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. JUIZ QUE FORMULA PERGUNTAS EM SUBSTITUIÇÃO, COM NÍTIDA INTENÇÃO DE PRODUIR PROVAS. VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. OCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 212, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO DESDE A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NECESSIDADE. PRECEDENTES. PRELIMINAR ACOLHIDA. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. 1. A função do juiz na audiência de instrução está adstrita à presidência do ato e à formulação de perguntas complementares e subsidiárias às indagações defensivas ou ministeriais (artigo 212, parágrafo único, do CPP), caso necessário, com o objetivo de elucidar as respostas fornecidas. 2. A ausência do Representante do Ministério Público na audiência de instrução e julgamento não configura nulidade automática, **porém, se o Juiz presidente se imiscui da função acusatória, formulando perguntas visando à produção de provas, resta violado o sistema acusatório que rege o processo penal, configurando, pois, causa de nulidade processual**. 3. Com a nulidade do feito desde o ato viciado e, conseqüentemente, supressão de um dos marcos interruptivos da prescrição, deve-se declarar a extinção da punibilidade do agente pelo decurso excessivo de tempo ao exercício do jus puniendi, tomando por base a pena aplicada na r. sentença e a vedação à reformatio in pejus indireta. 4. Preliminar acolhida para declarar a nulidade do feito, desde a audiência de instrução e julgamento. Declarada a extinção da punibilidade do agente, ante a prescrição da pretensão punitiva. (TJMG - Apelação Criminal 1.0000.23.102925-7/001, Relator(a): Des.(a) Daniela Villani Bonaccorsi Rodrigues, 9ª Câmara Criminal Especializa, julgamento em 11/10/2023, publicação da súmula em 11/10/2023) (grifo nosso)

Outros são os artigos que dão faculdade aos magistrados dentro do Código de Processo Penal.

O Código tem diversas passagens, mostrando, a todo instante, a necessidade de determinadas providências por parte do juiz, visando à descoberta processual dos fatos, dentro do processo. Trata-se de um resqúicio do sistema inquisitivo.

São exemplos os arts. 196 c/c 234 c/c 616 do CPP¹⁹. (RANGEL, 2023, p. 37)

Sobre o Artigo 234 que possui a seguinte redação “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.” (BRASIL, 1941), Paulo Rangel (2023) observa que:

Do disposto no art. 234, acima citado, emerge a autoritária verdade processual visada pelo juiz em sua ação ex officio, pois, independentemente de requerimento das partes, o juiz determina as diligências que entender cabíveis para a juntada aos autos do documento, inclusive, se for o caso, por medida coercitiva real de busca e apreensão. Não há dúvida: é a expressão maior do juiz inquisidor, o que busca a prova, o que desce de sua cadeira supra partes e vem procurar dados para condenar o acusado. No Código de Processo Penal brasileiro, elaborado na época de Getúlio Vargas, ditador, juiz não investiga para absolver, até porque, se não tem provas, deve o réu ser absolvido. A investigação probatória é típica do inquisidor, do juiz que podemos chamar de “Tomás de Torquemada” (Torquemada foi quem melhor encarnou o papel de inquisidor no reino de Isabel de Castela na Espanha, em 1483, depois de ter sido nomeado pelo Papa como Inquisidor-Geral. Ele, aos 62 anos de idade, representou o lado mais horrível e devastador da Inquisição). (RANGEL, 2023, p. 38)

Nucci (2022) já diverge do que fora dito por Rangel, e vê o Artigo 234, como uma norma importante para o processo penal.

O juiz, em busca da verdade real, pode e deve coligir provas indispensáveis ao deslinde do feito (art. 234, CPP). Sendo ele o destinatário da prova, nada mais justo do que colhê-la, diretamente, quando disso tomar conhecimento. Aliás, muitos documentos somente poderão ser conseguidos por intermédio de requisição judicial, como ocorre com a quebra do sigilo fiscal ou bancário, razão pela qual é plausível que o próprio magistrado os busque para a juntada nos autos. (NUCCI, 2022, p. 306)

Aury Lopes Jr. (2023) faz uma crítica a busca da verdade real citada por Nucci que justificou a aplicação do Artigo 234 com base nesse princípio, mas antes de analisar o que diz o doutrinador é importante saber que “O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente.” (NUCCI, 2022, p. 17)

Daí por que de nada serve lutar pela efetivação do modelo acusatório e a máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição, quando tudo isso esbarra na atuação substancialista de quem busca uma inalcançável “verdade real”.

[...]

O mito da verdade (real) está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor). (LOPES JR., 2023, p. 166)

As contradições no processo penal decorrentes de sua criação em 1941, em relação ao sistema acusatório trazidos pela Constituição Federal, Lei 13.964/19 e demais leis

criadas durante o período 1941-2019, já é uma realidade no sistema brasileiro e delongarão ainda uma grande discussão em razão de sua aplicabilidade. Tanto em relação aos doutrinadores que se divergem em considerar constitucional uma norma contrária ao sistema acusatório, tanto as instâncias jurisdicionais que trarão entendimentos conforme as demandas trazidas pelas partes.

Considerar a norma revogada tacitamente, ou seja, considerar incompatível uma norma jurídica em razão da criação de uma nova norma, não é uma solução para se resolver os debates jurídicos que passarão a existir com maior fervor a partir da vigência dos artigos que consideram o código de processo penal acusatório

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico apresentou estudos a cerca dos sistemas processuais penais, tema esse que tem sido objeto de polêmica ao longo dos anos, principalmente pela evolução jurídica de outros ramos do direito, ficando a legislação penal prejudicada em decorrência da sua desatualização. O Código Penal e Processual Penal, são respectivamente, dos anos de 1940 e 1941, ou seja, foram criados em uma sociedade totalmente distinta daquela de 1988, quando foi promulgada a Constituição Federal, e principalmente, da sociedade atual.

Com características de dois sistemas, acusatório e inquisitório, o Código de Processo Penal se perdura até os dias atuais, não obstante fato de suas normas terem sido criadas em um momento histórico autoritário, influenciado pela ditadura de Benito Mussolini que governou a Itália de 1922 a 1943. Não passando por nenhuma grande reformulação, mas apenas modificações e inclusões normativas que não interferiram tanto em sua essência inquisitorial. Após alcançados inúmeros avanços da sociedade, seja no aspecto jurídico ou no convívio social, o atual sistema penal não acompanhou tais evoluções, deixando a desejar como instrumento legislativo ideal para o processamento judicial dos atos ilícitos.

Pode-se verificar que o primeiro grande avanço para o reconhecimento do caráter acusatório no direito brasileiro se deu com a Constituição da República em 1988, na qual se estabeleceram os princípios do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juiz e do devido processo legal.

Sobre o referido sistema, pode-se afirmar, dentre todos estudados nessa pesquisa, é o que se se mostra mais apropriado a atual ordem constitucional, por trazer ao “jogo” (processo) a igualdade entre as partes, mesmo que não seja uma igualdade plena pois se luta contra a grande estrutura estatal, mas a busca por ela já se torna uma conquista para os defensores do sistema penal acusatório.

Durante o estudo também se percebe que a parcialidade do magistrado é um ponto mais questionável dentre os que defendem o sistema acusatório, o que não se trata

de duvidar daquele que tem o dever legal e moral de ser imparcial, ou até mesmo de sua honestidade, mas sim, de reconhecer que todos são seres humanos, e passíveis de, em algum momento, gerar um juízo de valor próprio em um determinado caso. Por esta razão, o sistema inquisitorial é tão criticado, por permitir que o magistrado, que é quem possui o papel exclusivo de julgar, acabe tomando as rédeas do julgamento e siga para uma direção que favoreça a acusação ou a defesa.

Percebe-se que o legislador, pós CF/88 a qual não adotou expressamente o sistema acusatório, vem fazendo alterações pontuais no CPP a fim de adequá-lo ao sistema acusatório, sendo a última mais relevante a lei 13.964/2019, denominada pacote anticrime, deixando expresso no art. 3-A do CPP que a estrutura do Código de Processo Penal é acusatória.

Não obstante, as pequenas reformas que tem sido feitas na legislação processual penal, ainda remanesce no CPP artigos inquisitoriais como 156, 196, 212, 234, 385 e 616, entre outros. Todos os artigos citados dão ao magistrado anuência para se manifestar por *ex officio*, contrariando a matriz acusatória do Artigo 3º-A, do mesmo código.

Mas o questionamento natural que se faz é: e os artigos inquisitoriais presentes no Código de Processo Penal? Aqueles que vedam a iniciativa dos magistrados em quaisquer fases do processo, como ficarão? Para essas perguntas o que se pode dizer, é que estes artigos se encontrarão revogados tacitamente, o que acarretaria a não utilização pelos magistrados, acarretando assim na incompatibilidade da norma antiga com a nova norma, levando à adoção desta última.

O grande obstáculo dos tribunais nesse primeiro momento transitório de 12 meses (que pode ser prorrogável por mais doze), estabelecido pelo julgamento das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, é reconhecer que a partir de agora tem-se um novo sistema processual vigente, e deixar para trás o sistema que fora, até então, aplicado. Sendo assim, para se afirmar que o sistema acusatório é o mais eficaz/garantidor e que sua aplicação está condizente com o que determina a lei, delongará um certo tempo.

Por fim, nota-se que enquanto preexistir essa dualidade de sistemas dentro do Código de Processo Penal, haverá sempre material para se estudar, debater e principalmente, julgar as ações penais nos tribunais país afora. Um ramo do direito tão relevante, que intervém na liberdade de ir e vir de seus indivíduos, não pode permanecer deixando dúvidas de sua aplicação ou abrindo margem para uma interpretação extensiva da lei. Dessa forma, a necessidade de uma reformulação completa se faz, cada dia, mais urgente!

REFERÊNCIAS

Avena, Norberto. **Processo penal**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº3689, de 3 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidencia da Republica, 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm#:~:text=A%20mulher%20casada%20n%C3%A3o%20poder%C3%A1,a%20queixa%20for%20contra%20ele.&text=de%2027.11.1997\)-,Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico.,o%20juiz%20poder%C3%A1%20supri%2Dlo](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm#:~:text=A%20mulher%20casada%20n%C3%A3o%20poder%C3%A1,a%20queixa%20for%20contra%20ele.&text=de%2027.11.1997)-,Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico.,o%20juiz%20poder%C3%A1%20supri%2Dlo). Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer AJCONST/PGR Nº88811/2021. 19 mar. 2021. Disponível em: https://www.estadao.com.br/blogs/blog/wp-content/uploads/sites/41/2021/03/arasjuiz_190320211128.pdf. Acesso em: 10 maio 2023

BRASIL. Ministério Público Federal. **Sustentação Oral**. Relator: Min. Luiz Fux, 21 de junho de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias-foi-suspenso.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: Med. Liminar 6298**. Direito constitucional. Direito processual penal. ART. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E E 3º-F DO CPP. Juiz das garantias. Regra de organização judiciária. Inconstitucionalidade formal. Artigo 96 da constituição. Inconstitucionalidade material. Ausência de dotação orçamentária prévia. Artigo 169 da constituição. Autonomia financeira do poder judiciário. Artigo 96 da Constituição. Impacto sistêmico. Artigo 28 do CPP. Alteração regra arquivamento. artigo 28-a do cpp. acordo de não persecução penal. sistema de freios e contrapesos entre acusação, juiz e defesa. Artigo 310, §4º, do CPP. relaxamento automático da prisão. audiência de custódia. proporcionalidade. Fumus Boni Iuris. Periculum In Mora. Medidas cautelares parcialmente deferidas. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&numProcesso=6298>. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: Med. Liminar 6299**. Direito constitucional. Direito processual penal. ART. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E E 3º-F DO CPP. Juiz das garantias. Regra de organização judiciária. Inconstitucionalidade formal. Artigo 96 da constituição. Inconstitucionalidade material. Ausência de dotação orçamentária prévia. Artigo 169 da constituição. Autonomia financeira do poder judiciário. Artigo 96 da Constituição. Impacto sistêmico. Artigo 28 do CPP. Alteração regra arquivamento. artigo 28-a do cpp. acordo de não persecução penal. sistema de freios e contrapesos entre acusação,

juiz e defesa. Artigo 310, §4º, do CPP. relaxamento automático da prisão. audiência de custódia. proporcionalidade. Fumus Boni Iuris. Periculum In Mora. Medidas cautelares parcialmente deferidas. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&numProcesso=6299>. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**: Med. Liminar 6300. Direito constitucional. Direito processual penal. ART. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E E 3º-F DO CPP. Juiz das garantias. Regra de organização judiciária. Inconstitucionalidade formal. Artigo 96 da constituição. Inconstitucionalidade material. Ausência de dotação orçamentária prévia. Artigo 169 da constituição. Autonomia financeira do poder judiciário. Artigo 96 da Constituição. Impacto sistêmico. Artigo 28 do CPP. Alteração regra arquivamento. artigo 28-a do cpp. acordo de não persecução penal. sistema de freios e contrapesos entre acusação, juiz e defesa. Artigo 310, §4º, do CPP. relaxamento automático da prisão. audiência de custódia. proporcionalidade. Fumus Boni Iuris. Periculum In Mora. Medidas cautelares parcialmente deferidas. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&numProcesso=6300>. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**: Med. Liminar 6305. Direito constitucional. Direito processual penal. ART. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E E 3º-F DO CPP. Juiz das garantias. Regra de organização judiciária. Inconstitucionalidade formal. Artigo 96 da constituição. Inconstitucionalidade material. Ausência de dotação orçamentária prévia. Artigo 169 da constituição. Autonomia financeira do poder judiciário. Artigo 96 da Constituição. Impacto sistêmico. Artigo 28 do CPP. Alteração regra arquivamento. artigo 28-a do cpp. acordo de não persecução penal. sistema de freios e contrapesos entre acusação, juiz e defesa. Artigo 310, §4º, do CPP. relaxamento automático da prisão. audiência de custódia. proporcionalidade. Fumus Boni Iuris. Periculum In Mora. Medidas cautelares parcialmente deferidas. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&numProcesso=6305> Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Inquérito** 4.244 Distrito Federal. Inquérito. competência originária. penal e processual penal. obtenção de novos elementos de informação por meio de cooperação internacional. determinação de conclusão das diligências no prazo de 60 dias. parcial provimento ao agravo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de novembro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753275124>> Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298** Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Fux 15 de janeiro 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Juizdasgarantias.pdf> Acesso em: 20 maio 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** 6299. Relator: Min. Luiz Fux. 24 de agosto 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373> Acesso em: 03 out. 2023

BRASIL. TJMG (9ª Câmara). **Apelação Criminal** 1.0000.23.102925-7/001. Apelação criminal. Violência doméstica. Lesão corporal. Nulidade processual suscitada pela defesa. Ausência do ministério público na audiência de instrução e julgamento. juiz que formula perguntas em substituição, com nítida intenção de produzir provas. violação ao sistema acusatório. ocorrência. Inteligência do artigo 212, parágrafo único, do CPP. Declaração de nulidade do processo desde a audiência de instrução e julgamento. necessidade. Precedentes. Preliminar acolhida. Prescrição. Ocorrência. Impossibilidade de reformatio In Pejus indireta. 1. A função do juiz na audiência de instrução está adstrita à presidência do ato e à formulação de perguntas complementares e subsidiárias às indagações defensivas ou ministeriais (artigo 212, parágrafo único, do CPP), caso necessário, com o objetivo de elucidar as respostas fornecidas. 2. A ausência do Representante do Ministério Público na audiência de instrução e julgamento não configura nulidade automática, porém, se o Juiz presidente se imiscui da função acusatória, formulando perguntas visando à produção de provas, resta violado o sistema acusatório que rege o processo penal, configurando, pois, causa de nulidade processual. 3. Com a nulidade do feito desde o ato viciado e, conseqüentemente, supressão de um dos marcos interruptivos da prescrição, deve-se declarar a extinção da punibilidade do agente pelo decurso excessivo de tempo ao exercício do jus puniendi, tomando por base a pena aplicada na r. sentença e a vedação à reformatio in pejus indireta. 4. Preliminar acolhida para declarar a nulidade do feito, desde a audiência de instrução e julgamento. Declarada a extinção da punibilidade do agente, ante a prescrição da pretensão punitiva. Des.(a) Daniela Villani Bonaccorsi Rodrigues. 11 de outubro de 2023 <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.102925-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em:13 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus** Nº 2200070-67.2021.8.26.0000. VOTO Nº 19368. Habeas Corpus. Quebra de sigilo telefônico. Pleito do impetrante de que fosse desentranhado o laudo pericial produzido, ante a ilegalidade da produção de prova, de ofício, pelo juiz, o que afronta o sistema acusatório. Constrangimento ilegal. Nulidade da prova. Produção de prova de ofício, pelo juízo, que atenta contra o sistema acusatório, já consagrado em sede constitucional e ora reforçado pela égide do art. 3º-A, do CPP, introduzido pela Lei n.º 13.964/2019. Liminar do Min. Fux, na MC na ADI n.º 6299/DF, que não suspendeu a eficácia do aludido artigo no que tange ao reforço do sistema acusatório, mas apenas quanto à implantação do juiz de garantias, que demanda mudança estrutural do Judiciário. Revogação tácita do art. 156, do CPP. Precedente deste Eg. TJSP. Ordem concedida, para decretar a ilicitude da prova produzida de ofício pelo juízo, devendo ser desentranhada dos autos, juntamente com todas as provas produzidas em derivação e pela prova ilícita contaminadas. Relator: Marcelo Semer. 07 fevereiro 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/prova-ilicita.pdf>. Acesso em 25 de maio de 20

CAMELA, Fábio. **Uma visita ao código de processo penal, art. 385**. IBCCRIM, 01 nov. 2006. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/4261/>. Acesso em: 25 maio 2023

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Curso completo de processo penal**. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2019.

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **CONAMP**. Petição Inicial nº (1763/2020). 20 jan. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5844852>. Acesso em: 22 maio 2023

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Audiências de Custódia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/#:~:text=Lan%C3%A7adas%20em%202015%2C%20as%20audi%C3%A7%C3%B3es,P%C3%BAblica%20ou%20advogado%20do%20preso>. Acesso em: 20 maio 2023.

GABRIG, Paulo Couto. A expressa positivação da estrutura acusatória no processo penal brasileiro e a revogação tácita de dispositivos inquisitoriais. **IBCCRIM**, 31 maio 2020. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/440_> Acesso em: 13 out. 2023.

GUEDES, Néviton. O direito do réu de não ser surpreendido pela acusação e o artigo 385 do CPP. **Revista Consultor Jurídico**, 10 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-10/direito-nao-surpreendido-acusacao-artigo-385-cpp>. Acesso em: 25 maio 2023.

HAJE, Lara. Moro defende pontos do pacote anticrime rejeitados por grupo de trabalho. **Agência Câmara de Notícias**, 16 out. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/600094-moro-defende-pontos-do-pacote-anticrime-rejeitados-por-grupo-de-trabalho/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

LOPES JR, Aury.; COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda; ROSA, Alexandre Morais da. **De qual modelo acusatório o STF fala? 2ª parte do julgamento do pacote anticrime**, 26 set. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-26/limite-penal-qual-modelo-acusatorio-stf-parte-julgamento-pacote-anticrime#:~:text=Todos%20os%20eminentes%20ministros%20do,definem%20cada%20um%20dos%20Sistemas>. Acesso em: 03 out. 2023

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo : SaraivaJur, 2023.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MACEDO, Fausto; ROBERTO NETTO, Paulo; MOURA, Rafael Moraes. 'É preciso dilatar o prazo para criar o juiz de garantias', diz Moraes. **UOL**, 30 dez. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2019/12/30/e-preciso-dilatar-o-prazo-para-criar-o-juiz-de-garantias-diz-moraes.htm>. Acesso em: 06 nov. 2023.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. 80 anos do Código de Processo Penal: não há o que comemorar. **UFMG**, 04 out. 2021. Disponível em: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/80-anos-do-codigo-de-processo-penal-nao-ha-o-que-comemorar-1> Acesso em: 24 jun.2023.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote anticrime**: comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2022.

MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. O anacronismo do artigo 385 do Código de Processo Penal. **Revista Consultor Jurídico**, 9 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/muniz-anacronismo-artigo-385-codigo-processo-penal>. Acesso em: 08 maio 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 3. ed. Forense, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2023.
Santos, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Roteiro para acordo de não persecução penal e a lei 13.964/19**. 3. ed. São Paulo: MPSP, 2021. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/Publicacoes_MP/Todas_publicacoes/Roteiro-de-ANPP_Terceira-Edicao_com-ANEXOS.pdf. Acesso em: 20 maio 2023.

SENADO FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adin>. Acesso em: 10 maio 2023.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2022.