



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Edison Ponte Burlamaqui

Juiz de Garantias –

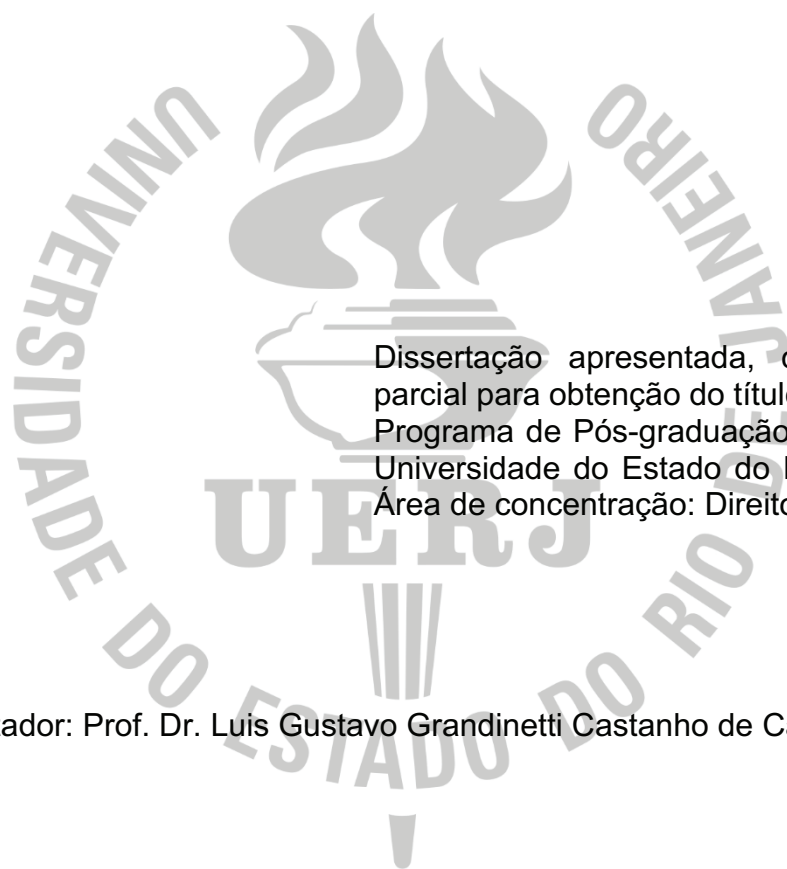
**A implementação do sistema acusatório e a busca pela
imparcialidade: o sistema brasileiro à luz da experiência sul-
americana**

Rio de Janeiro

2023

Edison Ponte Burlamaqui

**Juiz de Garantias –
A implementação do sistema acusatório e a busca pela imparcialidade: o
sistema brasileiro à luz da experiência sul-americana**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

Rio de Janeiro

2023

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

B961 Burlamaqui, Edison Ponte

Juiz de Garantias – A implementação do sistema acusatório e a busca pela imparcialidade: o sistema brasileiro à luz da experiência sul-americana / Edison Ponte Burlamaqui. - 2023.
167f.

Orientador: Prof. Dr. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito Processual Penal - Teses. 2. Sistema Inquisitório - Teses. 3. Sistema Acusatório - Teses. I. Carvalho, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.101

Bibliotecária: Fabiana das Graças Fonseca CRB7/6358

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Edison Ponte Burlamaqui

Juiz de Garantias –

A implementação do sistema acusatório e a busca pela imparcialidade: o sistema brasileiro à luz da experiência sul-americana

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 20 de julho de 2023.

Banca Examinadora:

Prof. Prof. Dr. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Leonardo Costa de Paula
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro
2023

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação de mestrado não poderia ser concluída sem o precioso apoio de muitas pessoas.

Gostaria de agradecer inicialmente à minha esposa, Alana Burlamaqui, pela paciência inigualável, e por me demonstrar diariamente o verdadeiro significado do amor.

Agradeço ainda aos meus filhos, Antônio e Elissa, que me dão motivos e forças para crescer e evoluir a cada dia.

Agradeço também à minha mãe, Vera Ponte, e ao meu padrasto, Armando Caminha, por me mostrarem, ao longo da minha jornada, o real valor do estudo e da dedicação.

Desejo agradecer especialmente ao meu orientador, Prof. Dr. Gustavo Grandinetti, cuja humanidade e o senso de justiça me fazem crer em um futuro melhor.

Por fim, agradeço pelo apoio recebido dos meus amigos Felipe Varela, Guilherme Andrade e Yves Lima (“tropa do mestrado”), que trouxeram alegria nos momentos mais difíceis desta jornada.

No one is born hating another person because of the color of his skin, or his background, or his religion. People must learn to hate, and if they can learn to hate, they can be taught to love, for love comes more naturally to the human heart than its opposite.

Nelson Mandela

RESUMO

BURLAMAQUI, Edison Ponte. *Juiz de Garantias – A implementação do sistema acusatório e a busca pela imparcialidade: o sistema brasileiro à luz da experiência sul-americana*. 2023. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

Nas últimas décadas, um movimento reformista se desenvolveu na América Latina com a finalidade de modernizar o sistema processual penal e adequá-lo ao modelo acusatório. Esse movimento se expandiu especialmente após a queda de regimes ditatoriais, visando a implementar sistemas mais humanos e democráticos. O presente trabalho analisa o caminho que se trilha no Brasil rumo a um sistema acusatório efetivo e o papel do juiz de garantias na preservação da imparcialidade dos julgamentos. A pesquisa baseia-se fundamentalmente na literatura e na doutrina sobre o tema estudado, especialmente de renomados autores sul-americanos que criticam os sistemas inquisitoriais vigentes e se dedicam a uma reforma processual penal na região. Adicionalmente, e com a finalidade de averiguar o grau de evolução do direito processual penal brasileiro, faz-se necessário o estudo do direito comparado e da legislação de alguns países onde a reforma já se encontra em estágio avançado. Ao final, é possível verificar que a grande maioria dos países da América Latina possui um sistema de justiça mais democrático que o sistema brasileiro, sendo fácil concluir que nosso sistema se aproxima do modelo inquisitorial. Da mesma forma, é possível confirmar que os poderes instrutórios assegurados aos magistrados afetam a sua capacidade de proferir julgamentos imparciais, e que o juiz de garantias será essencial na implementação do sistema acusatório e de um processo justo e democrático.

Palavras-chave: direito processual penal; sistema inquisitório; sistema acusatório; juiz de garantias.

ABSTRACT

BURLAMAQUI, Edison Ponte. *Guarantees Judge – The development of the accusatory system and the search for impartiality: the Brazilian system in the light of the South American experience*. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

In the last decades, a reformist movement has developed in Latin America with the goal of modernizing the criminal procedural and adapting it to the accusatory model system. This movement expanded especially after the fall of dictatorial regimes, aiming to implement a more humane and democratic process. This study seeks to analyze the path taken in Brazil towards an effective accusatory system and the role of the guarantees judge in preserving the impartiality of trials. The research is fundamentally based on the literature and legal doctrine on the subject studied, especially from South American scholars who criticize the current inquisitorial systems and are dedicated to a criminal procedural reform in the region. Additionally, in order to assess the development of Brazilian criminal procedure law, it will be necessary to study comparative law and the legislation of some countries that are already in an advanced stage of the reform. In the end, it will be possible to verify that most of Latin American countries have a more democratic justice system than Brazil and will be possible to conclude that our system is close to the inquisitorial model. Likewise, it will be possible to confirm that the investigative powers granted to judges affect their ability to render impartial decisions and that the guarantees judge is essential in the development of an accusatory system and a fair and democratic process.

Keywords: criminal procedure law; inquisitorial system; accusation system; guarantees judge.

RESUMEN

BURLAMAQUI, Edison Ponte. *Juez de Garantías - La implementación del sistema acusatorio y la búsqueda de la imparcialidad: el sistema brasileño a la luz de la experiencia sudamericana*. 2023. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

En las últimas décadas, se ha desarrollado en América Latina un movimiento reformista que busca modernizar el sistema procesal penal y adaptarlo al modelo acusatorio. Este movimiento se expandió especialmente después de la caída de los regímenes dictatoriales, con el objetivo de implementar sistemas más humanos y democráticos. El presente trabajo busca analizar el camino recorrido en Brasil en la dirección de un sistema acusatorio efectivo y el papel del juez de garantía en la preservación de la imparcialidad de las sentencias. El estudio se encuentra basado fundamentalmente en la literatura y doctrina sobre el tema, especialmente de autores sudamericanos que critican los sistemas inquisitoriales vigentes y se buscan a una reforma procesal penal en la región. Además, para conocer el grado de evolución del derecho procesal penal brasileño, será necesario estudiar el derecho comparado y la legislación de algunos países que ya se encuentran en una etapa avanzada de reforma. Finalmente, puede constatar que la gran mayoría de los países latinoamericanos tienen un sistema de justicia más democrático que el sistema brasileño, y que nuestro sistema se acerca al modelo inquisitivo. Asimismo, se podrá constatar que las facultades instructivas otorgadas a los magistrados inciden en su habilidad para dictar juicios imparciales y que el juez de garantía es fundamental en la implementación del sistema acusatorio y de un proceso democrático.

Palabras clave: derecho procesal penal; sistema inquisitivo;
sistema de acusaciones; juez de garantía.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Atos das Disposições Constitucionais e Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
CPPN	Código Procesal Penal de La Nación
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	16
1.1	Sistema Inquisitório	18
1.2	Sistema Acusatório	25
1.2.1	<u>Sistema Acusatório, “Adversarial System” e a Iniciativa Instrutória do Juiz</u>	39
1.3	Sistema Misto	43
1.3.1	<u>O Sistema Pós-Acusatório ou Neo-Inquisitório</u>	45
2	O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	48
2.1	O Sistema Processual Previsto na Constituição Federal e 1988	49
2.1.1	<u>Princípio da Presunção de Inocência</u>	50
2.1.2	<u>Motivação</u>	56
2.1.3	<u>O Contraditório e a Imparcialidade à Luz da Constituição e do Código de Processo Penal</u>	58
2.1.3.1	Os Fundamentos do Contraditório.....	59
2.1.3.2	Os Contornos da Imparcialidade do Órgão Julgador.....	62
2.1.3.3	O Contraditório e a Imparcialidade como Princípios Indissociáveis.....	65
2.1.3.4	A Atuação de Ofício do Juiz à Luz do Contraditório e da Imparcialidade.....	66
2.2	O Sistema Estabelecido no Código de Processo Penal	68
2.3	A Lei 13.964/2019 e o Juiz das Garantias no Processo Brasileiro	73
2.3.1	<u>A Função do Juiz das Garantias</u>	73
2.3.2	<u>O Juiz das Garantias no Direito Brasileiro</u>	76
2.3.3	<u>A Suspensão Liminar da Reforma e seus Fundamentos</u>	87
3	A EXPERIÊNCIA SUL-AMERICANA – A TRANSIÇÃO PARA O SISTEMA ACUSATÓRIO	95
3.1	O Código Modelo de Processo Penal para a Ibero-América	95
3.2	A Reforma Processual Penal Chilena	110
3.3	A Reforma Processual Penal Argentina	127
3.4	A Reforma Processual Penal Uruguaia	139
	CONCLUSÃO	151
	REFERÊNCIAS	157

INTRODUÇÃO

Uma das características mais marcantes dos países sul-americanos, salvo exceções pontuais, é a existência de grandes desigualdades sociais, que, por consequência, geram instabilidade econômica, política e social.

Nesse diapasão, a miséria, a falta de investimentos em políticas públicas (educação, saúde, moradia etc.) e a permanência da população em condições indignas, têm contribuído para agravar a escalada da violência e da criminalidade, principalmente nas classes menos favorecidas.

Não é difícil perceber que a sociedade atual tem, cada dia mais, clamado por “justiça”, exigindo uma atuação enérgica das instituições para conter a violência e garantir a ordem. Nesse contexto, o direito penal, visto como um meio supostamente eficaz de controle social, é trazido ao centro do debate. Assim, o punitivismo descontrolado e quase sempre abusivo constitui uma das principais propostas para erradicação de tais mazelas.

É fácil de entender que essa postura demanda certo controle, principalmente em países cujo sistema processual penal apresenta estrutura frágil, incapaz de, na grande maioria dos casos, garantir a isonomia e a imparcialidade necessárias para um julgamento justo.

Sobre o atual momento, discorreu brilhantemente Gustavo Grandinetti¹ ao afirmar que:

[...] o início do século XXI assiste, progressivamente, o incremento da sensação de insegurança em quase todos os cantos da Terra, em razão do terrorismo, do extremismo e da intolerância religiosos, da intolerância causada pela imigração, em razão da acentuação da pobreza e da concentração da renda, bem como em razão da polarização política.

Conclui ainda o citado autor que “essa sensação de insegurança e de intolerância leva, sem dúvida, a demandas por mais segurança e à consequente fragilização das garantias”.

Ao longo de décadas, na maioria dos estados democráticos, com a finalidade de preservar as garantias dos investigados, percebe-se a migração do sistema processual penal inquisitório para o sistema processual penal acusatório. No Brasil,

¹CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Momentos entre o passado e o presente do processo penal no contexto do sistema criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 20, n. 1, p. 308, 2019.

atualmente, conforme defendido por grande parte da doutrina, vigora um sistema misto, ou seja, apresentando características dos dois modelos.

Entretanto, apesar da busca pela implementação do sistema acusatório, não só no Brasil, mas também em outros países da América Latina, inclusive alguns com normas processuais mais modernas e democráticas, é possível verificar a atuação do magistrado como agente investigativo e inquisitivo, interferindo na produção de provas e participando ativamente dos processos, pondo em xeque a imparcialidade e a isonomia dos julgamentos.

Na última década, ocorreram grandes reformas processuais na América Latina, e mais recentemente no Brasil. Estas, em tese, objetivaram implementar um sistema acusatório efetivo, sendo estabelecido, em quase todos, o instituto do juiz de garantias, responsável por resguardar os direitos dos acusados durante a fase de investigação e impedir a contaminação daquele responsável pelo efetivo julgamento, ponto-chave na busca por um processo penal mais justo e imparcial.

A presente dissertação visa a analisar o caminho que se trilha no Brasil rumo a um sistema acusatório efetivo e a importância do juiz de garantias na preservação da imparcialidade dos julgamentos, sendo este instituto essencial para que tais objetivos sejam alcançados.

Como adiante apurado de forma detalhada, o sistema processual penal brasileiro, na forma como está estabelecido, prevê diversas prerrogativas para aqueles responsáveis pelo julgamento. Argumenta-se que tais atribuições deveriam ser exercidas com equilíbrio e parcimônia, sendo a atuação de ofício pelo órgão julgador situação excepcionalíssima. Entretanto, a realidade não condiz com essa afirmação. A atuação de grande parte da magistratura nacional avança de forma inexorável sobre a gestão das provas, subvertendo a separação de funções estabelecida pelo sistema acusatório, supostamente implementado pela Constituição Brasileira.

A história recente do Brasil corrobora o que foi dito. Depois de vir à tona um enorme esquema de corrupção, envolvendo políticos, empreiteiros e executivos, sob a justificativa de combater a impunidade, independentemente de qualquer juízo de valor sobre o mérito das acusações, ficou comprovado que foi estabelecida uma verdadeira parceria entre o Poder Judiciário e o Ministério Público objetivando garantir a condenação dos envolvidos.

A realidade é que situação semelhante tem ocorrido rotineiramente no país, principalmente quando os investigados e os acusados são economicamente desfavorecidos, sendo o momento, portanto, oportuno para se questionar o próprio sistema estabelecido.

Nesse contexto, o juiz de garantias representa uma tendência democrática e uma aproximação com o modelo acusatório, sendo instituto essencial na efetivação de julgamentos imparciais². É inegável e completamente esperada a “contaminação” do magistrado quando ele próprio é, ao mesmo tempo, responsável pela condução do processo de investigação e pelo julgamento do mérito da acusação.

A veracidade dessa constatação decorre de uma análise lógica da própria estrutura do sistema, tanto que muitos países sul-americanos promoveram fortes mudanças nos seus sistemas processuais, estabelecendo o instituto do juiz de garantias, instituindo um processo predominantemente oral e público e fixando uma real separação de funções.

No Uruguai, em 01 de novembro de 2017, foi aprovado o novo código de processo penal, sendo abandonado o sistema inquisitivo até então vigente e instituído um sistema acusatório. Nesse novo modelo, foi estabelecido um regime de juízo duplo, havendo um responsável pela fase investigatória, e outro, pela instrução (“juicio oral”). Adicionalmente, com o objetivo de garantir a imparcialidade nos julgamentos, o juiz responsável pela investigação fica automaticamente impedido de julgar o processo³.

No Chile, a reforma promovida garantiu atenção ao conflito central, buscando implementar a participação das vítimas no processo penal. Da mesma forma, prezou pela garantia da imparcialidade do julgador, estabelecendo um modelo em que se

²CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. O juiz de garantias brasileiro e o juiz de garantias chileno: breve olhar comparativo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 28, n. 168, p. 93-123, 2020.

³PEREIRA, Santiago. [s.t.]. In: FUCHS, Marie-Christine; FANDIÑO, Marco; POSTIGO, Leonel González. **La justicia penal adversarial en América Latina: hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Fundación Konrad Adenauer, 2018. p. 468.: “Por otra parte, para asegurar la imparcialidad, se estableció un régimen de doble juez. El Juez de primera instancia que interviene en las actuaciones procesales previas a la audiencia de juicio oral, queda automáticamente impedido de celebrar la misma y dictar sentencia. Se garantiza así que quien haya intervenido en las audiencias previas, donde pudo haber adoptado medidas cautelares, no pueda ser quien luego dicte sentencia en la misma causa. El juez de la audiencia de juicio (juicio oral) no habrá adoptado ninguna decisión previamente y, por lo tanto se encontrará libre de preconceptos y ‘no contaminado’ con las actuaciones anteriores para decidir el caso.”

preserva a separação entre o juiz que fiscaliza a investigação e aquele responsável pelo julgamento⁴.

Na Colômbia, nos anos noventa, tiveram início as discussões sobre a implementação de um efetivo sistema penal acusatório. Em 2002, implementou-se uma reforma constitucional que separou e limitou a função acusatória e investigativa, como também a jurisdicional, sendo criado o instituto do juiz de garantias, consagrando-se ainda os princípios da imediação, da concentração e da publicidade⁵.

No Brasil, a reforma introduzida pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, criou o juiz das garantias, estabelecendo sua responsabilidade pelo controle de legalidade da investigação criminal e pela proteção dos direitos do investigado⁶. Esse instituto, resguardadas as devidas críticas, objetivou, ainda que embrionariamente, estabelecer o marco de um novo sistema processual penal no país, buscando resguardar a imparcialidade e a isonomia dos julgamentos.

Entretanto, logo após a sanção presidencial, diversas associações, inclusive de magistrados, arguiram a inconstitucionalidade da nova legislação, sendo proferida medida liminar⁷ pelo Supremo Tribunal Federal suspendendo diversos dispositivos, inclusive os que instituíram o juiz das garantias. Essa postura, demonstra que tal evolução enfrenta a resistência dos próprios magistrados.

Como se vê, diversos países sul-americanos já implementaram reformas em seus sistemas processuais, buscando estabelecer um modelo acusatório eficiente, pautado na garantia da igualdade e da imparcialidade. Cumpre investigar os reflexos

⁴CARVALHO; MILANEZ, 2020, p. 96.: “Adotou-se, assim, na reforma penal chilena, o princípio da lesividade e, com essa providência, foi possível recolocar o conflito primário como tema central, assegurando-se relevância à vítima no campo processual penal. A atividade jurisdicional assume uma certa passividade, uma vez que decide conflitos promovidos pelas partes, frente a qual mantêm uma atitude imparcial.”

⁵SERRANO, Ana María Ramas. [s.t.]. In: FUCHS, Marie-Christine; FANDIÑO, Marco; POSTIGO, Leonel González. **La justicia penal adversarial en América Latina: hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Fundación Konrad Adenauer, 2018. p. 74: “Desde los años noventa comenzaron las discusiones sobre la implementación del Sistema Penal Acusatorio (SPA) en Colombia. Fue en 2002 cuando este se implantó em el ordenamiento jurídico nacional, a través de una reforma Constitucional (Acto Legislativo 03), que limitó las funciones jurisdiccionales de la Fiscalía, creó la figura del juez de control de garantías, consagró los principios de inmediación, concentración y publicidad de los procesos e introdujo el principio de oportunidad, entro otros cambios.”

⁶Art. 3º-B do Código de Processo Penal - 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 (...).

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6305**. Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP. Juiz das Garantias [...]. Associação dos Magistrados Brasileiros e Outro(a/s). Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020.

efetivos de tais alterações e a necessidade de mudança no modelo estabelecido no Brasil. Essas questões despertam especial interesse, e constituem campo fértil para a pesquisa.

A presente dissertação destina-se à abordagem do instituto do juiz de garantias sob o enfoque de três aspectos que revelam importância e atualidade, a saber: (i) a implementação de um efetivo e real sistema acusatório no Brasil, propondo uma análise do sistema processual penal nacional, comparando-o com outros sistemas sul-americanos, muitos deles alterados em passado recente; (ii) a necessidade de limitação do poder instrutório do magistrado, pois a postura ativa do órgão julgador é característica de modelos inquisitórios; e (iii) a necessidade de implementação do juiz de garantias como meio de fortalecer a imparcialidade do julgador, sobretudo considerando a existência, no sistema atual, de mecanismos que possibilitam e instigam a participação do magistrado ativa e simultaneamente na investigação e na instrução processual.

A situação-problema enfocada no estudo pode ser assim formulada: O sistema processual penal estabelecido no Brasil aproxima-se do modelo inquisitório, ou do acusatório? O modelo estabelecido prioriza a garantia e a proteção dos direitos dos investigados? As funções e os poderes instrutórios e investigativos assegurados aos julgadores são capazes de garantir julgamentos efetivamente imparciais? O instituto do juiz de garantias e a separação de atribuições são essenciais e indispensáveis na promoção de processos efetivamente imparciais e justos?

Ante o exposto, o que aqui se busca é: (i) analisar o sistema processual penal atualmente implementado no Brasil, verificando se este possui características que o aproximam do modelo inquisitório ou do modelo acusatório; (ii) revelar se a inexistência de uma separação concreta de atribuições entre o magistrado responsável pela investigação e aquele encarregado da instrução é capaz de garantir julgamentos isentos, considerando ainda a permissão legal de uma postura ativa do julgador na condução dos processos, principalmente na produção probatória; e (iii) investigar, por meio da análise da experiência de outros países sul-americanos, se o instituto do juiz de garantias é essencial na implementação de um sistema acusatório efetivo e na promoção de processos justos e imparciais.

Para a consecução de tais objetivos, o estudo foi dividido em três partes principais.

A primeira se destina à apresentação do tema e ao estudo de seus pressupostos teóricos e das características do sistema inquisitório e do sistema acusatório, sendo ainda realizada uma análise crítica e histórica de tais sistemas, bem como do contexto político e social de sua implementação.

Na segunda parte, analisa-se o sistema processual penal brasileiro, qualificado pela doutrina como misto ou eclético. Nesse momento, investigam-se os efeitos e a extensão da atuação do magistrado no processo penal brasileiro, considerando que atualmente não há norma vigente⁸ que fixe a divisão de competências e atribuições entre o juiz responsável pela investigação (juiz de garantias) e o magistrado responsável pela instrução e julgamento. Ainda nesse momento será feita uma análise das funções e competências do juiz de garantias, suscitando a sua essencialidade na garantia de julgamentos imparciais.

A terceira parte da dissertação é dedicada ao estudo da experiência de outros países sul-americanos que, em passado recente, promoveram grandes reformas em seus sistemas processuais, aproximando-os de um modelo efetivamente acusatório.

Para a coleta dos dados, foi fundamental o recurso à literatura e à doutrina atual sobre o tema a ser abordado, especialmente de renomados autores sul-americanos que se debruçaram sobre a necessidade de uma reforma processual penal, bem como à jurisprudência e ao direito comparado.

Por fim, convém registrar a especial atenção dispensada ao estudo das alterações legislativas recém-promovidas nos países sul-americanos, que demonstram uma evolução rumo à implementação de um sistema acusatório efetivo. Tais reformas evidenciam a mudança de paradigma incidente sobre o processo penal, buscando adequá-lo aos princípios democráticos há muito sedimentados na grande maioria dos estados sul-americanos.

⁸A medida cautelar proferida pelo Ministro Luiz Fux nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 de 2020 suspendeu as normas introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019 que criavam e regulavam a figura do juiz de garantias.

1. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O estudo do juiz de garantias e a crítica a atuação de ofício do magistrado não dispensam a prévia abordagem e distinção entre os sistemas inquisitório e acusatório. Afinal, a introdução desse instituto tem dentre suas finalidades efetivamente garantir os direitos dos investigados durante a fase investigatória, além de evitar a contaminação do órgão julgador, que passa a ter contato com as provas produzidas apenas durante a instrução processual.

Como se sabe, a estrutura do processo penal sofreu grandes modificações ao longo dos séculos, em regra, acompanhando a política ou a ideologia que se pretendia aplicar, se mais punitiva ou mais libertária. Dessa forma, para muitos autores, é possível associar o sistema processual penal estabelecido com o grau democrático ou autoritário do respectivo governo ou nação. Segundo Goldschmidt⁹, a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição. Afinal, o processo penal é garantia, instrumento de controle da própria democracia, sendo possível, pela forma como ele é conduzido, verificar o grau de efetividade dos direitos fundamentais dos indivíduos a ele submetidos. Não é outra a opinião de José Frederico Marques¹⁰, ao afirmar:

O processo é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância ética do Direito e a exteriorização de seus ideais de justiça. No processo penal, então, em que as formas processuais se destinam a garantir direitos imediatamente tutelados pela Constituição, das diretrizes políticas desta é que partem os postulados informadores da legislação e da sistematização doutrinária.

No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco¹¹ afirma que o direito processual moderno tem dentre suas finalidades garantir o próprio regime democrático. Segundo o autor:

[...] o processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamadas; ele é, por assim dizer, o microcosmo democrático do Estado de direito, com as conotações da

⁹GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Buenos Aires: EJE, 1936. p. 109.

¹⁰MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. I. 1ª ed., São Paulo: Bookseller, 1998. p. 37.

¹¹DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 27.

liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.

Confirmando a direta conexão entre o sistema processual penal e o ordenamento político, assim dispõe Giulio Ubertis¹²:

La disciplina del processo penale riguarda direttamente la regolamentazione dei rapporti tra i poteri attribuiti agli organi giudiziari e la salvaguardia dei diritti individuali e come pertanto i principi ispiratori di un determinato sistema processuale penale siano strettamente connessi al tipo di ordinamento politico di ciascun Paese. Ciò emerge altresì dalla circostanza che essi sono normalmente inseriti nelle Carte costituzionali degli Stati, nonché dal condivisibile rilievo dottrinario di considerare la procedura penale alia stregua di diritto costituzionale applicato.

Ante o exposto, e em razão de as diversas normas e princípios do direito processual penal estarem previstas nas constituições dos Estados, este se confunde com o próprio direito constitucional e, por consequência lógica, com o sistema político instituído.

Cabe ainda consignar que tanto o sistema político quanto o sistema jurídico decorrem diretamente da organização social e dos costumes, sendo verdadeiras manifestações “culturais” de um povo, logicamente sujeitos a alterações decorrentes de eventuais mudanças ideológicas. Nesse sentido, afirma Julio Maier¹³:

El Derecho es, como materia de estudio, un objeto cultural. Lo crea el hombre a medida que establece formas de convivencia (de organización política) comunitarias y, por ello, el contenido (político) de sus reglas es contingente, como lo son también las formas de organización social que se suceden, en busca de una más perfecta convivencia pacífica, y los cambios sociales que se producen a medida que se transforman las condiciones demográficas y de ejercicio del poder en una comunidad.

Assim, como se verá ao longo deste capítulo, apesar de não ser o escopo específico do presente estudo, diversas serão as referências a fatos históricos e, principalmente, às premissas ideológicas e culturais, que, consequentemente, estabelecem as bases do sistema processual penal vigente.

Sabe-se que o sistema acusatório predominou até o século XIII, vindo o sistema inquisitório a substituí-lo até próximo do final do século XVIII, quando, em razão de diversos movimentos políticos e sociais, foi novamente substituído.

Neste capítulo analisam-se as características do sistema inquisitório e do sistema acusatório, considerando-se que tal referencial teórico é essencial para se investigar os motivos e fundamentos das reformas processuais penais, bem como do

¹²UBERTIS, Giulio. **Sistema di Procedura Penale I. Principi Generali**. 13. ed. Torino: UTET Giuridica, 2013. p. 17.

¹³MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 17-18.

papel do juiz de garantias na implementação do sistema acusatório atualmente vigente em muitos países da América Latina.

1.1 Sistema Inquisitório

Para muitos, o sistema inquisitório surgiu no século XIII, como substitutivo de um modelo da Roma Antiga que se aproximava do processo penal acusatório, e se consolidou em toda a Europa continental no século XVI. Entretanto, Ada Pellegrini Grinover aduz que o modelo egípcio, quando comparado com estruturas conhecidas atuais, pode ser visto como o embrião do procedimento inquisitório, porquanto neste a iniciativa oficial para a persecução penal obedecia a uma forma de governo absoluta, de domínio e com inspiração sacerdotal¹⁴. Nesse modelo a acusação era um dever cívico, e os julgamentos eram secretos, sendo a sentença mero formalismo.

De toda forma, ainda que haja certa controvérsia sobre sua gênese, tal sistema foi definido e efetivamente difundido pela Igreja Católica por meio do Tribunal da Inquisição. Assim, podemos dizer que a Santa Inquisição traduz o sistema inquisitório em sua forma quase pura, ideal para uma análise mais profunda de suas raízes e características.

Como se sabe, o direito é produto do sistema político e social. Dessa forma, durante a última metade do período medieval surge um conflito entre os senhores feudais, representantes do poder local, e o poder monárquico, que buscava a formação de um governo central, por meio da unificação dos territórios. Com a efetiva vitória do poder monárquico, são criados os estados absolutistas, nos quais predominava a concentração de poderes (legislar, julgar e administrar) nas mãos de um único soberano. Conseqüentemente, tal alteração política influenciou o ordenamento jurídico, determinando a vitória do poder central na substituição do direito local com base germânica pelo direito canônico desenvolvido pela Igreja Católica. É nesse contexto que surge a Inquisição.

Destaque-se que, ainda que hoje a Inquisição seja vista e lembrada por todas as suas atrocidades, a realidade é que o que a motivou na época foi um discurso de

¹⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 28.

racionalidade em relação à dita irracionalidade das ordálias ou juízo de Deus dos povos germânicos. Dessa forma, esta substituiu o antigo sistema, pelo da busca da verdade real, da suposta reconstituição histórica dos fatos, procurando assim reduzir as ditas barbaridades presentes na justiça feudal, baseada na força e no poder dos senhores.

Inicialmente, a jurisdição eclesiástica tratava do julgamento de membros do clero. Em razão, porém, da expansão do poder de tal instituição, sua abrangência passou para diversas infrações penais, mesmo aquelas não relacionadas aos interesses da Igreja¹⁵.

No modelo estabelecido pelo Tribunal da Inquisição a forma escrita passou a ser predominante, prevalecendo o processo secreto e a iniciativa do órgão julgador, sendo ainda a tortura estabelecida como o principal meio de obtenção de prova. Nesse sentido resume bem Geraldo Prado¹⁶, ao apontar:

Principalmente a partir do momento em que as autoridades judiciárias eclesiásticas passaram a ser exercitadas por monges designados pelo Papa, as características marcantes da Inquisição foram a forma escrita, em contraposição à oralidade, o segredo, confrontando a publicidade e a iniciativa do juiz para o procedimento.

Naturalmente, altera-se o eixo do procedimento e o acusado que no sistema acusatório era sujeito de direitos, deveres, ônus e faculdades, passa a objeto da investigação.

Da busca da “verdade real” renascem os tormentos pelas torturas, dispostas a “racionalmente” extraírem dos acusados a sua versão dos fatos e, na medida do possível, a confissão, fim do procedimento, preço da vitória e sanção representativa da penitência.”

No mesmo sentido assinala Julio Maier¹⁷, ao assim dispor acerca do sistema inquisitório:

La investigación se constituyó en el eje central del procedimiento, y, completada la transformación del sistema cuando la jurisdicción eclesiástica dejó de ser practicada por las autoridades naturales (obispos, arzobispos y ordinario del lugar), para ser ejercida por un cuerpo de monjes permanentes y dependientes de la autoridad papal, el secreto de los procedimientos concluyó por abolir la publicidad, y la constancia escrita de los actos, la oralidad del juicio. De un debate oral y público frente a jueces populares se giró ciento ochenta grados hacia la concepción opuesta: una investigación cumplida por un inquisidor en secreto y por escrito, transformándose el acusado, de un sujeto del procedimiento que enfrentaba a otro que lo acusaba, en un objeto de la investigación que se practicaba.

¹⁵CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. v. 1. Colômbia: Temis, 2000. p. 19.

¹⁶PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 142.

¹⁷MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal. I Fundamentos**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002. p. 292.

Gustavo Grandinetti¹⁸, por sua vez, ao analisar o sistema inquisitório, dispõe que este possuía, em linhas gerais, as seguintes características:

[...] funções limítrofes ou mesmo reunidas entre acusador e juiz; reduzida incidência de garantias para o acusado e sua defesa; liberdade do juiz na pesquisa e aquisição da prova, inclusive de ofício, inspirado na utilidade da prova para o fim de fundamentar a decisão; desequilíbrio entre as partes em detrimento da defesa; ampliação das possibilidades de encarceramento preventivo; e relevo processual da posição da vítima.

Adicionalmente, nesse sistema prevalecia a regra de que o acusado deveria responder ao processo encarcerado, sendo tal padrão justificado pela ideia de que o acusado em liberdade poderia prejudicar a investigação e a colheita de provas.

É importante ressaltar que o Tribunal da Inquisição instalou-se e se consolidou nos diversos países da Europa. Na Espanha instaurou-se por meio do Santo Ofício, que, segundo alguns historiadores, teria sido o mais desumano e violento. Na Alemanha, foi introduzido por meio da edição da *Constitutio Criminalis Bambergensis* e da *Constitutio Criminalis Carolina*. Já na França, teve início com a Ordenação de 1254 de Luís IX.

A América Espanhola, por sua vez, foi governada pelos europeus, sendo, assim, natural que o sistema inicialmente estabelecido tenha sido o inquisitório, o mesmo ocorrendo no Brasil.

Como visto, o sistema processual inquisitorial teve surgimento nos tribunais eclesiásticos. Nesse contexto, o processo penal assumiu características autoritárias e condenatórias, não havendo uma clara separação de funções. A principal característica de tal sistema é a gestão da prova pelo próprio juiz, havendo clara exclusão da participação do réu no processo. Dessa forma, tal modelo põe em xeque as garantias e direitos fundamentais dos acusados, que são sujeitos de um processo no qual a produção probatória é conduzida pelo próprio julgador. Nesse sentido assim dispõe o professor Gustavo Grandinetti¹⁹:

No sistema inquisitório, a busca é pela perseguição penal, pela realização do direito penal material, ou seja, a punição é o elemento central, pouco importando qual o custo do alcance do resultado. Desse modo, o juiz, cumprindo função de segurança pública, deve adotar medidas que soem compatíveis com o *munus* que exerce.

Em sua gênese, o discurso dos que defendem o sistema inquisitorial, está relacionado à sacralização da figura do Juiz, fiador da justiça social, e

¹⁸CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Processo como ponto de encontro original**. Rio de Janeiro: GZ, 2022. p. 107.

¹⁹CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; FERREIRA, Alex Daniel Barreto. Um café entre Moro e Ferrajoli: a operação Lava-Jato vista sob a perspectiva do sistema de garantias. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 7, n. 71, p. 428, 2017.

possível agente capaz de evitar a perpetração de injustiças, especialmente porque na conformação moderna, trata-se de um agente que exerce a função de julgar, que é divina.

Com a introdução do sistema inquisitório, passou a vigorar o sistema da valoração ou da chamada “prova tarifada”, as sentenças não faziam coisa julgada e a regra geral, como dito acima, era de que o acusado responderia ao processo preso. Como tal sistema foi amplamente aplicado no Tribunal da Inquisição, tinha por finalidade básica reprimir aqueles que se opusessem aos dogmas da Igreja Católica.

Assim, foram abolidos direitos e garantias, tais como a separação de atribuições e a publicidade dos atos. Como já dito, em tal sistema predominava a concentração de funções, sendo os responsáveis por julgar os mesmos que investigavam, acusavam e que instruíam o processo. Pode-se assim dizer que nesse sistema não havia imparcialidade. Nesse sentido afirma Aury Lopes Junior²⁰:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

Giulio Ubertis²¹, ao analisar o sistema inquisitório, descreve como uma de suas características típicas a:

[...] Intervento ex officio del giudice, il quale instaura di propria iniziativa il processo, senza vincoli inerenti a ciò che costituisca l'oggetto del giudizio, con sovrapposizione dei poteri di accusa e di decisione; per consentirgli di essere informato sulla commissione dei reati, viene ammessa la possibilità di denunciatori anonimi o segreti (quindi, senza alcuna garanzia di trasparenza).

Assim, no sistema inquisitório o juiz tende a agir de ofício na busca pela condenação do acusado, sendo, portanto, violadas as garantias do investigado, entre elas o contraditório e a ampla defesa. Não é outra a opinião de Luigi Ferrajoli²², que chama de inquisitório:

[...] todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa.

De forma geral, pode-se verificar que o sistema inquisitório se conectou a uma concepção absolutista e autoritária de Estado, evidenciando que o direcionamento da

²⁰LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 45.

²¹UBERTIS, 2013, p. 15.

²²FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 452.

persecução penal se conectava com as diretrizes políticas que estruturavam o governo e as classes dominantes. Como bem define Omar Benabentos²³:

La ideología inquisitiva responde a la concepción absolutista del Estado en la teoría política y a la progresiva publicidad del Derecho penal en la teoría jurídica ; concibiendo al delito como un ataque al 'orden social' y a la 'organización estatal'. Por tanto, la persecución y el juzgamiento penal se transforma de una "cuestión popular" a una tarea netamente autoritaria (cuestión de Estado).

A quase totalidade da doutrina processual penal determina como característica marcante do sistema inquisitório, como indicado acima, a concentração das três funções do processo penal, ou seja, de acusar, defender e julgar, formando assim um processo unilateral do juiz em face do acusado. Este último, por sua vez, assume um papel secundário como mero objeto de investigação. Giovanni Conso indica que no processo inquisitório “é basicamente um juiz, potencialmente o mesmo que terá que tomar a decisão sobre a culpa ou inocência do acusado, que busca e forma as provas, de modo que os papéis de juiz e acusador tendem a se sobrepor”²⁴.

Percebe-se que mesmo o papel da defesa é em grande parte atribuído ao próprio juiz. Ainda que seja designado ou constituído um defensor, este não participa da coleta de provas, ou, caso o faça, sua atuação ocorre de forma tardia ou limitada. Dessa maneira, ao investigado não é garantido o direito pleno de promover a instrução da provas defensivas.

O fato é que nesse sistema a ideia da busca da verdade real concretiza a confissão como a prova definitiva para a condenação, sendo a tortura tida como meio eficiente de obtê-la. Na realidade, a condenação por meio da confissão concretiza a vitória da Justiça, da sociedade sobre o criminoso, do justo sobre o pecador, impondo-se a sanção como forma de penitência e remissão. Segundo Geraldo Prado²⁵:

[...] distintamente das ordálias, dos povos germânicos, que presumiam uma manifestação das divindades por intermédio de um sinal físico facilmente observável, a iluminar o caminho a seguir para se fazer justiça, a tortura impunha-se como procedimento de investigação baseado no conhecimento, meio, portanto, considerado à época mais evoluído.

²³BENABENTOS, Omar. **Teoría General del Proceso**. v. 2. Rosario: Editorial Juris, 2005. p. 90.

²⁴CONSO, Giovanni. **Manuale di Procedura Penale**. Roma: Edicusano, 2018, p. 13: “[...] è tendenzialmente un giudice, potenzialmente lo stesso che dovrà assumere la decisione circa la colpevolezza o innocenza dell'imputato, a ricercare e formare le prove, così che i ruoli di giudice e accusatore tendono a sovrapporsi l'uno all'altro”.

²⁵PRADO, 2005, p. 142.

Destaque-se aqui a crítica doutrinária que se faz à ideia ilusória de busca da verdade real. Segundo Aury Lopes Junior²⁶:

A visão de que o processo penal busca a mitológica 'verdade real' é um ranço inquisitório superado há séculos. Trata-se de uma concepção vinculada ao sistema inquisitório e aos sistemas autoritários, que em nome da "busca da verdade" legitimaram as maiores atrocidades que a história da humanidade conheceu. Ademais é uma tese absurda, na medida em que confunde o real com o imaginário, pois o crime é sempre passado, logo, nunca é real. É memória, história, imaginação. É sempre imaginário, nunca é real.

Assim, no sistema inquisitório o "mito" da verdade real serviu de fundamento para o terror da prática da tortura, baseada na presunção de culpabilidade, sendo a condenação do acusado, por meio da confissão do pecado, o objetivo final do processo e da Justiça.

Vale destacar que, mesmo nesse modelo os juízes tinham de ser controlados, até porque concentravam muitas atribuições, podendo iniciar investigações de ofício, inclusive sem existir qualquer acusação. Destaque-se que mesmo os nobres, ainda que com menor incidência, poderiam estar sujeitos ao arbítrio dos juízes.

O controle do poder dos juízes era realizado não somente pela possibilidade de recurso, mas também por formas de valoração legal da prova (prova tarifada), que fixavam, mesmo em abstrato, as condições necessárias para uma condenação. Importante ressaltar que tais controles jamais foram suficientes para impedir, na grande maioria dos casos, a violação dos direitos dos investigados.

Tais violações muitas vezes nem sequer chegavam ao conhecimento público para eventual controle, pois tal sistema se desenvolvia em segredo. Cabe consignar que, em regra, vigorava tanto o sigilo externo, não sendo o processo de conhecimento do público em geral, quanto o sigilo interno, pois o próprio acusado desconhecia a acusação, muitas vezes, não sendo nem sequer assistido por um defensor. Nesse sentido, Giulio Ubertis²⁷ destaca outra característica marcante do sistema inquisitório:

Segretezza di tutto il processo, non solo "esterna" (cioè riguardo agli estranei al suo svolgimento), ma altresì "interna" (cioè, nei confronti delle parti, e specialmente dell'imputato, che nei processi canonici per eresia non conosceva esattamente nemmeno l'imputazione e non era assistito da alcun difensore). Il processo si celebra attraverso una serie di atti, in cui l'organo istruttorio (chiamato, nella sua più nota denominazione, "giudice inquisitore") compie da solo le acquisizioni probatorie, mancando una fase dibattimentale intesa come un evento concentrato in cui le parti si confrontano alla presenza del giudice.

²⁶LOPES JÚNIOR, 2019, p. 513.

²⁷UBERTIS, 2013, p. 15-16.

Diversos postulados do sistema inquisitório, bem como a influência religiosa sobre o direito penal e processual penal estabelecida na Idade Média continuam até os dias atuais. Entretanto, no século XVII, a partir do Movimento Iluminista, com a evolução das ciências sociais e do pensamento jurídico, teve início um novo momento histórico.

Logicamente que o direito penal, como um meio de controle social a impedir os avanços contra o antigo regime, não poderia deixar de ser alvo de críticas. Nesse sentido confirma Julio Maier²⁸ ao afirmar:

Es claro que el Derecho Penal, en sentido amplio, como factor superior del control social, no pudo quedar al margen de la polémica, pues al lado de las críticas a los principios de organización social y su réplica, él aparecía como el instrumento más efectivo para conservar el *ancien régime* e impedir el advenimiento de un nuevo orden social, contrariando a los nuevos principios humanitarios, cuyo centro no estaba representado por la organización y el poder, sino por el individuo y su dignidad. Fueron así los filósofos, los ideólogos, los que pusieron en tela de juicio todas las instituciones del Derecho Penal y, dentro de ellas, muy especialmente, las del Derecho procesal penal, características de la ideología imperante. Al contrario, los juristas, apegados a la ley, representaron el espíritu conservador que defendió las instituciones jurídicas existentes.

Obras difundidas, como as do Marques de Beccaria (Dos Delitos e das Penas), de Montesquieu (O Espírito das Leis), de Bentham, de Voltaire e de diversos outros juristas e filósofos, anunciavam a necessidade de modernização da administração da justiça e de um novo sistema penal e processual penal, buscando ainda a separação entre o direito e a religião, marca do sistema inquisitório então vigente. Evidente que tais mudanças decorreram diretamente das críticas ao sistema político absolutista do antigo regime, tendo a divisão de classes, as desigualdades sociais e os privilégios do clero e da nobreza, mantidos também pelo sistema judiciário, feito desencadear a era das grandes revoluções²⁹.

Vale mencionar que tal movimento não se limitou aos filósofos, sociólogos, pintores e escritores. Magistrados e juristas também participaram do movimento intelectual que demandava a mudança de regime político e do sistema jurídico.

Ante o exposto, as mudanças políticas e culturais que levaram à queda do antigo regime exigiram também modificações no processo penal, como a extinção da tortura como meio de prova, a garantia dos direitos humanos daqueles submetidos ao

²⁸MAIER, 1989, p. 104-105.

²⁹Eric Hobsbawm, historiador britânico, em sua obra Era das Revoluções (1789 – 1848) trata das grandes revoluções fundadas nos ideais de liberdade por grupos organizados na Europa. Tais grupos defendiam temas como direitos humanos, igualdade entre os cidadãos e soberania da população.

poder estatal e a implementação de um processo marcado pela oralidade, pela publicidade e pelo exercício do direito de defesa. Esse contexto marcou uma mudança de paradigma, agora direcionada ao modelo acusatório.

1.2 Sistema Acusatório

O sistema acusatório, que tem origem romana³⁰, contrapõe-se ao sistema inquisitório, objetivando aprimorar, com base em ideais libertários, o processo de investigação e julgamento. Neste, há o reconhecimento de que o réu é detentor de garantias e direitos fundamentais, devendo participar ativamente do processo. Tal modelo determina a separação de funções: de investigar, de acusar, de defender e de julgar. Dessa forma, nesse sistema preza-se pela presunção de inocência e pela imparcialidade do julgador. Nesse sentido afirma Flávio Mirza³¹:

O apelo à Presunção de Inocência como direito natural, inalienável e sagrado do homem, surgiu como resposta às exigências iluministas, que partiam da premissa de que era preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente. Em última instância, clamava-se pela substituição do procedimento inquisitório do *ancien régime* por um processo penal que assegurasse a estrita legalidade das punições, bem como a igualdade entre a acusação e a defesa.

No mesmo sentido dispõe o mestre Luigi Ferrajoli³²:

De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação. Essa separação, exigida por nosso *axiom nullum iudicium sine accusatione*, forma a primeira das garantias orgânicas estipuladas em nosso modelo teórico.

Cabe consignar que, apesar da importância do princípio da presunção de inocência ressurgir como uma resposta do iluminismo ao modelo inquisitório do antigo regime, como dito acima, é preciso ponderar que sua origem foi concebida no direito

³⁰Apesar de grande parte da doutrina considerar que o sistema acusatório teve origem romana, é preciso destacar que o princípio do contraditório, que é a base de tal modelo, tem sua gênese no direito clássico grego. O regime jurídico ateniense, por exemplo, estabeleceu a participação direta dos cidadãos na tarefa de julgar e de acusar, sendo garantida a igualdade entre o acusador e o acusado, bem como a publicidade e a oralidade dos julgamentos.

³¹MIRZA, Flávio. Processo Justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 5, n. 5, p. 544, 2010.

³²FERRAJOLI, 2002, p. 454.

romano, no qual se desenvolveram as bases para o princípio que hoje conhecemos como *in dubio pro reo*³³.

Característica essencial do sistema acusatório é o poder de decisão da causa entregue a um órgão distinto daquele que dispõe do poder/dever de iniciativa do processo. Destaque-se que, para alguns, uma vez realizada a acusação, o magistrado se desvincula da iniciativa do autor, devendo, com base no princípio do impulso oficial, garantir a marcha processual e a persecução penal, que se desenvolverá conforme os princípios do contraditório, com paridade de armas, oralidade e publicidade. Cabe consignar aqui os ensinamentos de Julio Maier³⁴, ao destacar que no sistema acusatório há inclusive a conveniência, oportunidade e, em alguns casos, até disponibilidade do exercício da ação penal, em contraposição à busca implacável da persecução penal, marca do sistema inquisitivo.

A realidade é que a definição de um sistema como inquisitório ou acusatório deve ser percebida a partir da forma como este é construído e de quais são seus principais objetivos. Como bem leciona Geraldo Prado³⁵, o modelo inquisitório:

[...] se satisfaz com o resultado obtido de qualquer modo, pois nele prevalece o objetivo de realizar o direito penal material, enquanto no processo acusatório é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir que define o horizonte do mencionado processo.

É preciso, contudo, perceber que a condução do processo demanda a atuação de diversos sujeitos, sendo estes os responsáveis por praticar os diversos atos processuais. Assim, há de se convir que a definição e caracterização de um sistema demanda o estudo do comportamento e da atuação desses sujeitos (juiz, acusação, defesa, acusado etc.). Como visto, no modelo acusatório o processo busca a proteção do acusado contra abusos do poder estatal, sendo as competências e os deveres atribuídos ao juiz compatíveis com tal objetivo.

De forma objetiva, no processo acusatório o juiz tem como função garantir os direitos e prerrogativas do acusado, seja ele quem for, pois, como bem pondera Gustavo Grandinetti³⁶, “o juiz é de todos, dos homens de bem e do marginal”.

³³MAIER, 1989, p. 52.

³⁴MAIER, Julio B. J. **La Ordenanza Procesal Penal alemana: su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento argentinos**. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 43.

³⁵PRADO, 2005, p. 173-174.

³⁶CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. As reformas processuais penais e a lei nº 12.403/2011. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n. 88, p. 38, 2011: “[...] somos juizes de todos, da sociedade que nos paga, os homens de bem, mas temos que enxergar também o marginal, essa é a nossa função, queiramos ou não”.

Assim, há de se questionar se o poder de iniciar a acusação e até mesmo de produzir provas de ofício coaduna-se com tal tarefa, pois, afinal, essa atuação está ligada muito mais ao resultado do processo, referente à análise do direito material, que à efetiva proteção dos direitos do indivíduo sujeito ao poder punitivo estatal.

O sistema acusatório é fundado na noção básica de oposição entre acusação e defesa, possuindo ambas direitos, deveres, objetivos e prerrogativas, devendo se desenvolver em um processo fundado na igualdade e nas relações recíprocas. Nesse sentido resume bem Julio Maier³⁷:

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

No mesmo sentido Giulio Ubertis³⁸ destaca a importância da separação de funções, ao indicar que característica marcante de tal sistema consubstancia-se na:

[...] Parità di posizioni tra le parti, mentre il giudice funge da moderatore impassibile pure per ciò che concerne l'individuazione delle questioni rilevanti costituenti l'oggetto della decisione e controlla che tutto avvenga correttamente senza poter influenzare lo sviluppo delle indagini proposte dalle parti.

A acusação realizada por um órgão próprio independente é essencial na formação do processo acusatório³⁹. Logicamente, a existência de uma acusação não é marca distintiva do processo inquisitório, pois afinal em tal sistema também presente o responsável por tal tarefa. Contudo, no modelo acusatório a acusação deve coexistir com a possibilidade de solução diversa, alternativamente àquilo que é inicialmente apresentado. Nesse contexto, acusação e defesa, em regra, exercem forças opostas, que se conformam, ao final, com o julgamento pelo órgão competente.

Nesse contexto a importância da imparcialidade do órgão julgador, que na presença de duas ou mais possibilidades de solução para o litígio, não só não interfere

³⁷MAIER, 1989, p. 207.

³⁸UBERTIS, 2013. p. 14.

³⁹*Ibid*, p. 14: "Come aspetti peculiari del sistema accusatorio sono sinteticamente individuati i seguenti: a) libertà di accusa riconosciuta all'offeso dal reato e ai suoi congiunti ovvero anche al quivis de populo, senza l'esercizio della quale il giudice non può intervenire."

ou atua conjuntamente com qualquer das partes, mas se compromete a considerar e analisar, de forma equânime, tudo o que foi apresentado. Assim, de nada adianta às partes serem ouvidas e apresentarem suas provas e argumentos, se o julgador não as analisa de forma adequada. O órgão julgador deve buscar encerrar o debate, apresentando as suas razões de decidir, acolhendo ou rejeitando as alegações das partes. Luigi Ferrajoli⁴⁰ assim dispõe:

Entendida nesse sentido, a garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa, que, como veremos, é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e, de outro, um pressuposto dos ônus da contestação e da prova atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais do juízo.

Tal postura do magistrado é essência do processo acusatório, fundamentando-se ainda no princípio do juiz natural. Segundo Gustavo Grandinetti, “o princípio do juiz natural, ou juiz legal, ou ainda do juiz competente, se extrai da necessária e prévia existência de juiz competente e da proibição de criação de tribunais de exceção”⁴¹. Dessa maneira, tal princípio assegura aos envolvidos que não há adesão por parte do órgão julgador aos anseios de qualquer das partes, na medida em que este foi designado previamente ao conflito, devendo ponderar e considerar de forma igualitária o que será apresentado no curso do processo.

Com base nessa noção, o juiz que detém a prerrogativa de iniciar a investigação, acusar ou ainda instruir o processo, demonstra sua condição de interessado interferindo diretamente na atuação das partes (acusação e defesa), descaracterizando sua postura imparcial e de equilíbrio. Nesse sentido, tais permissões violam o devido processo legal, princípio essencial na formação de um sistema acusatório, que exige a paridade de armas. Nesse sentido afirma Gustavo Grandinetti⁴²

Na sua acepção puramente processual, como já foi ressaltado, o devido processo legal vai impor a obediência estrita das normas processuais, de forma que o processo penal traduza iguais oportunidades das partes no plano processual, a ampla defesa com todos os recursos inerentes, o contraditório, as demais garantias de juiz natural, publicidade e motivação dos atos judiciais.

É preciso ponderar ainda que a estrutura do processo efetivamente acusatório deve ser construída de forma que o juiz esteja blindado quanto ao questionamento de

⁴⁰FERRAJOLI, 2002, p. 455.

⁴¹CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.147.

⁴²CARVALHO, 2013, p. 142.

sua imparcialidade. Assim, este, além de ser, deve também parecer imparcial. Ao se permitir que o juiz possa iniciar a investigação e esta levar à propositura de uma ação penal, inverte-se a noção da presunção de não culpabilidade, sendo o acusado considerado suspeito pelo próprio órgão julgador, passando a ser então o responsável por provar sua inocência e o equívoco do juiz. Questiona-se, dessa forma, se, em um sistema com tal estrutura, a sentença é considerada íntegra e impessoal por parte daqueles submetidos ao processo.

Nesse sentido Giulio Ubertis⁴³ dispõe que no processo acusatório não há a presença de qualquer liberdade do juiz na produção de provas, que devem ser apresentadas exclusivamente pelo acusador e pelo acusado. Assim, ambos realizam suas investigações autonomamente e posteriormente levam as conclusões ao órgão julgador.

Outro aspecto que merece análise detalhada e que se apresenta de forma distinta no processo inquisitório e no acusatório é a própria acusação. O princípio acusatório determina que a acusação não deve ser exercida como forma de vingança social ou pessoal. Da mesma forma, o órgão responsável pela acusação deve ser livre, dentro de certos parâmetros legais, para analisar as circunstâncias do crime, as provas existentes, os indícios de autoria e as condições e meios de investigação utilizados, para então decidir se deve iniciar a acusação formal. Nesse sentido pondera Geraldo Prado⁴⁴:

O simples fato de colocar o Ministério Público no lugar da vítima simboliza a impropriedade de pensar a ação penal nos moldes liberais de defesa de direitos disponíveis (origem da noção do direito de ação civil).

Até mesmo nos sistemas jurídicos que adotam o princípio da oportunidade da ação penal pública (o Ministério Público tem margem de decisão sobre acusar ou não), a “liberdade” do Ministério Público é inconfundível com a “faculdade” do autor civil. A liberdade do Ministério Público estará sempre dirigida pelo princípio da legalidade, protegendo a comunidade das decisões pessoais de cada integrante da referida instituição, enquanto as motivações estritamente pessoais podem estar na base da decisão de não se promover a ação civil clássica.

Cabe consignar que, apesar das lições de Geraldo Prado apresentadas acima, em determinados sistemas processuais penais, que seguem o modelo acusatório, como atualmente ocorre no Chile e no Uruguai, o ministério público, além de representante da sociedade, assume o papel de representante dos interesses da

⁴³UBERTIS, 2013, p. 14.

⁴⁴PRADO, 2005, p. 184.

vítima, devendo garantir sua proteção e informá-la de seus direitos e prerrogativas, inclusive sobre eventual direito de reparação⁴⁵.

É preciso perceber ainda que a acusação não deve limitar-se ao poder de impulso, ou seja, a apenas a propositura da ação penal e a busca exclusiva de uma condenação a todo custo. A acusação deve ser feita por um órgão estatal independente, que, como tal, deve dispor de prerrogativas e meios de efetivamente provar os fatos aduzidos inicialmente, e, se for o caso, na hipótese de não angariar elementos suficientes para comprovar o aduzido em sua pretensão inicial, requerer a absolvição. Destaque-se que, com base no princípio acusatório não poderia o magistrado condenar o acusado, quando a própria acusação requer a absolvição. Tal postura vai claramente de encontro ao princípio do contraditório. Nesse sentido leciona Geraldo Prado⁴⁶:

Como o contraditório é imperativo para a validade da sentença que o juiz venha a proferir, ou, dito de outra maneira, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição.

Destaque-se que não se está a afirmar que no sistema acusatório o órgão responsável pela acusação dispõe de total discricionariedade sobre o exercício da ação penal; afinal, nesse modelo, esta tem natureza pública, marcada, em regra, pela obrigatoriedade. Ademais, a total discricionariedade, conforme afirma Luigi Ferrajoli⁴⁷, poderia levar ao arbítrio “por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da ação”, devendo, ser mantidos, mesmo sendo possível sua mitigação, os princípios da

⁴⁵Artigo 78 do Código Processual Penal Chileno (Ley 19.696/2000) - Información y protección a las víctimas. Será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir.

Los fiscales estarán obligados a realizar, entre otras, las siguientes actividades a favor de la víctima: a) Entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos.

b) Ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados.

c) Informarle sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles.

d) Escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa.

⁴⁶PRADO, 2005, p. 190.

⁴⁷FERRAJOLI, 2002, p. 456.

obrigatoriedade e da irrevogabilidade da ação penal. O que se pondera é que o órgão responsável pela acusação deve agir livremente, respeitando logicamente as garantias do investigado, para verificar a prática da infração penal e que, ao final, tenha independência para requerer a condenação ou absolvição do réu com base no que tiver sido apurado durante a instrução.

Logicamente que a possibilidade de o juiz decidir de forma diversa do que requer a acusação não é uma marca distintiva do processo acusatório, pois mesmo no processo inquisitório poderia o juiz absolver ou condenar conforme seu entendimento. Contudo, no processo acusatório não pode o órgão julgador, sob pena de ofender o contraditório, condenar quando o órgão responsável pela acusação não se convence da prática da infração penal pelo acusado.

Com base na mesma justificativa, não pode o juiz, sob pena de violar o contraditório e a autonomia da acusação, controlar ou determinar o oferecimento da inicial acusatória quando o órgão responsável por esta entenda que não estão presentes elementos suficientes para seu oferecimento.

Outro ponto a ser ponderado é a participação ou a realização da investigação pela acusação, inclusive em uma fase pré-processual, muitas vezes sem a participação e a ciência do acusado e de sua defesa. Sobre essa prerrogativa, é importante destacar que o princípio acusatório não se coaduna com a possibilidade de que a condenação seja lastreada em tais provas ou evidências, sob pena de violação ao contraditório e à ampla defesa.

Ante o exposto, em resumo, a atuação da acusação, como integrante do processo penal acusatório, pressupõe: (i) o exercício por órgão distinto do responsável pelo julgamento; (ii) não se resumir a iniciar o processo, mas também instruí-lo; (iii) provar os fatos deduzidos na acusação e promover o debate com a defesa; e (iv) ser dotada de autonomia e independência em sua atuação.

Analisada a atuação do juiz e da acusação no processo acusatório, faz-se necessário ainda verificar o papel da defesa; afinal, diferentemente do sistema inquisitório, no acusatório esta possui essencial relevância. Nesse sentido afirma Alberto Binder⁴⁸:

O direito de defesa cumpre, dentro do processo penal, um papel particular: por um lado, atua em conjunto com as demais garantias; por outro, é a garantia que torna todas as demais operantes. Por isso, o direito de defesa

⁴⁸BINDER, Alberto M., **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001. p. 115.

não pode ser posto no mesmo plano das outras garantias processuais. A inviolabilidade do direito de defesa é a garantia fundamental com que conta o cidadão, porque é a única que permite às demais terem uma vigência efetiva dentro do processo penal.

Como verificado anteriormente, o modelo acusatório se distingue do modelo inquisitório, em grande parte pela separação de funções, especialmente de acusar e de julgar. Ocorre que também se deve destacar que o princípio acusatório demanda a efetiva participação do acusado no processo que apura sua responsabilidade.

A característica essencial da defesa no modelo acusatório é a plenitude de sua atuação. Nesse sentido, Geraldo Prado⁴⁹ afirma que:

[...] a marca característica da Defesa no processo penal está exatamente em participar do procedimento, perseguindo a tutela de um interesse que necessita ser o oposto daquele a princípio consignado à acusação, sob pena de o processo converter-se em instrumento de manipulação política de pessoas e situações.

Dessa maneira, a defesa deve possuir meios de ser exercida a contento, sendo-lhe garantida a paridade de armas. O primeiro elemento para tal é o direito à informação. Devem o acusado e a sua defesa ter ciência plena da acusação e dos elementos que a fundamentam. Restringir tal direito é inviabilizar sua atuação e desequilibrar a relação processual. Nesse sentido afirma Gustavo Grandinetti⁵⁰:

A noção do direito de defesa é extraída do significado do contraditório: comporta as noções de alegação e demonstração, inseparavelmente. Para exercê-lo a contento, indispensável o direito de ser informado de todos os atos processuais, decorrência do princípio do Estado de Direito, que, ao facultar aos cidadãos a tomada de opções, obriga-se ao dever de informar, especialmente acerca dos direitos e das restrições a tais direitos.

A defesa só pode ser exercida de forma satisfatória quando esta tem acesso e conhecimento de tudo aquilo que justifica a acusação. De nada adianta exigir uma acusação fundada em provas e elementos concretos se não cumprido o dever de comunicar ao acusado e sua defesa. Assim defende Julio Maier⁵¹:

Nadie puede defenderse de algo que no conoce. Es por ello que el próximo paso, a fin de garantizar el derecho del imputado a ser oído, consiste en ponerlo en conocimiento de la imputación correctamente deducida; darle a conocer lo que se le atribuye es lo que se conoce técnicamente bajo el nombre de intimación. En verdad, no tendría ningún sentido expresar el derecho a ser oído, ni regular pormenorizadamente la necesidad de una imputación correcta para darle vida, si no se previera el deber de comunicar al perseguido la imputación que a él se le dirige.

⁴⁹PRADO, 2005, p. 196.

⁵⁰CARVALHO, 2014, p. 175.

⁵¹MAIER, 1989, p. 324.

Quanto ao direito de informação, é preciso destacar ainda que este deve ser garantido desde o início das investigações. É essencial para a plenitude de defesa que o investigado possa atuar durante essa fase, inclusive realizando uma investigação própria, com a finalidade de contraditar as provas da acusação, ainda que produzidas em uma fase pré-processual. Impor restrição à publicidade interna do processo, não permitindo ao investigado participar dos procedimentos investigatórios preliminares, remete à noção inquisitória de condenação a qualquer preço.

Sobre o direito à informação no processo penal desenvolvido sob o sistema acusatório, discorre Giulio Ubertis⁵² sobre o que entende ser essencial:

Publicità di tutto il processo, i cui atti, per essere adeguatamente seguiti dagli spettatori, si estrinsecano attraverso la voce (principio di oralità), sono compiuti al cospetto del giudice e delle parti conformemente al principio di immediatezza e si succedono (secondo il principio di concentrazione) in un tempo ristretto ed in un medesimo spazio, costituito dall'aula di udienza: quasi una sorta di recitazione teatrale classica, ligia ai canoni dell'unità di tempo e di luogo.

Destaque-se logicamente que a publicidade plena e imediata de todos os atos investigatórios muitas vezes pode ser contraproducente, sendo essencial o sigilo para determinadas medidas. Há meios de investigação que necessitam de sigilo (ex.: interceptação telefônica, infiltração de agentes, busca e apreensão, quebra de sigilo de dados etc.), ainda que durante algum tempo, para que sejam eficazes. Nesses casos, a manutenção de tal sigilo deve ter autorização legal e judicial, bem como ser devidamente fundamentada. Entretanto, uma vez cessada sua necessidade, a defesa e o investigado devem ser prontamente cientificados, para que possam ter acesso aos dados coletados, e, eventualmente, contraditá-los.

Em um processo acusatório, quando não se permite a participação da defesa na produção de provas o juiz não pode considerá-las no processo. Quando muito permite-se que estas sejam ponderadas apenas como elementos de informação. Exemplo de tal exigência do direito processual penal brasileiro é a delação premiada, que não pode ensejar uma condenação, devendo ser corroborada por outros elementos de prova que, por si sós, sejam suficientes para evidenciar a prática da infração penal.⁵³

⁵²UBERTIS, 2013, p. 14.

⁵³No direito brasileiro a Lei 12.850 de 2013 estabelece, em seu artigo 4º, § 16, que a sentença condenatória não será proferida apenas com fundamento nas declarações do agente colaborador. Da mesma forma, esse dispositivo foi atualizado pela Lei 13.964 de 2019 para estender tal proibição à decretação de medidas cautelares (reais ou pessoais) e ao próprio recebimento da denúncia e da queixa.

Destaque-se ainda que a defesa deve ser realizada por profissional habilitado e capaz de exercê-la a contento. Um sistema que preza pela paridade de armas deve garantir que a defesa do acusado seja exercida tanto formal quanto materialmente. Assim, o juiz, como terceiro imparcial, ao perceber a incapacidade ou deficiência da defesa, deve atuar de modo a possibilitar e, até mesmo, demandar a substituição daquele responsável por ela. Tal entendimento se coaduna com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cuja súmula 523 determina que “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Nesse sentido o artigo 497, V, do Código de Processo Penal Brasileiro (aplicável também os demais procedimentos) determina que é atribuição do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras, nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, nesse caso, dissolver o conselho de sentença e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor.

Aqui cabe trazer a crítica do professor Flávio Mirza⁵⁴ quanto à constitucionalidade de tal dispositivo, pois, na sua visão, este permite que o Estado venha a interferir na esfera pessoal do réu, violando a autonomia da vontade. Dessa forma, esse autor advoga que determinados critérios devem ser fixados para tal interferência do magistrado, ainda que este busque defender os interesses dos acusados.

Uma vez analisada a transição do sistema inquisitório para o acusatório, apresentadas algumas de suas particularidades e detalhada a atuação dos sujeitos processuais em tal sistema (juiz, acusação e defesa), faz-se necessário estudar ainda algumas de suas características principais, destacando-se: a proibição da tortura e a limitação do uso da força pelo Estado; a publicidade, a oralidade; a presunção de inocência; e a imparcialidade do julgar. Destaque-se que as duas últimas características serão objeto de estudo em momento posterior, quando analisadas em conjunto com outros princípios constitucionais.

Como visto anteriormente, o sistema inquisitório, que tem por objetivo a revelação da verdade real, busca todos os meios para obtê-la. Desse modo, a tortura

⁵⁴MIRZA, Flávio. Notas sobre a efetividade da defesa técnica em processo penal. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Org.). **Setenta anos do Código de Processo Penal: balanço e perspectivas de reforma**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 151-152.

e a violência contra os investigados foi a forma utilizada pelo Estado para tal, sendo uma das principais marcas de tal modelo⁵⁵.

Cabe consignar aqui que, por violência, deve-se compreender não apenas os castigos físicos, mas todos os meios que reduzem ou anulam a vontade do agente, incluindo a violência psicológica. Ademais, tal percepção deve também envolver as hipóteses de violação a outros direitos dos investigados, como a honra, a dignidade, a intimidade e, até mesmo, o domicílio.

O sistema acusatório, por sua vez, que tem dentro suas principais finalidades garantir os direitos dos investigados, não compactua com tais meios instrutórios, sendo vedada a obtenção de provas através de métodos invasivos e desumanos. Dessa maneira, qualquer informação, evidência ou prova obtida de tal forma é inválida para o processo, devendo ser excluída.

Cabe aqui ressaltar que a Constituição Federal do Brasil, que na visão de muitos adota uma matriz acusatória, prevê expressamente em seu artigo 5º, III, que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, sendo impossível seu uso como meio de prova. Da mesma forma, a prática da tortura, seja qual for a sua finalidade, é definida como crime pela Lei 9.455 de 1997.

Ante o exposto, nesse aspecto o direito brasileiro ao prever expressamente na Constituição Federal⁵⁶ e no Código de Processo Penal⁵⁷ que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis e devem ser desentranhadas do processo, aproxima-se do sistema acusatório.

Além da proibição da tortura, o sistema acusatório preza ainda pela garantia de outros direitos dos acusados, sendo limitada a atuação investigativa do Estado, e

⁵⁵MAIER, 1989, p. 447: “Historicamente, el tormento o la tortura representaban la clásica acción de coaccionar a alguien para obtener su confesión o información sobre el hecho, en el procedimiento penal. Sin embargo, la tortura también se utilizó ordinariamente para castigo de reos o para obtener de herejes la retractación de sus hechos, ideas u opiniones.”

⁵⁶Art. 5º da CF - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

⁵⁷Art. 157 do CPP - São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

eventuais restrições de direitos somente podem ser autorizadas nos estritos termos da Constituição e das leis.

A primeira delas é o direito de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Como se sabe, no sistema acusatório, no momento em que alguém é investigado, este adquire o direito de se defender. Tal direito compreende a garantia de não autoincriminação e de inclusive se negar a prestar depoimento ou se submeter a qualquer procedimento que venha a prejudicá-lo, o que se opõe diametralmente às noções do sistema inquisitório.

Como bem leciona Franco Cordero⁵⁸, na Inquisição vigorava a fórmula do *reus tenetur se detegere*, na medida em que o imputado era interrogado sob juramento e estava obrigado a “falar a verdade”, sofrendo eventualmente a tortura para descobrir e eliminar a heresia que ocultava em sua alma. Entretanto, tal racionalidade é absolutamente incompatível com o processo penal acusatório, que garante o direito ao silêncio e à recusa em depor, ou até mesmo à mentira, sem que isso gere quaisquer consequências negativas para o acusado.

Cabe ressaltar que tal direito é garantido pela Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, LXIII, e no artigo 186 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que, “depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”. Ademais, o mesmo dispositivo ainda ressalta que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Outra garantia a ser aqui ponderada é a inviolabilidade do domicílio. A noção de proteção ao domicílio remonta ao direito romano. Entretanto, somente após a Revolução Francesa ganhou uma proteção específica, sendo introduzida expressamente no ordenamento jurídico de diversos países.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XI, determina que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Dessa forma, o objetivo do constituinte foi proteger ao máximo a privacidade, permitindo apenas a busca domiciliar nos casos excepcionais previstos de forma taxativa.

⁵⁸CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. v. 1. Colômbia: Temis, 2000.

Com base em tal dispositivo constitucional, pode-se dizer que o artigo 241 do Código de Processo Penal Brasileiro, na parte que permite a busca domiciliar realizada pela autoridade policial sem mandado, foi derogado.

Destaque-se, que diversas são as outras garantias dos réus que buscam limitar o poder estatal, como o sigilo das correspondências e das comunicações, a limitação das hipóteses de prisão preventiva e a inviolabilidade da vida privada e da imagem. Essas são previsões de um sistema que efetivamente busca proteger o investigado de eventuais abusos.

A publicidade, por sua vez, como dito anteriormente, configura característica essencial do sistema acusatório, pois o segredo, marca do modelo inquisitório, está presente nos regimes autoritários. A publicidade, como garantia do modelo acusatório, deve ser implementada sob duas perspectivas.

A primeira refere-se à publicidade interna do processo, consistente na garantia de ciência ao acusado de todos os atos processuais, das provas produzidas, da acusação e da sentença. Sob esse enfoque, a publicidade, como já dito, é essencial para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Já a segunda refere-se à publicidade externa do processo, consubstanciando-se na necessidade de se dar ao público, ou seja, à sociedade, pleno acesso ao conteúdo do julgamento. Sob essa perspectiva, busca garantir a fiscalização da aplicação do direito penal pela autoridade competente. Afinal é de interesse de todos a apuração de eventuais abusos por parte dos representantes do Estado.

Vale mencionar ainda que a publicidade cumpre a função de transmitir à sociedade as consequências da violação aos valores que fundamentam a convivência social. Cabe aqui lembrar a função de prevenção geral da pena. Nesse sentido afirma Alberto Binder⁵⁹:

Uma das finalidades da pena é a prevenção geral. Por isso se entende a produção de efeitos sociais através da punição. Estes efeitos sociais podem ser produzidos infundindo medo ou intimidando as pessoas para que não realizem as condutas proibidas ou ordenadas, ou podem ser produzidos mediante a afirmação pública e constante de que certos valores que essa sociedade (ou o grupo que produz os valores sociais) aceita como básicos, desse modo assegurando que as pessoas irão, por consenso, autolimitar-se segundo esses valores.

Sobre esse último aspecto da publicidade, ressalte-se que ele não está diretamente relacionado ao objeto deste estudo. Aqui cabe analisar a publicidade

⁵⁹BINDER, 2001, p. 69.

como garantia, ou seja, como forma de exigir do Estado o respeito aos direitos básicos daqueles sujeitos ao seu poder punitivo. Segundo Vicente Greco Filho⁶⁰, a publicidade é um meio pelo qual a sociedade verifica a correta aplicação da lei, o respeito aos direitos básicos e, até mesmo, a imparcialidade do órgão julgador. Nesse sentido, também se manifesta Alberto Binder⁶¹ ao dizer que:

[...] o poder penal é um poder de alta intensidade e que, portanto, deve estar especialmente limitado. Se a sociedade tomou a decisão de dotar alguns funcionários (os juízes) do poder de prender outros seres humanos em jaulas (cárceres), este poder não poderá ser arbitrário nem ser exercido sem controle. Assim como existem inúmeras garantias judiciais que procuram limitar a arbitrariedade, a publicidade do julgamento busca assegurar o controle do exercício deste poder.

Adicionalmente, como já mencionado, a publicidade é vista como integrante e essencial ao exercício do contraditório. Como dito, o direito de defesa somente pode ser exercido em sua plenitude quando o responsável por exercê-la, bem como o imputado, tem plena ciência de tudo aquilo utilizado pela acusação. Afinal, sem informação não há como contraditar.

Já a oralidade no processo acusatório, por sua vez, é tida como um instrumento por meio do qual se garantem outros direitos essenciais, como a publicidade, a personalização do julgamento, a imparcialidade etc. Assim, para Luigi Ferrajoli⁶², a oralidade, da mesma forma que a publicidade, é considerada garantia instrumental ou secundária, pois ambas funcionam como verdadeiras “garantias de garantias”.

A oralidade no processo penal acusatório determina que devem prevalecer o uso da palavra; a relação direta e imediata do juiz com as partes e com os meios de prova durante o julgamento; a identidade física do juiz; e a concentração dos atos em audiência.

⁶⁰GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 113.

⁶¹BINDER, *op. cit.*, p. 70

⁶²FERRAJOLI, 2002, p. 456: “Para que seja possível o controle da observância das garantias processuais até agora examinadas é necessário um segundo conjunto de garantias, relativas às primeiras instrumentais ou secundárias: a publicidade e a oralidade do juízo, a legalidade ou ritualização dos procedimentos e a motivação das decisões. Trata-se de garantias por assim dizer de segundo grau, ou garantias de garantias: somente se a instrução probatória se desenvolver em público e, portanto, de forma oral e concentrada, e se ademais for conforme ao rito voltado a tal fim predisposto, e enfim a decisão for vinculada de modo a dar conta de todos os eventos processuais além das provas e contraprovas que a motivam, pode-se ter de fato uma relativa certeza de que tenham sido satisfeitas as garantias primárias, mais intrinsecamente epistemológicas, da contestação da acusação, do ônus da prova e do contraditório com a defesa. Por isso a publicidade e a oralidade são também traços estruturais e constitutivos do método acusatório formado pelas garantias primárias, ao passo que o segredo e a escritura representam por outro lado traços característicos do método inquisitório.”

O contato direto com a prova e com os argumentos das partes é essencial para que o órgão julgador possa proferir uma sentença em decorrência da efetiva análise do caso. Em razão disso que o sistema acusatório demanda a previsão da identidade física do juiz. Afinal, somente o responsável pela coleta da prova tem condições plenas para sentenciar.

A oralidade se contrapõe a burocracia e a forma escrita que marcaram o processo inquisitório que foi utilizado como meio de controle social. O uso da palavra e a designação de audiências para a colheita da prova e julgamento possibilita a participação efetiva do acusado, da vítima, das testemunhas e da acusação e da defesa no processo. Da mesma forma, garante a colheita da prova de forma fidedigna e, conforme defende Julio Maier⁶³, a “unidade entre o debate e a sentença”.

Dessa maneira, a oralidade, notadamente enquanto garantidora do princípio da imediação, é um dos pontos de maior relevância na implementação de um sistema acusatório pautado pela previsão de audiências, inclusive na fase preliminar (investigatória), ampliando a garantia dos direitos dos investigados. Segundo Binder, tal oralidade estabelece um sistema de comunicação entre as partes, possibilitando uma investigação mais eficaz e controlada⁶⁴.

Por fim, a implementação de um julgamento público e oral possibilita que a acusação se posicione sobre as provas efetivamente produzidas em juízo, possibilita que o defensor demonstre o conhecimento sobre a causa, buscando o resultado mais favorável para o réu, além de exigir a prolação de uma sentença produzida por um juiz imparcial e adstrito ao que foi apresentado pelas partes durante o julgamento. Dessa forma, a oralidade também impede que o juiz venha a exercer, durante o julgamento, a função de órgão de acusação.

1.2.1 Sistema Acusatório, “Adversarial System” e a Iniciativa Instrutória do Juiz

⁶³MAIER, 2002, p. 657: “La oralidad y continuidad de sus actos, su concentración en una audiencia, la obligación de que la sentencia se funde en los actos del debate y de que sea dictada por los jueces que participaron en él, nos hizo afirmar, a modo de síntesis, que todo este período procesal está gobernado por la máxima formal que pretende establecer una unidad entre el debate y la sentencia.”

⁶⁴BINDER, Alberto M. **Iniciación al proceso penal acusatorio (para auxiliares de la justicia)**. Buenos Aires: Campomanes, 2000. p. 61.

A grande transformação que tem ocorrido na América Latina, decorrente da busca pela implementação do sistema acusatório, e que será melhor analisada no terceiro capítulo, tem gerado grandes avanços na proteção dos direitos humanos. Entretanto, é preciso realizar um breve recorte para se evitar eventuais equívocos conceituais.

Discutiu-se acima o que se deve entender por um processo acusatório e por um processo inquisitório. Ocorre que é preciso aqui diferenciar ainda o sistema acusatório moderno do “adversarial system”, bem como definir o que se entende por limitação da atividade instrutória por parte do magistrado.

O estudo do sistema acusatório realizado acima nos leva à conclusão de que este, de forma sintética, baseia-se em alguns corolários, podendo ser citados os seguintes: i) os elementos colhidos durante a investigação devem ser ponderados somente pela acusação, não podendo, em regra, ser incluídos no processo; ii) a acusação deve ser realizada por um órgão autônomo, havendo uma clara separação de funções; e iii) o processo deve se desenvolver em contraditório.

Ocorre que, segundo a doutrina clássica, a mera concessão de poderes instrutórios para o juiz no processo penal não tem relação com a sua caracterização como acusatório ou inquisitório. Tais poderes estão relacionados ao chamado “adversarial system”, do sistema anglo-saxão, que se oporia ao “inquisitorial system”, de origem europeia. Nesse sentido assim dispõe Ada Pellegrini Grinover⁶⁵:

Denomina-se "adversarial system" o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No "inquisitorial system", ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz. Vê-se por aí a importância do correto entendimento dos termos acusatório-inquisitório e adversarial-inquisitorial. O termo processo inquisitório, em oposição ao acusatório, não corresponde ao inquisitorial (em inglês), o qual se contrapõe ao adversarial. Um sistema acusatório pode adotar o "adversarial system" ou o "inquisitorial system", expressão que se poderia traduzir por "processo de desenvolvimento oficial". Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial.

Dessa maneira, o primeiro contraste se mostra entre sistema acusatório e sistema inquisitório, no sentido apresentado anteriormente neste capítulo. Já, de outro lado, a oposição manifesta-se entre o "adversarial system" e o "inquisitorial system",

⁶⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 7, n. 27 p. 71-79 julho/setembro de 1999.

ou seja, entre um processo que, uma vez instaurado, se desenvolve por disposição das partes e um processo que se movimenta por impulso oficial.

No modelo inquisitorial, ou seja, do desenvolvimento oficial, confia-se ao juiz a condução do processo, inclusive a iniciativa instrutória. Isso decorre da concepção publicista do processo e da ideia de que o magistrado tem como função garantir a paz social. Assim, não seria compatível com tais objetivos a figura de um juiz inerte e refém das partes. Nesse sentido afirma Ada Pellegrini Grinover⁶⁶:

O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir as deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova.

No “adversarial system”, por sua vez, a lógica seria inversa. Dessa maneira, nesse modelo há disponibilidade plena de provas pelas partes, sendo o juiz mero espectador. Assim, o juiz deixa sua posição de interventor para atuar apenas como um agente passivo de controle.

Feita essa diferenciação conceitual, cabe aqui evidenciar que não se defende, como se verá nos capítulos seguintes, que a atuação do juiz deve ser de mero observador, pautada por princípios individualistas. Afinal, tal visão invariavelmente levaria a um desequilíbrio processual, favorecendo aqueles com mais recursos e contribuindo para a manutenção das desigualdades sociais.

Entretanto, não há como concordar com a ideia de que o juiz deveria, diante da omissão das partes, interferir ativamente na produção de provas, arrolando testemunhas ou determinando diligências, na tentativa de esclarecer os fatos e buscar um maior grau de certeza, pois, como já visto, a busca da verdade real é um mito que legitima o Estado opressor.

A realidade é que a plena iniciativa oficial no campo probatório, especialmente no direito processual penal, invariavelmente afeta a imparcialidade do órgão julgador.

Há quem argumente que, ao determinar a produção de determinada prova, o juiz desconhece seu resultado e como esta influenciará o processo. Dessa forma, tal atuação traria o equilíbrio, proporcionando uma apuração completa dos fatos. Entretanto, não há como concordar com tal aceção. Quando se permite a atuação oficiosa plena do magistrado, este buscará suprir lacunas que, em regra, favorecem uma das partes. Ocorre que no campo do direito penal e processual penal,

⁶⁶GRINOVER, julho/setembro de 1999, p. 71-79.

principalmente em países subdesenvolvidos, a população marginalizada é aquela que efetivamente sofre com a opressão estatal e, invariavelmente, também por preconceitos advindos do próprio Poder Judiciário.

Como já visto, o processo penal não é instrumento para a busca da verdade, tendo como finalidade a garantia dos direitos daqueles submetidos ao poder punitivo estatal. Assim, o papel do juiz não é buscar um certo grau de certeza, mas garantir o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade. Afinal, não existe certeza plena, pois o processo pressupõe instabilidade, em regra, favorecendo aquele que tem melhor condições de se fazer representar e libertar-se das cargas processuais⁶⁷.

Obviamente que não se nega a possibilidade de, em situações excepcionais, o juiz determinar a complementação ou o esclarecimento de uma prova já requerida pelas partes. Entretanto, permitir a construção de um sistema no qual o juiz é detentor de amplos poderes instrutórios, seja na investigação ou na instrução, é romper com a lógica do sistema acusatório.

Efetivamente há que se distinguir o “adversarial system” do “inquisitorial system”, sendo essa divergência diretamente ligada à predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção de provas. Contudo, não há como, com fundamento no caráter publicista do processo, entender que em um modelo acusatório, que se opõe ao inquisitório, nos moldes tratados anteriormente, podem ser garantidos amplos poderes instrutórios ao magistrado, sob pena desde este agir como verdadeiro juiz inquisidor.

No capítulo seguinte analisar-se-á o sistema processual penal brasileiro, sendo possível verificar que este garante plenos poderes instrutórios ao órgão julgador, seja na fase pré-processual (de investigação) ou na fase de instrução e julgamento, não sendo possível entender que tais dispositivos pautem-se em um sistema acusatório, guiado pelo princípio publicista. O que existe na realidade é uma clara aproximação com o sistema inquisitório.

Feita essa breve digressão, com a finalidade de esclarecer alguns conceitos, passa-se à análise do sistema misto.

⁶⁷LOPES JÚNIOR, Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Breves apontamentos in memoriam a James Goldschmidt e a incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”. **Revista de Processo**, a. 34, n. 176, p. 362-363, 2009.

1.3 Sistema Misto

O sistema classificado como misto tem sua gênese no Código Napoleônico de 1808. Neste havia a previsão de divisão do processo em duas fases: pré-processual e processual, sendo a primeira fase de caráter inquisitório e a segunda fase com base no modelo acusatório⁶⁸. Sobre o sistema misto assim dispõe Giulio Ubertis⁶⁹:

Nel suo significato più immediatamente percepibile essa denota quegli ordinamenti che, in differente misura discostandosi da uno dei due paradigmi, temperano la loro struttura (principalmente accusatoria o inquisitoria) attraverso la previsione di disposizioni derogatorie derivate dal modello opposto a quello che li contraddistingue.

(...)

In un senso più storicamente connotato, invece, la locuzione in argomento viene usata per indicare quei sistemi che, sulla falsariga della riforma napoleonica, contemplano una fase investigativa ispirata ai canoni inquisitori, cui segue lo stadio dibattimentale caratterizzato da principi accusatori.

Em tal sistema, como regra, na primeira fase do processo, também chamada de pré-processual, ocorre a investigação, sendo essa uma fase preparatória. Assim, tal fase é marcada pelos princípios do sistema inquisitório. Já na fase processual ocorre a efetiva instrução e julgamento. Dessa forma, nela se aplicam as regras e princípios do modelo acusatório, havendo a separação das funções de acusar, defender e julgar.

Julio Maier⁷⁰ aponta que no sistema misto há a chamada “instrução preparatória” ou “procedimento preliminar”, que mantém os princípios do sistema inquisitivo, na qual se buscam elementos para uma posterior condenação. Nessa fase a instrução é escrita e, em regra, secreta, podendo o defensor e o acusado ter acesso apenas aos atos já documentados.

Importante aqui trazer a crítica que parte da doutrina faz a ideia de que sistemas puros seriam apenas históricos e que os modelos atuais⁷¹, de uma forma ou de outra,

⁶⁸MAIER, 2002, p. 454.

⁶⁹UBERTIS, 2013, p. 18.

⁷⁰MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 217: “Esta investigación, de ordinario llamada instrucción preparatoria o procedimiento preliminar, mantiene los principales rasgos del sistema inquisitivo — de allí la limitación defensiva —, aunque, para compensar, los elementos que allí la se reúnan no sirven para fundar la condena (carácter preparatorio de los actos), que sólo puede ser fundada en los actos del debate posterior. Esta instrucción consta en actas escritas y nació secreta, pero en la última parte del siglo XIX se reconoció la necesidad de admitir la participación del imputado y de su defensor en ella, quienes, de ordinario, tienen acceso a los actos y a las actas labradas sobre ellos.”

⁷¹LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 44: “Ora, afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque

possuem características de ambos. Na realidade, para a qualificação de um sistema, seria essencial analisar seu núcleo e, assim também, as características predominantes. Se inquisitivo, possuindo o juiz a prerrogativa de gerir a prova; ou acusatório, sendo tal tarefa deixada essencialmente para as partes.

Cabe consignar que, ainda que se classifique um sistema como misto, reservando-se o princípio acusatório apenas para a fase processual, não há como garantir a imparcialidade do julgador quando a ele é permitida a condução da instrução probatória ou, até mesmo, o acesso àquilo que foi documentado na fase pré-processual, regida por princípios inquisitórios. Assim, confirma o professor Jacinto Coutinho⁷² que, para a análise e classificação do sistema, é necessário verificar a sua essência.

Também é importante sublinhar a crítica que sustenta a impossibilidade de um sistema misto apoiado em dois princípios que se excluem reciprocamente: o inquisitorial e o acusatório. Assim, o juiz que participa ativamente da fase investigatória rompe com a concepção de um procedimento em contraditório. Dessa forma, não pode haver um sistema misto; ou este se aproxima do modelo inquisitório ou do acusatório, assim devendo ser classificado.

Para a caracterização do sistema como acusatório, a necessidade de separação entre as funções de acusar, investigar e julgar é essencial em todas as fases do processo. Quando se permite a interferência e a participação do órgão responsável pela prolação da sentença na fase preliminar investigatória, há quebra da imparcialidade, e o sistema é essencialmente inquisitório.

não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.”

⁷²COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, a. 30, n. 30, p. 167, 1998: “Finalmente, diante da breve análise dos sistemas processuais e dos princípios que os estruturam, pode-se concluir que o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual vigente no Brasil. No entanto, como é primário, não há mais sistema processual puro, razão pela qual têm-se todos como sistemas mistos. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há e nem pode haver um princípio misto, o que por evidente desconfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, 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.”

1.3.1 O Sistema Pós-Acusatório ou Neo-Inquisitório

Para alguns autores a dicotomia existente entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório é caracterizada por um alto grau de abstração, podendo nos fazer crer que tais modelos são apenas hipotéticos e estudados como antagônicos com a finalidade de facilitar o estudo do sistema processual vigente em determinado momento histórico, político e cultural. Assim, tal separação rígida não se enquadraria nos diversos sistemas processuais vigentes, tendo apenas relevância metodológica, levando à inexorável conclusão de que somente existem sistemas mistos.

Conforme dito anteriormente, a observação das características de tais sistemas em oposição nos leva à conclusão de que o modelo acusatório representa a projeção no processo penal de um estado democrático liberal, enquanto o modelo inquisitório típico representa sistemas políticos com baixos índices democráticos, seguindo a lógica de um Estado ditatorial intervencionista.

Entretanto, ainda que não existam modelos completamente puros, cada sistema processual invariavelmente remete a uma base ideológica, representando uma aproximação, em certo grau, com o modelo acusatório ou com o modelo inquisitório. Assim, associam-se ao modelo acusatório aqueles que limitam a atuação do órgão julgador, e ao inquisitório aqueles que não impõem barreiras a tal interferência. Nesse sentido, discorre Luca Marafioti⁷³:

Ciascun modello processuale inevitabilmente rimanda ad un'idea di accertamento e, allo stesso tempo, ne rappresenta una più o meno fedele traduzione sul piano tecnico. In questo senso, l'idea di regole che, per un verso, rimettono alle parti un ruolo decisivo nel «ritagliare» la conoscenza giudiziale viene automaticamente associata al processo adversary. Analogamente vale per quelle rules dirette ad escludere elementi che, secondo il senso comune e per un giurista di estrazione inquisitoria, sono di solito rilevanti per la decisione e, quindi, da inserire senza problemi di sorta nell'orizzonte decisorio. In quest'ottica, quanto più risultano severi simili criteri di scrutinio probatorio tanto più marcati si presentano i tratti accusatori del processo. Per converso, l'ipertrofia del ruolo e delle responsabilità attribuibili al giudice a scapito del peso rivestito dalle parti e l'assenza di effettive barriere alla conoscenza giudiziale si considerano entrambe espressione di un'evidente eredità inquisitoria.

⁷³MARAFIOTI, Luca. Rito inquisitorio e rito accusatorio. In: CATENACCI, M. et al. **Dizionario di Diritto Pubblici**. v. 5. Milão: Giuffrè Editore, 2006, p. 5361.

É preciso destacar que segundo entendem alguns, o sistema acusatório se encontra implementado em sua forma mais pura nos países que adotam o modelo do *common law*. Nesses há uma ampla liberdade da acusação, as partes possuem discricionariedade na seleção e apresentação de provas, e a tarefa do juiz é meramente residual, ou seja, o magistrado apenas atua na organização do julgamento.

Ocorre que em tal sistema existe um alto grau de desconfiança nos julgamentos, em virtude da dispensa de fundamentação pelo corpo de jurados em seus vereditos e de condenações muitas vezes baseadas no clamor público, em vez de fundamentadas nos fatos e ditames legais.

Dessa forma, além da busca do direito moderno por um sistema mais célere e eficiente, a crise de certeza e previsibilidade nos julgamentos proferidos pelo tribunal do júri impulsionou o surgimento de mecanismos de negociação, que inclusive foram implementados em países que adotam o *civil law*. Assim, na justiça penal negociada a condenação criminal foi substituída por um compromisso entre as partes (*plea bargain*), fazendo surgir uma tendência que não se enquadra nem mesmo nos sistemas processuais mistos, os quais buscam a efetiva responsabilização pela violação da lei penal, através de sentenças proferidas por um órgão jurisdicional.

Na realidade, o sistema da justiça penal comercial adota uma espécie de “solução pela solução”, na qual se busca a redução dos riscos do julgamento e uma resposta rápida e eficiente à suposta conduta criminosa praticada.

Dessa forma, pode-se falar em um declínio do conflito teórico entre o sistema acusatório e o inquisitório, pois outras dicotomias passaram a ocupar o centro das discussões. Grande parte do debate contemporâneo busca um equilíbrio sobre um novo conflito de propósitos, especialmente entre a eficiência do sistema processual penal e as garantias fundamentais dos acusados.

Para a implementação de um sistema eficiente e célere, diversos mecanismos negociais, com elevados graus de simplificação, reduzem ou limitam garantias fundamentais, o que representa na realidade uma introdução da lógica inquisitória em sistemas que buscam uma aproximação com o modelo acusatório.

Ante o exposto, tais sistemas distanciam-se dos modelos originais, apesar dos diversos pontos de convergência, pois a solução que se busca para os problemas atuais (ineficiência, desconfiança, não garantia de direitos etc.) não é encontrada em sistemas clássicos puros ou mistos. Assim, pode-se dizer que tais sistemas

apresentam-se como pós-acusatórios ou neo-inquisitórios. Nesse sentido, discorre Luca Marafioti⁷⁴:

Al fine di esaudire aspirazioni di celerità, si apre sempre più la strada ad una congerie di meccanismi processuali ad alto tasso di semplificazione e, per converso, ancorati a standards alquanto ridotti di legalità e garanzia, perché condizionati internamente da una forte impronta premiale e negoziale, che ne trasforma l'origine accusatoria in una revanche della logica inquisitoria.

Appare, pertanto, singolare simile tappa di avvicinamento tra le due tradizioni in esame: dinanzi a fenomeni di convergenza del genere, si potrebbe parlare in modo descrittivo di realtà processuali post-accusatorie o neo-inquisitorie, anche al fine di indicare una deviazione (o, addirittura, degenerazione) rispetto alle matrici originarie dei rispettivi modelli.

Na realidade, ainda não é possível abandonar ou negar a busca pela padronização de modelos e pelo seu enquadramento, ainda que de forma simplista, como acusatórios, inquisitórios ou, até mesmo, mistos. Entretanto, não há como negar o surgimento de novos institutos e instrumentos processuais fundados em problemas e em um debate que vai além da dicotomia histórica existente entre os modelos clássicos aqui apresentados.

Apesar dessa digressão para a apresentação da crítica de Luca Marafioti a essa separação e distinção pura de modelos processuais penais entre acusatórios e inquisitórios, a análise que se propõe no presente trabalho demanda um estudo do processo penal brasileiro e da América Latina por meio dessa clássica divisão, pois o que efetivamente impulsionou os movimentos reformistas foi a busca pela implementação de uma matriz acusatória.

Agora que foram verificadas as características dos modelos processuais penais, pode-se passar à análise específica do sistema brasileiro. Tal estudo será essencial para tornar possível confirmar a necessidade de sua reestruturação, bem como a de implementação do instituto do juiz de garantias, quando se almeja a mudança para um modelo acusatório consolidado.

⁷⁴MARAFIOTI, 2006, p. 5363.

2. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Como dito anteriormente, o estudo do juiz de garantias pressupõe também a prévia abordagem da separação de funções no sistema processual penal estabelecido. Essa separação é pressuposto necessário para que seja desenvolvido um efetivo sistema acusatório, bem como para que seja garantida a imparcialidade dos julgamentos, objetivos que a implementação do juiz de garantias busca concretizar.

Neste segundo capítulo, investiga-se inicialmente o sistema processual penal estabelecido no Brasil, bem como os efeitos e a extensão da atuação do magistrado, considerando-se que não há atualmente norma vigente⁷⁵ que fixe a divisão de competências e atribuições entre o juiz responsável pela investigação e o encarregado da instrução e julgamento.

Não é uma empreitada simples indicar com exatidão o modelo de sistema processual que vigora no Brasil, até mesmo porque os interesses dos que o analisam, bem como suas atribuições e funções, influenciam sua visão sobre a forma como ele se encontra estruturado e sobre a necessidade e o modo como deve se dar uma eventual reforma.

O atual sistema processual penal brasileiro é tido como misto por grande parte da doutrina, vigorando o sistema inquisitorial na fase investigativa (inquérito policial) e o sistema acusatório na instrução. Entretanto, essa classificação deve ser questionada, por diversos motivos.

É preciso ponderar inicialmente que o Código de Processo Penal brasileiro foi instituído pelo Decreto-Lei 3.689 de 1941, promulgado na vigência do Estado Novo. Assim, até os dias atuais, apesar das diversas reformas, não houve uma efetiva reestruturação do sistema estabelecido, que foi imaginado e constituído sob um regime político ditatorial.

Já a Constituição Federal vigente, por sua vez, foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte em 22 de setembro de 1988 e promulgada em 5 de outubro do mesmo ano, sendo, portanto, instituída após o fim da ditadura militar, estabelecendo-

⁷⁵A medida cautelar proferida pelo ministro Luiz Fux nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 de 2020 suspendeu as normas introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019 que criavam e regulavam a figura do juiz de garantias.

se então um novo regime político e jurídico, reconhecendo e efetivando o Estado Democrático de Direito. Dessa forma, natural a incompatibilidade de diversas normas e princípios constitucionais com as normas processuais penais até então vigentes e que assim permanecem até os dias atuais.

Ante o exposto, e para analisar o sistema processual penal brasileiro, bem como para criticá-lo, é preciso verificar as normas constitucionais que o fundamentam. Da mesma forma, é preciso verificar se o Código de Processo Penal efetivamente concretiza o sistema constitucional, ou se ainda remanesçam, mesmo após as diversas reformas, normas e institutos que não se coadunam com a nova ordem constitucional. Esse é o objetivo deste capítulo.

2.1 O Sistema Processual Previsto na Constituição Federal de 1988

Como é natural em qualquer Carta Magna, ainda que classificada como analítica⁷⁶ como a Constituição de 1988, todas buscam essencialmente fixar os parâmetros e diretrizes fundamentais que devem reger sociedades específicas. Assim, em regra, todas procuram estabelecer apenas as limitações do Estado, direitos individuais, separação de poderes e competências, além de outras normas de caráter geral.

Ainda que nossa Constituição em diversos dispositivos não siga as diretrizes acima indicadas, apresentando normas que, para alguns, deveriam ter natureza infraconstitucional, no campo do direito processual penal, principalmente quando se busca verificar o sistema escolhido pelo constituinte originário, devemos nos ater à análise dos direitos individuais e coletivos, previstos essencialmente em seu artigo quinto. Esses, por estabelecerem a base principiológica do direito processual penal, são essenciais para identificar qual sistema foi escolhido pelo constituinte originário e que teoricamente deveria ser implementado pelo legislador infraconstitucional.

⁷⁶Analíticas são constituições cujo conteúdo é extenso, e que, em regra, disciplinam matérias que vão além da organização básica do Estado. Assim, também são chamadas de constituições prolixas, extensas ou longas. Tais constituições são a tendência do constitucionalismo contemporâneo do pós-guerra.

É preciso destacar, logo de início, como se confirma a seguir, que a Constituição de 1988 define um processo penal que tem uma matriz essencialmente acusatória. Essa afirmação sustenta-se na previsão expressa de diversas garantias e princípios, tais como: (i) presunção de inocência, (ii) motivação, (iii) contraditório, (iv) ampla defesa, e (v) imparcialidade do julgador. Adicionalmente, como visto no capítulo anterior, a Constituição brasileira possui dispositivos expressos que vedam a prática da tortura e limitam o uso da força pelo Estado, confirmando um distanciamento do sistema inquisitório.

Passa-se, assim, a analisar tais garantias constitucionais que demonstram uma aproximação com o modelo acusatório. Destaque-se que inicialmente faz-se a análise individual apenas dos princípios da presunção de inocência e da motivação, deixando-se o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade para uma análise conjunta, passando-se posteriormente ao estudo das normas previstas no Código de Processo Penal Brasileiro vigente e de uma averiguação sobre a sua matriz essencial, se acusatória ou inquisitória.

2.1.1 Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência já era previsto no direito romano, que foi inicialmente acusatório. Entretanto, durante a Idade Média, na vigência do processo inquisitório, sua lógica foi completamente invertida, sendo possível afirmar que existia na realidade uma presunção de culpabilidade⁷⁷. A prática da tortura como meio de prova evidencia essa conclusão. Afinal, o suspeito era considerado inicialmente culpado, e a tortura funcionava como meio de se obter a confissão, suficiente para sua condenação e aplicação da pena.

⁷⁷FERRAJOLI, 2002, p. 441: “Apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitórias desenvolvidas na Baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve.”

Modernamente, o princípio da presunção de inocência foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁷⁸, sendo, contudo, relativizado no final do século XIX e início do século XX, em razão dos movimentos totalitários e fascistas. Como resposta a tais movimentos, durante o pós-guerra, quando a comunidade internacional percebeu que não poderia deixar o tratamento dos seres humanos a cargo dos Estados Nacionais⁷⁹, esse princípio ressurgiu com o constitucionalismo moderno, desenvolvendo-se finalmente a sua forma atual.

Na Constituição Federal de 1988 o princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, LVII, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Dessa forma, a nossa Carta Magna elevou esse princípio de direito processual a uma verdadeira garantia fundamental.

O princípio da presunção de inocência opera-se internamente ao processo basicamente de duas formas: como regra de julgamento e como regra de tratamento⁸⁰.

A primeira faceta da presunção de inocência e a mais expressiva do sistema acusatório, é aquela relacionada ao ônus da prova. Sob esse enfoque, fala-se em uma dimensão interna desse princípio, a qual determina que a carga probatória é de completa responsabilidade do órgão responsável pela acusação, consagrando-se, ao final do julgamento, o chamado princípio do *in dubio pro reo*. Dessa forma, na hipótese de dúvida ou de qualquer deficiência na prova apresentada pelo órgão acusador, deve o julgador obrigatoriamente absolver o acusado. Sobre esse encargo probatório assim dispõe o professor Gustavo Grandinetti⁸¹:

Se a Constituição presume uma das partes inocente, é intuitivo que tenha atribuído todo o encargo probatório à outra. Não teria qualquer sentido que a parte constitucionalmente declarada presumidamente inocente tivesse que demonstrar o que a Constituição proclama com todas as letras. Além dessa interpretação literal, pode-se concluir que esse entendimento é da essência do regime democrático, cabendo àquele que acusa comprovar cabalmente a acusação.

⁷⁸Art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

⁷⁹CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Direito Processual Penal Brasileiro. *In*: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.) **Constituição e Processo. Uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 242.

⁸⁰UBERTIS, 2013. p. 186.

⁸¹CARVALHO, 2014, p.196.

No mesmo sentido, Julio Maier⁸² dispõe que o conteúdo da presunção de inocência, ao menos para o direito processual penal, é claro, e se concretiza na:

[...] exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena, sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución.

Alberto Binder⁸³ segue a mesma linha de raciocínio ao concluir que o princípio da presunção de inocência determina que o acusado não tem que provar sua inocência, pois esta é pressuposta, cabendo exclusivamente, e em qualquer momento, ao órgão de persecução penal provar a sua culpabilidade.

É preciso destacar que, além de prevista na Constituição, essa imposição também está expressamente presente em nosso Código de Processo Penal, que, em seu artigo 386, incisos II, V e VII, impõe ao magistrado o dever de absolver o réu quando, respectivamente, não houver prova da existência do fato; “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”; e “não existir prova suficiente para a condenação”. Assim, havendo dúvida, qualquer que seja, deve o julgador entender pela aplicação da presunção de inocência, absolvendo o acusado.

Delimitado esse primeiro aspecto da presunção de inocência, impõe-se aqui destacar sua clara conexão com o sistema acusatório. Viu-se no capítulo anterior que uma marca determinante desse sistema é a separação das funções de acusar e de julgar. Assim, ao se estabelecer que cabe exclusivamente à acusação o ônus da prova, automaticamente esse princípio consagra a noção de que ao magistrado não devem ser concedidos poderes instrutórios. Novamente confirma tal entendimento o professor Gustavo Grandinetti⁸⁴, que afirma:

O sistema constitucional brasileiro destinou duas instituições para obter a prova necessária para desconstituir a presunção constitucional de inocência: o Ministério Público e a Polícia Civil. São essas agências estatais que têm a função constitucional de fazê-lo para, se for o caso, levar o juiz a prolatar uma sentença condenatória. O Estado não precisa e não deve ter mais uma instituição na verdade, um poder do Estado: o Judiciário com a mesma função de buscar provas para desconstituir a presunção constitucional. Se o fizesse, estar-se-ia vulnerando algo caro e precioso ao Judiciário, que é a imparcialidade. Por isso, o juiz não pode ter poderes instrutórios no processo penal.

⁸²MAIER, 1989, p. 257.

⁸³BINDER, 2001, p. 89.

⁸⁴CARVALHO, 2014, p.198.

Entretanto, como se vê adiante, a despeito de tal determinação constitucional, decorrente do princípio da presunção de inocência, o Código de Processo Penal prevê e garante diversos poderes instrutórios ao magistrado, cabendo assim questionar a constitucionalidade de tais normas.

Ainda na dimensão interna do processo, o princípio da presunção de inocência também se apresenta como uma regra de tratamento do sujeito a partir do momento em que é investigado. Assim, esta não apenas atribui à acusação o ônus de comprovar a culpa do réu, mas também determina o dever do Estado de tratá-lo como inocente até a prolação de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Nessa vertente, esse princípio limita as possibilidades de prisão processual, tornando-as verdadeiras exceções, aplicáveis somente quando presentes fortes indícios de autoria, prova da materialidade do crime, além de evidente necessidade de garantia da ordem pública ou de aplicação da lei penal.

A Constituição Federal de 1988 encampa essa perspectiva em seu artigo 5º, incisos LXI e LXVI, os quais determinam, respectivamente, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”; e que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

No mesmo sentido, o Código de Processo Penal, em seu artigo 283, determina que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”. Adicionalmente, e corroborando essa previsão, o artigo 312 apresenta os requisitos da prisão preventiva, afirmando que esta: [...] poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Consolidando a ideia de que a prisão processual só pode ser determinada como situação excepcional, a Lei 12.403 de 2011 introduziu diversas medidas cautelares a serem impostas ao acusado com a finalidade de se evitar a custódia preventiva. Nesse sentido, conclui Binder⁸⁵:

Embora seja possível aplicar dentro do processo a própria força do poder penal como uma renúncia clara, por motivos práticos, dos princípios do

⁸⁵BINDER, 2001, p. 154.

Estado de Direito, deve-se ter em conta que a aplicação da força, particularmente a prisão preventiva, somente será legítima, do ponto de vista da Constituição, se for uma medida excepcional, se sua aplicação for restritiva, se for proporcional à violência da condenação, se respeitar os requisitos fundamentais, isto é, se existe a mínima suspeita com fundamento, se demonstrada claramente a necessidade de se evitar a fuga do acusado, se está limitada temporalmente de um modo absoluto e se é executada levando em consideração sua diferença essencial com relação a uma pena. Somente se forem cumpridos todos e cada um destes requisitos se estará respeitando a norma constitucional do uso da força durante o processo penal.

Dessa forma, não há como negar que a Constituição, além de atribuir à acusação o ônus de provar a culpa, determina que o investigado deve ser tratado como inocente ao longo de toda a investigação e instrução processual, demonstrando adotar princípios ligados ao sistema acusatório. Afinal, conforme visto anteriormente, é marco do sistema inquisitório a custódia cautelar do acusado durante processo, ao qual praticamente se atribuíam inicialmente a culpa e a responsabilidade de provar sua inocência.

Por fim, vale mencionar uma terceira faceta da presunção de inocência, relacionada a uma perspectiva extraprocessual. Essa dimensão refere-se ao tratamento do acusado fora do processo propriamente dito. De acordo com essa visão, o acusado deve ser tratado como inocente não só pelo Estado, mas por toda a sociedade. Nesse sentido, assim dispõe Aury Lopes⁸⁶:

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.

Sobre o tema pondera ainda Carnelluti⁸⁷:

Cada delito desencadeia uma série de investigações, de conjecturas, de informações, de indiscrições. Policiais e magistrados passam de vigilantes a vigiados por um grupo de voluntários dispostos a apontar cada um de seus movimentos, a interpretar cada um de seus gestos, a publicar cada uma de suas palavras. As testemunhas são encurraladas como a lebre de cão de caça; depois, explorados, sugestionados, comprados. Os advogados são o alvo dos fotógrafos e dos jornalistas. E, com frequência, nem sequer os magistrados logram opor a este frenesi a resistência, que requereria o exercício de seu ofício austero. Esta degeneração do processo penal é um dos sintomas mais graves da civilidade em crise. É até difícil representar todos os danos devidos à falta daquele isolamento que a nenhum outro

⁸⁶LOPES JÚNIOR, 2019, p. 109-110.

⁸⁷CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2013. p. 25-26.

dever é necessário como aquele que, no processo penal, deve ser observado. Não o mais grave, mas certamente o mais visível é aquele que resguarda o respeito ao acusado.

Nesse sentido, surgem obrigações claras para os representantes do Estado, incluídos tanto o Ministério Público e o Poder Judiciário, que devem zelar para que as informações prestadas e que transcendam ao processo pautem-se na presunção de inocência, sendo o réu tratado como sujeito de direitos, tanto interna como externamente ao processo. Essa obrigação logicamente se estende à sociedade como um todo, no caso, principalmente aos veículos de imprensa. Dessa forma, assim leciona o professor Gustavo Grandinetti⁸⁸:

O grande desafio, portanto, para os profissionais do Ministério Público, é prestar informações à imprensa sempre com a reserva das cláusulas constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, bem como saber usar comedida e responsabilmente a atividade jornalística no processo, nos limites da lei; e, para os profissionais da imprensa, estarem cientes de que não é a imprensa, nem a sociedade, os incumbidos constitucionalmente de fazer julgamentos, bem como receber informações obtidas dos agentes do Ministério Público com a mesma reserva das cláusulas constitucionais.

Por isso, é preciso que os profissionais do Ministério Público e da imprensa, reflitam sobre algumas consequências diretas dessa interlocução e dessa coincidência histórica, para que ambas sejam proveitosas para a sociedade, mas sem causar prejuízo desnecessário a quem quer que seja.

Destaque-se que, ainda que não diretamente, a Constituição Federal busca proteger de eventuais abusos aqueles sujeitos ao processo penal. Assim, o artigo 5º, inciso X, determina que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Dessa forma, por mais que protegida constitucionalmente a liberdade de imprensa e de expressão, o abuso de tais prerrogativas deve sujeitar os envolvidos à devida responsabilização, pois evidente que a exploração abusiva e a estigmatização levam a uma condenação pública do acusado, na grande maioria dos casos sem direito de defesa.

Não é outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, ao analisar o direito ao esquecimento⁸⁹, apesar de não reconhecer essa proteção constitucional

⁸⁸CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. O Ministério Público e a Mídia. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. v. 7, n. 12, p. 35, 2015.

⁸⁹Tema 786 do Supremo Tribunal Federal - É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais -

específica, estabeleceu que é possível a responsabilização dos meios de comunicação social por eventuais excessos e abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação.

Nesse contexto, esta última vertente da presunção de inocência também se coaduna com o sistema acusatório, que busca garantir a dignidade daqueles sujeitos ao poder punitivo estatal, que, para além do processo penal, devem ter sua honra e imagem preservadas.

2.1.2 Motivação

Como visto no capítulo anterior, a publicidade é marca essencial do sistema acusatório, pois garante ao acusado a ciência dos atos processuais e a plenitude do exercício do direito de defesa. Da mesma forma, possibilita ainda a fiscalização pela sociedade de eventuais abusos praticados pelos representantes do Estado.

A motivação está diretamente ligada ao dever de publicidade, já que de nada adiantaria que o julgamento fosse público se não fosse devidamente justificado pela autoridade judicial. Assim, a motivação tem a função de garantir que o acusado e a sociedade tenham ciência das razões de decidir, inclusive garantindo a legitimidade desse poder. Confirmando esse entendimento, assim ensina Gustavo Grandinetti⁹⁰:

Ligado ao dever de publicidade está o dever de motivar, já que não se conceberia julgamento público sem motivação, que é o momento em que as razões da decisão se exteriorizam, exceto nos casos excepcionais, como no júri.

Tanto a publicidade como a motivação encontram sua maior justificação política na legitimação da função jurisdicional. O Poder Judiciário, em regra, como o brasileiro, não se nutre da legitimidade advinda de eleições populares, como ocorre com os Poderes Executivo e Legislativo. Daí decorre a necessidade de ser legitimado pelos instrumentos da publicidade e da motivação, de forma a se tornar acessível ao público.

No mesmo sentido, assim leciona Luigi Ferrajoli⁹¹:

É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a "validade" das sentenças resulta

especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

⁹⁰CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 49.

⁹¹FERRAJOLI, 2002, p. 497.

condicionada à "verdade", ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é o "poder desumano" puramente potestativo da *justiça de cádi*, mas é fundado no "saber", ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade.

A sentença ou qualquer decisão proferida pela autoridade judicial é um ato de vontade e de inteligência. Assim, o dever de motivação tem a finalidade de comunicar e demonstrar o processo lógico-jurídico de interpretação dos fatos e valoração das provas. Dessa forma, a obrigatoriedade da motivação impede que o livre convencimento do magistrado se transforme em arbítrio. Aury Lopes Junior⁹² assim dispõe acerca da motivação:

Serve para o controle da eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal. Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios.

A Constituição Federal do Brasil estabelece que é dever do magistrado fundamentar todas as suas decisões, sob pena de nulidade. Dispõe o seu artigo 93, IX, que:

[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Dessa forma, as regras estabelecidas pela Constituição são o dever de motivação e a publicidade dos atos judiciais, o que claramente se coaduna com o sistema acusatório.

Importante destacar ainda o conteúdo da motivação e o objeto sobre o qual deve se debruçar o magistrado em sua atividade jurisdicional no âmbito do direito penal. O direito penal garantista e formalista, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, descreve taxativamente o tipo penal, devendo a definição de cada crime observar a estrita legalidade. Nesse modelo, o magistrado busca apenas verificar a efetiva infringência do tipo penal, sem qualquer juízo de valor moral. Desse modo, a motivação deve ater-se apenas a essa análise, pois o julgamento moral é

⁹²LOPES JÚNIOR, 2019, p. 119-120.

característica do modelo inquisitório. Nesse sentido, assim dispõe Gustavo Grandinetti⁹³:

No plano do processo penal, instrumental que é do direito penal, a questão tem que ver com o modelo de direito penal adotado. O direito penal com característica garantista, legada pelo Iluminismo, adota o esquema formalista, ou convencionalista, na definição do tipo penal, de modo a descrever taxativamente o que é considerado um crime, o que corresponde ao critério da estrita legalidade. Em sentido oposto estaria um direito penal substancialista, que deixaria de lado a descrição formal do tipo, para dar prevalência ao comportamento imoral, antissocial ou simplesmente delinquente, ainda que sem prévia descrição legal.

No primeiro modelo de sistema penal, que é o que adotamos, a verdade a ser buscada não é a verdade completa, inteira, mas tão-só uma verdade reduzida na exata medida do objeto que se busca demonstrar: a infringência, ou não, de um tipo penal, devidamente descrito na lei, ou suas causas de justificação.

No sistema acusatório, a motivação também busca afastar os riscos de erro na avaliação da prova e o arbítrio na sua produção. Dessa forma, esta busca evidenciar a correta atuação do órgão julgador, inclusive para viabilizar ao acusado o exercício do direito de recorrer.

Ante o exposto, a previsão constitucional do dever do órgão julgador de motivar suas decisões é uma evidência de que esta se aproxima do sistema acusatório, na medida em que busca garantir o direito de informação e de publicidade.

2.1.3 O Contraditório e a Imparcialidade à Luz da Constituição e do Código de Processo Penal

Conforme visto anteriormente, é estabelecido pela Constituição Federal (artigo 5º, LV) que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Da mesma forma, o Código de Processo Penal, estabelece que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial” (artigo 155). Dessa forma, não há como negar que o princípio do contraditório está previsto expressamente em nosso ordenamento jurídico, sendo esse um princípio

⁹³CARVALHO, 2014, p. 233-234.

fundante do Estado de Direito e que estabelece as bases de um processo judicial democrático.

De acordo com a doutrina processualista moderna⁹⁴, o princípio do contraditório se desenvolve essencialmente de acordo com algumas acepções, entre elas a noção de que devem ser oferecidas e garantidas às partes as mesmas oportunidades de acesso à Justiça, bem como de exercício amplo do direito de defesa.

O princípio da imparcialidade, por sua vez, decorre diretamente da garantia da jurisdição, pois afinal esta significa mais do que simplesmente a existência de um magistrado instituído responsável por dirimir os conflitos, mas, principalmente, a existência de um juiz natural, ponderado, eficiente e isento.

Desse modo, a imparcialidade do julgador é, além de um princípio do processo, indispensável para o seu desenvolvimento e para a obtenção de um resultado justo e legítimo. Afinal, só se pode exigir o respeito e cumprimento das decisões se os afetados por elas confiam que foram tomadas por um terceiro alheio aos interesses das partes.

Com base em tais acepções, a conexão entre o princípio do contraditório e o da imparcialidade se torna evidente. Somente quando garantidos o efetivo acesso à Justiça e o exercício do direito de defesa é que se pode afirmar que o processo desenvolve-se de maneira a ser proferida uma sentença por um juiz imparcial.

Considerando-se tais ideias e definições é que se questiona a possibilidade da atuação de ofício do magistrado, prevista no Código de Processo Penal, que possibilita sua interferência na produção probatória, desestabilizando a noção de imparcialidade, legitimadora do sistema processual.

Dessa forma, evidente a conexão e interdependência dos princípios constitucionais e processuais do contraditório e da imparcialidade, bem como o descompasso de seus principais pressupostos com os poderes instrutórios garantidos ao magistrado pela lei processual penal brasileira.

2.1.3.1 Os Fundamentos do Contraditório

⁹⁴FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 119-120.

O contraditório é considerado um dos princípios centrais do processo judicial moderno, sendo elemento substancial do acesso à Justiça, possuindo diversos desdobramentos. Nesse sentido, assim dispõe Leonardo Greco⁹⁵:

Numa noção elementar poderia ele ser definido como o princípio que impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de adotar qualquer decisão (*auditur et altera pars*) e o oferecimento a ambas das mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa.

A audiência bilateral, indicada por Greco como fundamento do contraditório, tem origem na Grécia Antiga, e se funda na ideia de que o juiz somente estará adequadamente habilitado a decidir após as partes se manifestarem. Essa noção está diretamente ligada à percepção de que é necessário o tratamento igualitário entre os agentes processuais, bem como a garantia da paridade de armas. Assim, o processo deve prever meios de proporcionar a efetiva participação dos envolvidos, e, mais que isso, garantir o equilíbrio em tal exercício. Não é outro o entendimento de Aury Lopes Junior⁹⁶, que, acerca do contraditório, assim leciona:

Está intimamente relacionado com o princípio do *audiat et altera pars*, pois obriga que a reconstrução da “pequena história do delito” seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo. O adágio está atrelado ao direito de audiência, o qual o juiz deve conferir a ambas as partes, sob pena de parcialidade.

Logicamente que tal concepção não determina o total distanciamento do magistrado; pelo contrário, este deve efetivamente integrar o contraditório, ordenando e equilibrando a atuação das partes de maneira a garantir a isonomia processual. Assim, manifesta-se Greco⁹⁷:

O contraditório não pode mais apenas reger as relações entre as partes e o equilíbrio que a elas deve ser assegurado no processo, mas se transforma numa ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz. Isto é, o juiz passa a integrar o contraditório, porque, como meio assecuratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais.

Na realidade, no exercício do contraditório o magistrado assume uma posição de controle, podendo e devendo agir para equacionar a ação dos envolvidos, garantindo assim um tratamento igualitário, sempre com o cuidado de não afetar a sua imparcialidade.

⁹⁵GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 24, p. 71, março de 2005.

⁹⁶LOPES JÚNIOR, 2019, p. 109-110.

⁹⁷GRECO, *op. cit.*, p. 73.

Como um outro fundamento do contraditório, temos o conjunto de prerrogativas e meios que possibilitam o exercício da legítima defesa, como o direito de apresentar alegações, produzir provas, participar de diligências etc. É bem verdade que grande parte da doutrina, assim como Ada Pellegrini Grinover⁹⁸, entende que o contraditório e o direito de defesa são distintos. Entretanto, mesmo esses, concordam que são indissolúveis, pois afinal é do contraditório que surge o exercício da ampla defesa. Não é outro o entendimento de Marco Antônio dos Santos, que afirma⁹⁹:

Para que se possa definir o conteúdo do contraditório, é preciso primeiro verificar sua relação com a ampla defesa, já que ambos estão previstos no artigo 5, LV da Lei Maior. Com efeito, não se trata de sinônimos, até porque não seria útil que o legislador estabelecesse em um mesmo dispositivo duas previsões de sentido idêntico.

Assim, a ampla defesa se constitui num elemento do contraditório, pois aquela significa permitir às partes que apresentem adequadamente as alegações que embasem sua pretensão ou defesa, com a conseqüente possibilidade de provar seus argumentos, bem como de interpor os recursos cabíveis em face das decisões proferidas.

O exercício da ampla defesa é de fundamental importância na concretização do contraditório e da Justiça. Afinal, o que fundamenta o acesso à Justiça é a busca pela verdade (seja real ou processual), e somente através da garantia às partes dos meios para reconstruir os fatos é que se torna possível aplicar o direito de forma legítima. Na realidade, a própria essência do contraditório se consubstancia em uma fórmula para buscar a verdade. Como bem leciona Picardi¹⁰⁰:

O fundamento do procedimento medieval - o verdadeiro *ordo substantialis* - é representado pelo complexo de regras que hoje retomamos na fórmula "princípio do contraditório", e que se constitui mais propriamente em uma metodologia de investigação da verdade.

Faz-se necessário destacar que não é suficiente garantir à parte, como exercício da legítima defesa, o direito à prova e a possibilidade de participar do processo, sendo, na opinião de Marinoni¹⁰¹, essencial a efetiva capacidade de influenciar o julgador na tomada de sua decisão. Assim, de nada adianta a parte produzir provas e evidências, se o magistrado não está inclinado ou obrigado a considerá-las.

⁹⁸GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1992. p. 63.

⁹⁹RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 159.

¹⁰⁰PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor da tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 129.

¹⁰¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 97.

Outro fundamento do contraditório é a igualdade. Para que o processo possa desenvolver-se de forma legítima, as partes devem ser tratadas de modo isonômico, sendo garantidos meios similares de influenciar o resultado final do processo. Mais do que isso, o magistrado deve suprir eventual desequilíbrio ou deficiência na defesa das partes que estejam em posição de inferioridade.

Quanto a esse aspecto, importa destacar que, no âmbito do processo penal brasileiro, na quase totalidade dos casos, os réus, salvo raras exceções, geralmente indivíduos das classes mais baixas e com baixo grau de escolaridade, estão em posição de inferioridade frente ao Estado, este muito mais aparelhado e estruturado para exercer seu poder punitivo. Em tais situações, é preciso ponderar a postura do órgão julgador, que não pode se mostrar alheio a essa realidade.

É bem verdade que o princípio do contraditório possui uma gama de acepções e fundamentos que aqui poderiam ser tratados. Entretanto, considerando-se o objetivo que se busca atingir, os aqui apresentados são suficientes para que se possa relacioná-lo com o princípio da imparcialidade.

2.1.3.2 Os Contornos da Imparcialidade do Órgão Julgador

Antes de se analisar diretamente o princípio da imparcialidade, é preciso relembra a função do juiz no processo, sendo essencial ponderar sobre a garantia do juiz natural. Segundo essa previsão, decorrente da Constituição (artigo 5º, XXXVII e LIII), que apresenta três facetas, somente aqueles legalmente investidos de jurisdição podem exercê-la; ninguém será processado e julgado por um órgão instituído após o fato (vedação ao juízo de exceção); e deve haver uma distribuição específica e taxativa da competência para o julgamento. Nesse sentido, assim dispõe Ferrajoli¹⁰²:

A garantia do “juiz natural” indica essa normalidade da ordem das competências no juízo, pré-constituída pela lei, entendido por competência o “limite da jurisdição” de que qualquer juiz é titular. Ela significa, precisamente, três coisas diferentes ainda que entre si conexas: a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído *post factum*; a impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências; e a proibição de juízes extraordinários e especiais.

¹⁰²FERRAJOLI, 2002, p. 471.

O princípio do juiz natural assim consiste objetivamente no direito que cada cidadão possui de conhecer previamente o juiz ou tribunal responsável por julgá-lo, caso pratique uma conduta em dissonância com o ordenamento jurídico. Dessa forma, é verdadeiro fundamento do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, segundo Ferrajoli¹⁰³, o juiz natural faz parte do elenco de garantias orgânicas da magistratura, juntamente com a independência e a imparcialidade.

A independência, por sua vez, é vista como a efetiva libertação do órgão julgador de quaisquer amarras com o sistema político e com o sistema de poderes. O magistrado não deve ser um representante de interesses ou vontades. Diversamente do que se espera do Poder Executivo e do Poder Legislativo, que são inclusive poderes muitas vezes representantes das maiorias, o juiz deve julgar em conformidade com o direito estabelecido, exercendo inclusive papel contramajoritário¹⁰⁴.

A legitimidade do Poder Judiciário decorre assim diretamente da Constituição e do sistema democrático estabelecido. Até mesmo porque entre o juiz e o Estado há um vínculo funcional e entre as partes e o Estado há uma relação de sujeição¹⁰⁵. Dessa forma, como defende Aury Lopes Junior¹⁰⁶, a função do magistrado é exercer o papel de garantidor do sistema jurídico estabelecido e promover os direitos fundamentais.

Considerando-se tais condições, no Estado Democrático de Direito é essencial haver um juiz preestabelecido e independente. Entretanto, essas características não são suficientes. É indispensável também que o juiz seja imparcial.

A imparcialidade do julgador é princípio basilar do processo e imprescindível para que seu desenvolvimento conduza a uma sentença justa. Afinal, como já dito, a

¹⁰³*Ibid.*, p. 472.

¹⁰⁴CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. As Ambulâncias e o Poder Judiciário. Reserva de Jurisdição e Direito de Liberdade. **Revista da EMERJ**, v. 8, n. 29, p. 83-84, 2005: "Nesse ponte, cabe uma advertência. Nem a opinião pública, nem a maioria, nem o juiz, nem o jornalista, nem o presidente, nem o parlamento podem se sobrepor à Constituição. Do contrário, em pouco tempo não haverá qualquer regramento político e social, bastando que as transitórias maioria decidam o que bem para contemplar seus interesses particulares. A Constituição é, portanto, um limite à opinião pública, ao jornalismo, aos juízes, aos legisladores, ao presidente, enfim a toda a sociedade, para, justamente preservá-la de momentâneos interesses.

¹⁰⁵MARQUES, Campos Allana. A relação jurídica processual como retórica: uma crítica a partir de James Goldschmidt. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coord.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001. p. 9.

¹⁰⁶LOPES JÚNIOR, 2019, p. 69.

ideia de um terceiro alheio aos interesses das partes é essencial para um processo legítimo.

O juiz imparcial é aquele que ocupa a posição do Estado no processo, ou seja, de um terceiro supraordenado às partes. Assim, deve ser aquele que não possui qualquer interesse na causa, senão a resolução do conflito em conformidade com o sistema jurídico vigente.

Como visto no início deste capítulo, a Constituição Federal de 1988 adotou, ainda que de forma implícita, o modelo acusatório, que se opõe ao modelo inquisitório, em que os sujeitos não são distintos quanto às funções de investigar, de acusar e de julgar, sendo essas funções acumuladas nas mãos de uma única figura.

Apesar de não haver previsão expressa, como já estudado, as garantias fundamentais previstas e distribuídas entre diversos artigos, dentre eles o artigo 5º, XXXVII e LIII, que trata do juiz natural, o artigo 5º, LIV, que trata do devido processo legal, e o artigo 5º, LVII, que trata da presunção de inocência, evidenciam a adoção do sistema acusatório.

Conforme já aqui discutido, pode-se dizer que a imparcialidade é garantida no modelo acusatório, e desnaturada no modelo inquisitório. Afinal, somente é possível dizer que há efetiva imparcialidade quando as funções de julgar e de investigar ou de acusar forem designadas para agentes distintos e desconectados¹⁰⁷.

O sistema acusatório exige a presença de um juiz espectador, alheio à atividade probatória, para que possa valorá-la de forma imparcial. A figura do juiz ativo e inquisidor, com poderes investigativos, independentemente da fase do processo, retoma as noções e bases do processo inquisitivo.

É preciso destacar que a separação de funções é mais do que uma forma de garantir a imparcialidade do órgão julgador. Esta funciona como uma forma de garantir os próprios princípios de um processo democrático, na medida em que mitiga eventual desconfiança ou incerteza da sociedade sobre a condução dos processos e até mesmo das instituições. Não é outra a opinião de Geraldo Prado¹⁰⁸ ao assim dispor:

Não há razão, dentro do sistema acusatório ou sob a égide do princípio acusatório, que justifique a imersão do juiz nos autos das investigações penais, para avaliar a qualidade do material pesquisado, indicar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas já realizadas ou, ainda, interferir na atuação do Ministério Público, em busca da formação da *opinio delicti*.

¹⁰⁷CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Incongruências Constitucionais nos Códigos de Processo Penal do Brasil e de Portugal e o Problema da Violência. **Juris Poiesis – Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá**, a. 11, n. 11, p. 270, jan-dez 2008.

¹⁰⁸PRADO, 2005, p. 175.

A imparcialidade do juiz, ao contrário, exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório.

Ante o exposto, e após a definição dos contornos do princípio da imparcialidade, é possível concluir que este não se coaduna com a concessão de poderes instrutórios ao magistrado. É bem verdade que, como dito anteriormente, o juiz não deve manter uma postura de mero espectador quando verificar o desequilíbrio entre as partes, devendo agir para restabelecer o equilíbrio. Entretanto, essa exigência não necessariamente implica a concessão de poderes instrutórios plenos.

O código de processo penal brasileiro, que, conforme entende parte da doutrina, adotou um sistema misto, prevê, como será visto, em diversos de seus dispositivos a possibilidade de o juiz atuar na instrução processual. Essas previsões, maculam as bases do princípio da imparcialidade e do contraditório.

2.1.3.3 O Contraditório e a Imparcialidade como Princípios Indissociáveis

Agora que já foram traçados alguns dos principais conceitos e características dos princípios do contraditório e da imparcialidade, é importante verificar as conexões existentes entre eles, bem como sua relação de interdependência.

Como exposto inicialmente, o princípio do contraditório possui diversas facetas, entre elas o exercício do direito de defesa e a garantia da igualdade entre as partes. Consabido que, para que a parte possa exercer o pleno direito de defesa, é necessário que esta tenha a oportunidade de contestar a acusação, produzindo as provas necessárias para tanto e, além disso, que o órgão julgador esteja efetivamente obrigado a considerá-las. A igualdade entre as partes, por sua vez, pressupõe que acusação e defesa possuam as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos de influenciar o juiz responsável pelo julgamento da causa.

O princípio da imparcialidade no processo penal, à luz de um sistema acusatório, pressupõe, como uma de suas principais singularidades, a separação de funções. Nesse contexto, e em contraposição ao sistema inquisitório, que aglutina a

função de julgar com as de investigar e de instruir, o sistema acusatório pressupõe que o órgão julgador se mantenha equidistante.

Ante o exposto, não é preciso grande esforço para se perceber a interdependência desses princípios. É inimaginável que a defesa possa exercer sua função de forma plena em um sistema que permite e estimula a atuação do magistrado como agente investigativo e instrutório, em direta violação ao princípio da imparcialidade. Da mesma forma, a concessão de poderes instrutórios ao magistrado, permitindo que este atue como integrante de um dos polos da demanda, claramente afeta a igualdade entre as partes, pressuposto do exercício pleno do contraditório.

A realidade é que a manutenção de institutos que memoram e marcam o sistema inquisitório afeta não só a imparcialidade do julgador, como também o contraditório, demonstrando que ambos os princípios caminham lado a lado. Não é outro o entendimento de Ferrajoli¹⁰⁹, que afirma:

A defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas.

Com base nessas conexões, não é possível crer que, aqueles que defendem um processo que se desenvolve à luz do contraditório, e que prezam por um juiz imparcial, advoguem pela manutenção de instrumentos que autorizam o juiz de ofício a atuar como um agente responsável não só pelo julgamento do processo, mas também pela investigação e pela efetiva produção de provas.

2.1.3.4 A Atuação de Ofício do Juiz à Luz do Contraditório e da Imparcialidade

Como já visto, apesar das críticas, classifica-se o sistema processual penal brasileiro como misto, em decorrência da composição do sistema inquisitório e do sistema acusatório. Seria assim um sistema que possui características de ambos.

Contudo, a realidade é que o sistema estabelecido no Brasil, aproxima-se muito mais do inquisitório, sendo conferidos plenos poderes para o magistrado atuar na investigação e na instrução processual. Aqui, cabe adiantar a crítica que se fará ao

¹⁰⁹FERRAJOLI, 2002, p. 490.

artigo 156 do Código de Processo Penal, que permite a atuação instrutória de ofício do juiz.

Como será visto, esse dispositivo remete ao sistema inquisitório, e representa uma quebra da igualdade entre as partes, pois permite que o juiz assuma um papel ativo na busca de provas, beneficiando qualquer das partes (geralmente a acusação). Dessa forma, não é impensado concluir que essa possibilidade fulmina o princípio do contraditório, na medida em que o juiz atua como parte interessada, e, por consequência lógica, destrói sua própria imparcialidade e equidistância.

É importante indicar ainda que a análise clássica da doutrina de que o sistema processual penal brasileiro é misto, sendo inquisitivo na fase pré-processual e acusatório na fase processual, é completamente equivocada. O artigo 156 do Código de Processo Penal permite que o juiz, no curso da instrução criminal, determine de ofício a produção de provas, revelando o caráter inquisitório inclusive na fase processual.

Vale assinalar que essas intervenções pelo órgão jurisdicional, em sua grande maioria, têm a finalidade de determinar a produção e a juntada de provas que favorecem a acusação, não sendo incomum observar uma atuação conjunta entre esses órgãos (magistratura e Ministério Público) na busca pela condenação do réu. Nesse contexto, a defesa tem seu espaço de atuação limitado, em total violação à equidade de tratamento. Dessa forma, caso fosse estabelecido um efetivo processo acusatório no Brasil, a atuação do magistrado seria limitada, enquanto a defesa teria meios efetivos para seu pleno exercício.

O princípio do contraditório e da imparcialidade determinam que o juiz deve se manter afastado da atividade probatória, permanecendo alheio aos interesses das partes. Autorizar que o magistrado atue como parte viola as bases do Estado Democrático de Direito, especificamente do devido processo legal.

Em complemento, é importante destacar os artigos 209 e 234 do Código de Processo Penal. Nesses, como se verá, mais uma vez a legislação processual penal permite expressamente que o juiz atue na produção de provas, seja ouvindo testemunhas não arroladas pelas partes, seja determinando a juntada de novos documentos.

Após a análise de tais dispositivos, restará demonstrado que o Código de Processo Penal brasileiro atual, apesar das suas diversas reformas, mantém estrutura inquisitória, e a atuação de ofício dos órgãos jurisdicionais, ainda que aparentemente

dentro da legalidade formal, fere a paridade de armas entre as partes, violando a igualdade, o contraditório, a imparcialidade do julgador e, por consequência, a própria Constituição Federal.

2.2 O Sistema Estabelecido no Código de Processo Penal

Conforme visto anteriormente, apesar das diversas críticas, há quem defenda a existência de um sistema misto, decorrente da fusão do sistema inquisitório com o acusatório. Seria assim um sistema que possui características de ambos. Dessa forma, muitos entendem que o Brasil adota esse sistema, predominando na fase pré-processual (fase de investigação) o modelo inquisitório, e na fase processual (instrução e julgamento) o modelo acusatório.

Viu-se que a Constituição Federal, com base no estudo dos direitos e garantias fundamentais nela previstos, claramente evidencia a escolha do modelo acusatório pelo constituinte originário¹¹⁰. Entretanto, é preciso ponderar se a legislação infraconstitucional, mais detidamente, o Código de Processo Penal, que foi editado muito antes da nossa atual Constituição, segue esses princípios, ou se eles foram incorporados ao código vigente após as posteriores e sucessivas reformas.

Analisando-se o sistema processual penal brasileiro, regulado pelo Código de Processo Penal vigente (Decreto-Lei 3.689 de 1941), é possível perceber claramente de que modelo este se aproxima. Evidente tal proximidade com o modelo inquisitório, quando, apesar de muitas reformas, ainda presente o inquérito policial, permanecendo dispositivos que dão amplos poderes ao julgador para intervir na produção probatória.

De início cabe destacar que aqui não se busca analisar o instituto do inquérito policial de forma pormenorizada, mas apenas seus elementos essenciais que evidenciam que sua presença no direito processual penal brasileiro comprova a clara vigência de um sistema essencialmente inquisitório.

¹¹⁰CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Garantias Constitucionais-Processuais Penais (A efetividade e a ponderação das garantias no processo penal). **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 3, p. 191-192, 2003.

Conforme dispõe Michael Foucault, o inquérito na Europa Medieval era um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito era uma determinada maneira de o poder se exercer¹¹¹.

No direito processual penal brasileiro, o inquérito policial é considerado um procedimento administrativo pré-processual. Este possui caráter preparatório em relação ao processo penal, que tem a finalidade de averiguar a autoria e a materialidade de fatos supostamente delituosos para que o titular da ação penal possa angariar elementos para sua propositura.

O inquérito policial é de responsabilidade e competência da polícia judiciária, que detém autonomia sobre o seu processamento, ressaltando-se logicamente a atividade investigativa do Ministério Público. Assim, a autoridade policial ou ministerial dita os rumos da investigação, devendo, nos termos do artigo 7º do Código de Processo Penal, tomar uma série de medidas para elucidar os fatos.

O inquérito possui diversas características que evidenciam seu caráter inquisitório, sendo importante ressaltar que as diversas evidências produzidas são anexadas à ação penal e consideradas pelo magistrado durante a instrução processual e a elaboração de sua sentença.

Inicialmente, o inquérito policial é um procedimento escrito. De acordo com o artigo 9º do CPP, todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, nesse caso, rubricadas pela autoridade. Essa primeira característica já evidencia seu caráter inquisitório, pois, como visto no primeiro capítulo, o modelo acusatório preza pela oralidade e unidade dos atos.

Adicionalmente, o inquérito é ainda, nos termos do artigo 20 do CPP, um procedimento sigiloso. Argumenta-se que a publicidade das investigações poderia prejudicar seu curso e objetivo. Entretanto, salvo nas medidas que afetivamente demandem esse sigilo, a regra deveria ser a publicidade, para que o investigado tome conhecimento da investigação, possibilitando a atuação de sua defesa já nessa fase pré-processual.

O inquérito é ainda um procedimento discricionário, pois é conduzido de forma livre pela autoridade que o preside, que determina o rumo das diligências, supostamente de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Ocorre que essa previsão claramente vai de encontro ao princípio da ampla defesa e do contraditório,

¹¹¹FOUCAULT, Michel. **As Verdades e as Formas Jurídicas**, Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 72-73.

pois o acusado e sua defesa ficam impossibilitados ou no mínimo limitados de requerer a produção de provas específicas e de realizar uma investigação própria, já que quem dita o andamento do inquérito é a autoridade policial. Ademais, a regra no Brasil é que a produção probatória no inquérito seja feita de forma unilateral, sem a participação da defesa e a ciência dos investigados.

Fala-se aqui no chamado contraditório diferido, no qual, durante a instrução processual, e após o oferecimento da denúncia e a instauração da ação penal, a defesa pode confrontar os elementos produzidos no inquérito e produzir as provas que entender necessárias. Contudo, não há como negar o prejuízo ao acusado quando este não participa, quando perfeitamente viável, da atuação investigativa e da colheita de elementos de prova que serão incluídos no processo e invariavelmente considerados pelo magistrado.

Justificando a manutenção do instituto do inquérito policial, muitos destacam que este possui força probatória mitigada ou relativa, não podendo os elementos colhidos durante o seu processamento ser fundamento exclusivo para um decreto condenatório.

O artigo 155 do Código de Processo Penal determina que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

Com base nesse dispositivo, aqueles que defendem a constitucionalidade do inquérito policial argumentam que elemento de informação não é sinônimo de prova. Elementos de informação são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação de todos os envolvidos, inclusive o réu. Já as provas são os elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial e, por conseguinte, com a necessária participação das partes, sendo assim submetidas ao contraditório e à ampla defesa.

Dessa forma, os que defendem a constitucionalidade do inquérito policial concluem que o procedimento tem valor probatório relativo, e, isoladamente, não podem seus elementos servir de base exclusiva para um decreto condenatório. Entretanto, esses elementos poderiam, subsidiariamente, influenciar o convencimento do juiz no julgamento da causa, quando outros indícios e provas, que foram submetidos ao crivo do contraditório, os confirmarem.

Ocorre que a própria existência do inquérito e a inclusão das “provas” e “elementos de convicção”, por meio dele colhidos, nos autos do processo possibilitam claramente a influência do magistrado. Com precisão, Ada Pellegrini Grinover¹¹² aponta duas razões para esse fenômeno: (i) em primeiro lugar, porque quem realiza o juízo de admissibilidade da acusação é o mesmo juiz que proferirá a sentença no processo, já realizando assim um juízo prévio, ainda que preliminar, de culpabilidade; e (ii) em segundo lugar, porque os autos do inquérito são anexados ao processo, e assim acabam certamente influenciando direta ou indiretamente o convencimento do juiz.

Dessa maneira, conclui-se que a mera existência do inquérito, instituto remanescente do processo inquisitório, demonstra qual sistema prevalece no processo penal brasileiro. Não há como defender a existência de um sistema misto, quando o sistema vigente é fundado em elementos que caracterizam a base do processo inquisitório, e que são diametralmente opostos aos pilares do acusatório. Cabe aqui consignar a importância do juiz de garantias, conforme defendido adiante, na preservação da imparcialidade do magistrado responsável pelo julgamento, na medida em que, por meio da separação de atribuições, impede-se o contato do órgão julgador com provas ou indícios colhidos durante a investigação.

Além da manutenção do inquérito policial, que, como visto, apresenta-se como marca do sistema inquisitório, no código processual penal inúmeros dispositivos, apesar da clara opção constitucional pelo sistema acusatório, permitem e instigam a atuação instrutória e investigativa do magistrado.

O artigo 156 do Código de Processo Penal Brasileiro¹¹³ expressamente faculta ao juiz ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas, bem como determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências. Esse dispositivo claramente estabelece a figura de um juiz instrutor e inquisidor, com o poder de interferir na produção probatória, fulminando nesses casos, quase por completo, a imparcialidade do julgamento. Nesse sentido,

¹¹²GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do código de processo penal modelo para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 1, p. 41-63, janeiro/março de 1993.

¹¹³Art. 156 do CPP - 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.

conclui Aury Lopes Junior¹¹⁴ ao dispor que o direito processual penal brasileiro consagra a figura do:

[...] juiz-instrutor-inquisidor, com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos. Decide primeiro, a partir da prova que ele constrói, e depois, no golpe de cena que se transforma o processo, formaliza essa decisão.

Oportuno destacar ainda que no direito brasileiro não é só no artigo 156 do Código de Processo Penal que há previsão de atuação de ofício pelo magistrado. No mesmo sentido, o artigo 209 do código¹¹⁵ permite ao juiz, quando julgar necessário, ouvir outras testemunhas além das indicadas pelas partes. Da mesma forma, o artigo 234¹¹⁶ possibilita a juntada de documento de ofício pelo magistrado.

Prosseguindo com a concessão de poderes instrutórios ao magistrado, o artigo 310, II, do código¹¹⁷, mesmo após a modificação introduzida pela Lei 13.964/2019, e apesar das diversas críticas, ainda permite a conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva. Da mesma forma, o artigo 127¹¹⁸ admite que o juiz determine, também de ofício, o sequestro de bens. Já o artigo 242 do Código de Processo Penal¹¹⁹ autoriza a busca e apreensão por iniciativa exclusiva do magistrado. Por fim, o artigo 385¹²⁰ permite a condenação do acusado mesmo quando o titular da ação penal se manifestar pela absolvição.

Ante o exposto, e pela análise da legislação processual penal em vigor, resta evidente que no processo penal brasileiro o juiz desempenha papel central e ativo. Dessa forma, impossível compactuar com o pensamento doutrinário que defende a

¹¹⁴LOPES JÚNIOR, 2019, p. 73.

¹¹⁵Art. 209 do CPP - O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

¹¹⁶Art. 234 do CPP - 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.

¹¹⁷Art. 310 do CPP - 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: (...) II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; (...)

¹¹⁸Art. 127 do CPP - O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

¹¹⁹Art. 242 do CPP - A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

¹²⁰Art. 385 do CPP - 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.

presença de um sistema acusatório¹²¹, ainda que apenas durante a instrução processual, sendo essenciais efetivas reformas com a finalidade de reestruturação do sistema.

Argumenta-se que tais atribuições deveriam ser exercidas com equilíbrio e parcimônia, sendo a atuação de ofício pelo órgão julgador situação excepcionalíssima. Entretanto, a realidade não condiz com essa afirmação. A atuação de boa parte da magistratura nacional demonstra que esta atua de forma considerável sobre a gestão das provas, invertendo a lógica da separação de funções estabelecida pelo sistema acusatório, que foi o escolhido pela Constituição de 1988.

2.3 A Lei 13.964/2019 e o Juiz das Garantias no Processo Brasileiro

2.3.1 A Função do Juiz das Garantias

Antes de se analisar a reforma que se buscou realizar no Brasil, é essencial um breve estudo sobre o instituto do juiz das garantias, especialmente quanto às suas competências e aos objetivos que a sua implementação busca concretizar.

De forma direta, o juiz das garantias é basicamente um magistrado com competência exclusiva para atuar durante a fase de investigação, estando este impedido de atuar na fase processual posterior. Suas principais funções são o controle da legalidade e a proteção dos direitos individuais daqueles que são objeto de investigação pelo Estado. Assim, o juiz das garantias é responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais.

O juiz das garantias é instituto essencial para que se assegurem os direitos considerados fundamentais do investigado. Dessa forma, ele é o responsável por analisar e autorizar quaisquer medidas restritivas de direitos durante a investigação, como busca e apreensão, interceptação telefônica e, até mesmo, prisão cautelar.

Do ponto de vista instrumental, pode-se perguntar qual a efetiva finalidade desse instituto, quando no sistema ora vigente a própria Constituição Federal e o

¹²¹LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. **Revista de Estudos Criminais**, a.2, n. 6, p. 135, 2002.

Código de Processo Penal já determinam que, em regra, as medidas constritivas de direitos devem ser autorizadas e fiscalizadas por um magistrado, sendo este responsável por zelar pelos direitos e garantias dos investigados.

Ocorre que a essência da criação do juiz das garantias reside exatamente em fazer com que haja um distanciamento entre o juiz da instrução e a fase pré-processual, com a finalidade de que o responsável pelo efetivo julgamento da causa não sofra qualquer influência em razão do contato com os indícios colhidos durante a investigação. Assim, segundo Mauro Fonseca Andrade¹²²:

Pelo fato de o magistrado dever analisar uma série de questões na fase de investigação, isso o levaria a formar juízos prévios (preconceitos) em relação ao investigado. Por consequência, esse magistrado passaria a visualizar o investigado como se culpado fosse, antes mesmo do oferecimento da futura ação penal condenatória, da qual esse mesmo magistrado seria o próprio julgador. Em síntese, sustenta-se que o investigado já teria certeza de sua condenação, ainda que este sequer houvesse atingido a condição de acusado.

No mesmo sentido dispõe Marcio Guedes Berti¹²³:

Eis aqui a importância do juiz de garantias, ou seja, daquele juiz que, atuando na fase investigativa promovendo o controle da investigação, ao final desta etapa estará impedido de atuar no processo, que será conduzido por outro magistrado que, até então, não teve qualquer tipo de contato com quaisquer elementos de informação dos autos.

Destarte, quando se tem o mesmo juiz atuando em ambas as fases (pré-processual e processual), ao chegar na segunda (processual) ele estará, ainda que inconscientemente, contaminado pelas informações que teve acesso e, sobretudo, pelas decisões que tomou. Assim, se um juiz no curso de uma investigação tomou decisões de caráter cautelar extremas e excepcionais, como, por exemplo, a decretação de uma prisão preventiva, até por uma questão de lógica racional é impossível exigir dele uma imparcialidade futura para o julgamento da ação penal.

Dessa forma, pode-se dizer que a previsão do juiz das garantias impõe uma regra de exclusão do magistrado, ou seja, inversa à prevenção, pois sempre que um juiz atuar na fase de investigação ele estará automaticamente impedido de atuar na fase processual¹²⁴. Assim, como ocorre no modelo instituído no Chile, na Argentina, no Uruguai e em muitos outros países, é estabelecido um sistema conhecido como “duplo juízo”, devendo o primeiro intervir, quando invocado, no momento pré-

¹²²ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020. p. 12.

¹²³BERTI, Marcio Guedes. O Processo Penal e o Juiz de Garantias. *In*: COUTINHO, Jacinto Nélon Miranda; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes de; POSTIGO, Leonel González; PAULA, Leonardo Costa de (Orgs.). **Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay. Hacia la justicia penal acusatoria em Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2019. p. 154.

¹²⁴LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 86-88.

processual até o recebimento da denúncia, encaminhando os autos para o segundo, que irá instruir e julgar, sem estar contaminado e sem qualquer prejulgamento. Sobre o juiz das garantias, afirma Paulo Rangel¹²⁵:

Diante da necessidade de se preservar ao máximo a imparcialidade do órgão jurisdicional é que defendemos a criação do “juiz de garantias”, isto é, de um juiz que atuaria na fase do inquérito apenas para analisar os pedidos de medida cautelar real ou pessoal diferente do juiz que irá exercer eventual juízo de admissibilidade da pretensão acusatória. Um juiz que atuaria apenas na fase de investigação.

Encerrada a fase de investigação, seja através de inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, esse juiz sai de cena e eventual denúncia seria apresentada a outro magistrado, que não teve contato com a colheita das informações. A finalidade primordial é garantir que o julgador não se contamine com o que foi apurado na fase de colheita de informações para manter a imparcialidade e julgar apenas de acordo com o que está nos autos do processo.

Cabe consignar que, quando se busca implementar um modelo orientado pelo princípio acusatório, o instituto do juiz de garantias mostra-se imprescindível, pois a separação de funções e a imparcialidade do julgador, como já visto, é marca desse sistema.

Outro ponto a ser ponderado é que a simples criação do juiz das garantias e a separação de competências durante a investigação e a instrução processual, por si sós, não são suficientes. O papel a ser exercido pelo juiz das garantias durante a investigação também deve sofrer uma radical mudança. Conforme visto anteriormente, o magistrado não pode ter ingerência sobre as provas, ainda que em fase prévia à instrução criminal. A função do juiz das garantias, dessa forma, deve ser apenas de controlador da legalidade da investigação e de garantidor de direitos fundamentais. Não há espaço, em um sistema acusatório, para uma investigação judicial oficiosa, sendo essa competência exclusiva da polícia e do Ministério Público.

Desse modo, fica claro que a criação do juiz de garantias é essencial para a concretização de um processo penal fundado no Estado Democrático de Direito, implementando-se o sistema acusatório, que respeita os princípios da presunção da inocência, da imparcialidade, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. Passa-se agora a analisar a tentativa de implementação do juiz das garantias no direito brasileiro.

¹²⁵RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 61-62.

2.3.2 O Juiz das Garantias no Direito Brasileiro

Inicialmente, é preciso destacar que apesar de já existente um projeto de lei com a finalidade de criar um novo Código de Processo Penal seguindo o sistema acusatório¹²⁶ (PL 8045 de 2010), no qual inclusive é prevista o instituto do juiz das garantias, mais uma vez deu-se preferência a uma reforma pontual e incapaz de modernizar o sistema processual penal brasileiro¹²⁷. Adicionalmente, grande parte dos dispositivos que efetivamente buscavam introduzir alguma mudança foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal em decisão cautelar proferida pelo ministro Luiz Fux nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, especialmente os que tratavam do juiz das garantias.

A Lei 13.964, de 2019, apelidada de Pacote Anticrime, decorreu do Projeto de Lei 10.372, de 2018, de autoria de diversos parlamentares, o qual, por sua vez, foi resultado do trabalho realizado por uma comissão de juristas presidida pelo ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal.

O principal objetivo¹²⁸ apresentado pela comissão para as alterações legislativas propostas foi o combate ao crime organizado, que exigia racionalidade instrumental e priorização de recursos financeiros e humanos diretamente voltados para a persecução penal eficiente. Dessa forma, essa legislação buscou racionalizar de maneira diversa, porém proporcional, o combate ao crime organizado, a criminalidade violenta e, de outro lado, a criminalidade individual praticada sem violência ou grave ameaça, considerando inclusive os problemas que afetam o sistema penitenciário brasileiro, especialmente a superlotação e as péssimas condições estruturais.

Não há como negar que as premissas apresentadas refletem claramente a realidade brasileira, pois afinal, de acordo com os dados obtidos pela própria comissão especializada, aproximadamente um terço dos presos brasileiros supostamente praticou crimes sem violência ou grave ameaça, sendo quase 40% do total de todos

¹²⁶O PL 8045 de 2010 prevê expressamente em seu artigo 4º que o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

¹²⁷CARVALHO; MILANEZ, 2020, p. 109.

¹²⁸Conforme justificativa do Projeto de Lei 10.732 de 2018, posteriormente transformado na Lei Ordinária 13.964 de 2019.

os encarcerados no Brasil constituídos por presos provisórios. Dessa forma, parece óbvio que se deve reservar as sanções privativas de liberdade para a criminalidade grave, violenta e organizada, aplicando-se, quando possível, as sanções restritivas de direitos e de prestação serviços à comunidade para as infrações penais não violentas.

Com base em tais objetivos, no projeto original foram considerados principalmente os seguintes pontos para alteração do Código de Processo Penal: (i) a inserção do acordo de não persecução penal; (ii) a disciplina da cadeia de custódia; e (iii) e a previsão expressa no artigo 313 de que crimes praticados no âmbito de organização criminosa poderiam ensejar prisão preventiva. Dessa maneira, inicialmente não havia qualquer menção ao instituto do juiz das garantias.

Somente quando o referido projeto de lei já se encontrava no plenário da Câmara para deliberação, foi incluído o instituto do juiz das garantias, sem antes ter passado por um estudo técnico ou por um debate específico. Da mesma forma, no Senado não houve um estudo ou manifestação técnica a respeito desse instituto. Assim, apesar de já realizados esses estudos e debates durante os diversos trabalhos da comissão especializada em elaborar o novo Código de Processo Penal, sem qualquer alegação de inconstitucionalidade, inclusive por parte de diversos tribunais nacionais, a forma como o juiz das garantias foi incluído na Lei 13.964, de 2019¹²⁹, serviu de fundamento para a sua suspensão.

Passe-se agora a analisar especificamente o juiz das garantias criado e regulado nos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei 13.964 de 2019 e suspensos pelo Supremo Tribunal Federal.

Logo de início o artigo 3º-A demonstra a finalidade da inclusão do juiz das garantias no direito brasileiro. Segundo esse dispositivo, “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”. Esse dispositivo, que já constava no projeto de novo código de processo penal, indica a busca pela implementação do sistema acusatório; contudo, como é comum em reformas pontuais, permanecem dispositivos que contrariam diretamente essa lógica.

¹²⁹A discussão substancial sobre o juiz das garantias foi conduzida no Congresso Nacional nos anos de 2009 e 2010, por ocasião dos debates a respeito do Projeto de Código de Processo Penal, que foi elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido e apresentado, por designação, pelo então presidente do Senado Federal, José Sarney, que tramitou inicialmente no Senado Federal sob o nº 156, de 2009, e, depois de ali aprovado, na Câmara dos Deputados sob o nº 8.045 de 2010.

O dispositivo legal acima mencionado determina que são vedadas a iniciativa do juiz e a substituição por este da atuação probatória do órgão responsável pela acusação. Entretanto, impossível compatibilizar essa proposição com dispositivos legais que concedem plenos poderes aos magistrados para intervir na produção probatória, e que foram mantidos apesar da reforma. Foi mantido sem qualquer alteração o artigo 156 do Código de Processo Penal, visto acima, que garante a faculdade de o juiz de ofício ordenar a produção de provas antes de iniciada a ação penal e no curso da instrução. Da mesma forma, foram mantidos os artigos 127, 209, 234 e 242 do CPP, que concedem plenos poderes instrutórios ao juiz. Assim, não há como concretizar o disposto no artigo 3º-A, quando outros dispositivos do Código de Processo Penal, que apresentam disposições em sentido diametralmente oposto, foram mantidos sem alteração, havendo inclusive quem diga que tais dispositivos foram revogados tacitamente pela nova lei¹³⁰.

O artigo 3º-B, por sua vez, apresenta a definição e as competências do juiz das garantias, *in verbis*:

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

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal;

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI - decidir sobre os requerimentos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;

¹³⁰CARVALHO; MILANEZ, 2020, p. 117.

- c) busca e apreensão domiciliar;
 - d) acesso a informações sigilosas;
 - e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;
 - XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;
 - XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;
 - XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;
 - XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;
 - XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
 - XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;
 - XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.
- § 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.
- § 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Como visto anteriormente, o juiz das garantias é o responsável pelo controle de legalidade da investigação criminal e pela garantia dos direitos individuais dos envolvidos. Para isso, o artigo 3º-B determina que o juiz das garantias deve receber a comunicação imediata da prisão (inciso I) e ser informado sobre abertura de qualquer investigação criminal (inciso IV), isso com a finalidade de controle do conteúdo das investigações, bem como dos prazos de sua tramitação. Vale ressaltar que o parágrafo primeiro do mesmo artigo determina que o juiz das garantias será o responsável pelas audiências de custódia, devendo o preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória ser encaminhado à sua presença no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Mauro Fonseca Andrade¹³¹ critica essas disposições, pois afirma que diversos procedimentos investigatórios não possuem sequer informações básicas sobre a autoria e materialidade dos crimes, não sendo o acesso a esses procedimentos capaz de influenciar de qualquer forma o magistrado responsável pelo julgamento. Desse modo, segundo ele, somente o contato com o fato praticado e com elementos de convicção é que poderia efetivamente afetar a imparcialidade do julgador.

¹³¹ANDRADE, 2020, p. 91.

É verdade que muitas investigações não prosperam, e a polícia judiciária ou o Ministério Público não chegam a identificar elementos essenciais de determinados crimes ou quaisquer indícios de sua autoria. Por óbvio que nessas investigações não há a possibilidade de influência do magistrado, até mesmo porque nem sequer deveriam ensejar a instauração de uma ação penal. A preocupação do legislador é exatamente nas investigações que progridem e que levam à propositura da ação penal e à instrução processual penal. Dessa forma, como é impossível prever o resultado das investigações, é por isso que todas devem ser de responsabilidade do juiz das garantias.

Muitos criticam que não haveria a necessidade do juiz das garantias, pois as hipóteses de suspeição e impedimento já são suficientes para afastar o juiz parcial. Entretanto, logicamente que estas não são suficientes, pois muitas vezes o juiz sofre influência em seu subconsciente, devendo a própria estrutura do sistema garantir a máxima imparcialidade. Julio Maier¹³², inclusive, ao abordar o Código de Processo Penal Modelo para a Ibero-América, indica ser preferível que o julgador nem sequer saiba o nome do acusado até o momento em que se abra a fase processual da instrução penal.

Cabe ainda ao juiz das garantias realizar o controle sobre o prazo da investigação. O código de processo penal, em seu artigo 10, estabelece prazos específicos para que seja concluída a investigação, variando conforme o acusado esteja solto ou preso. Quando o acusado estiver solto, o parágrafo terceiro do artigo 10 determina que a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz, devendo, logicamente, ser o juiz das garantias o responsável por essa autorização. Já quando o investigado está preso, pode o juiz das garantias prorrogar o prazo de duração do inquérito, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial (artigo 3º-B, VIII), valendo ressaltar que esse prazo poderá ser prorrogado uma única vez por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Os críticos a essa previsão afirmam que o juiz não deveria ser o responsável por ditar os rumos da investigação, mas tão-somente por verificar a necessidade de manutenção da prisão do investigado que tem sua liberdade cerceada. Para esses,

¹³²MAIER, Julio B. J. El CPP Modelo y Las Nuevas Tendencias del Proceso Penal. **Revista de Proceso**, v. 22, n. 85, p. 255, 1997.

na hipótese de o juiz não autorizar a prorrogação das investigações, estaria ele obrigando a autoridade policial a encerrar esse procedimento e impondo ao Ministério Público a responsabilidade de eventualmente oferecer a denúncia apenas com base no que foi colhido até esse momento.

Essa crítica não se sustenta, pois afinal já era previsto antes mesmo da inclusão do juiz das garantias que o magistrado deveria averiguar a necessidade de prorrogação do prazo do inquérito para realização de novas diligências. Assim, o que se fez foi garantir que essa competência é do juiz responsável exclusivamente pelo procedimento investigatório. Adicionalmente, por óbvio que o magistrado não tem e não deve ter qualquer interesse em ditar os rumos da investigação, sendo responsável apenas por analisar a necessidade e legalidade das medidas requeridas, bem como de eventual prorrogação do prazo do inquérito. A tese de que o magistrado deveria simplesmente verificar a necessidade de manutenção da prisão também não se sustenta, pois afinal, como se sabe, o processo de investigação impõe um ônus ao investigado, que não pode ter uma investigação *ad aeternum* sobre sua participação em eventual ilícito penal, cabendo ao magistrado também garantir a celeridade e eficiência desse procedimento.

Cabe consignar ainda a crítica de Miguel Reale Júnior¹³³ de que o juiz das garantias, como instituído, seria na realidade um juiz instrutor, apenas disfarçado de garantidor. Segundo ele, a obrigatoriedade de informação e até mesmo de participação do magistrado nas investigações faria com que este passasse a atuar ativamente. A crítica que se faz é perfeitamente razoável, pois afinal, no sistema acusatório busca-se evitar a atuação de ofício do magistrado. Entretanto, não é o instituto do juiz das garantias que permite essa atuação, mas a permanência de dispositivos legais que autorizam e estimulam a interferência de ofício do magistrado, tanto na investigação, quanto na instrução.

O próprio artigo 3º-A veda essa atuação de ofício do juiz; contudo, como visto, outros dispositivos autorizam essa intervenção, o que demonstra a necessidade de uma reestruturação completa do sistema processual penal brasileiro. Essa contradição torna-se ainda mais evidente quando se verifica que os poderes conferidos ao juiz das garantias são apenas de controle da investigação, como na hipótese de determinar o trancamento do inquérito (inciso IX); e na de requisitar

¹³³REALE JÚNIOR, Miguel. O Juiz das Garantias. **Revista de Estudos Criminais**, v. 10, n. 43, p. 99-115, 2011.

documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação (inciso X). Assim, não se coaduna com essas diretrizes a permissão para que o juiz atue diretamente na investigação, buscando de ofício provas de autoria e da materialidade de crimes.

Atribuições também de extrema relevância do juiz das garantias são aquelas referentes à análise da legalidade da prisão, bem como à sua conversão em prisão provisória e à possibilidade de sua substituição por outras medidas cautelares diversas (incisos I, II, III, V e VI).

O artigo 312 do Código de Processo Penal determina como requisito essencial para a decretação da prisão preventiva, além de outros previstos nos artigos 311 e 313, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Da mesma forma, a decretação de medidas cautelares diversas da prisão, conforme disposto no artigo 282, exige que estas sejam necessárias para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal, e para evitar a prática de infrações penais, fazendo-se necessário ainda que estas sejam adequadas à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

A partir da leitura de tais dispositivos, resta evidente que para o juiz verificar a necessidade da decretação da prisão preventiva ou de medidas cautelares diversas é essencial que verifique, ainda que em juízo preliminar, as provas e evidências até então coletadas quanto à autoria e materialidade do crime. Dessa forma, por óbvio que tal magistrado, principalmente quando efetivamente decretada a prisão preventiva, sofre influência de seu próprio prejulgamento. A atribuição dessa competência ao juiz das garantias tem exatamente a finalidade de evitar essa contaminação e garantir a imparcialidade do magistrado.

Alguns alegam que essa divisão de atribuições entre o juiz das garantias e o juiz da instrução é inócua, pois, de uma forma ou de outra, o juiz responsável pela instrução tem conhecimento de que a prisão preventiva ou que outras medidas cautelares foram aplicadas ao investigado, sendo assim influenciado por essas circunstâncias. Entretanto, não há como negar que essa separação dificulta essa influência. Da mesma forma, ao se impedir que o juiz da instrução tenha acesso aos elementos que justificaram a decretação da prisão ou de medidas cautelares durante a investigação pelo juiz das garantias, garante-se que o responsável pela instrução, ainda que entenda pela manutenção destas, tenha que verificar sua necessidade com

base em indícios e provas nunca antes por ele analisadas. Assim, mitiga-se eventual influência, maximizando-se a imparcialidade do juiz responsável pelo julgamento, inclusive nas decisões diversas da sentença.

Outro ponto a ser considerado é a atribuição do juiz das garantias de controle em matéria probatória. O artigo 3º-B, VII, determina que é competência do juiz das garantias decidir sobre a produção antecipada de provas urgentes e irrepetíveis. Dessa forma, este é responsável por verificar a pertinência, ou não, da antecipação da prova e inclusive pela sua produção, podendo até determinar a designação de audiência para tanto, com a finalidade de garantir o contraditório.

Cabe aqui consignar a crítica de Mauro Fonseca Andrade¹³⁴, segundo a qual a interpretação de tal dispositivo para permitir que o juiz das garantias seja o responsável pela produção probatória antecipada viola o princípio da identidade física do juiz, o qual determina que deve sentenciar o magistrado que teve contato direto com a prova, havendo inclusive previsão expressa nesse sentido no artigo 399, parágrafo segundo do Código de Processo Penal.

Quanto a esse ponto, vê-se mais uma contradição interna do Código de Processo Penal que invariavelmente decorre de uma reforma apenas parcial. Entretanto, não há como concordar com essa crítica e com o entendimento de que o juiz responsável pela instrução processual será aquele que realizará a colheita de provas.

Inicialmente, é preciso destacar que as cortes superiores nacionais entendem que o princípio da identidade física do juiz não é absoluto¹³⁵, sendo perfeitamente possível que venha a ser excepcionado na hipótese de afastamento do magistrado. Da mesma forma, tais cortes entendem que esse princípio não impede a realização

¹³⁴ANDRADE, 2020, p. 110.

¹³⁵Sobre o tema, ver o seguinte julgado do STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 219.482**. [...] Improcede a alegação de ofensa ao princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, do CPP), visto que a magistrada sentenciante presidiu parte da instrução processual, ouvindo, inclusive, as testemunhas de defesa. [...]. Alessandro Marcelo de Souza. TJSC. Relator: Ministro OG Fernandes. Brasília, 27 de março de 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102274890&dt_publicacao=11/04/2012. Acesso em: 15 dez. 2022. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 474.360**. [...] o princípio da identidade física do juiz, introduzido no Processo Penal pela Lei 11.719/2008, não é absoluto e não impede a realização do interrogatório do réu por meio de carta precatória. [...]. João Carlos Ferreira Amara Correia. TJRJ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 11 de dezembro de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802724537&dt_publicacao=19/12/2018. Acesso em: 15 dez. 2022.

do interrogatório do réu por meio de carta precatória ou que um juiz que apenas participou de parte da instrução possa proferir sentença.

Logicamente que esse entendimento se aplica ao juiz das garantias. Desse modo, não há qualquer impedimento para que este realize a colheita de provas de forma antecipada, inclusive designando audiência se necessário. Na realidade, na hipótese de ser viável que essas provas, produzidas de forma antecipada, sejam novamente realizadas pelo juiz responsável pela instrução (ex.: nova oitiva da testemunha), assim será feito. Já na hipótese de essas provas não poderem ser repetidas, devem ser enviadas ao juízo da instrução, como determina o parágrafo terceiro do artigo 3º-C. Cabe ainda consignar que com a existência de meios modernos de colheita de provas, como as gravações audiovisuais, o juiz responsável por sentenciar terá conhecimento fidedigno do que foi colhido antecipadamente.

Ainda sobre o controle em matéria probatória, cabe ao juiz das garantias decidir sobre todos os requerimentos que envolvem a mitigação de direitos fundamentais dos investigados, com a finalidade de angariar evidências durante a investigação, como interceptação telefônica, busca e apreensão, afastamento de sigilo etc. (inciso XI). Logicamente que essa atribuição representa a exata finalidade para a qual o instituto do juiz das garantias foi criada: proteção de direitos e garantia da imparcialidade do julgador.

Atribuição das mais importantes do juiz das garantias é o controle sobre o recebimento da acusação (denúncia ou queixa), ou seja, de verificar se, além dos requisitos formais previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal, estão presentes os pressupostos processuais e as condições para o exercício regular da ação penal, bem como a existência de justa causa, ou seja, de indícios mínimos de autoria e da materialidade do crime.

A finalidade dessa competência é exatamente evitar que o contato prematuro com as provas produzidas durante a investigação possam influenciar o julgamento final do magistrado responsável pela sentença. Parte da doutrina indica que essa preocupação é desproporcional, pois a jurisprudência dos tribunais superiores¹³⁶ é

¹³⁶Cite-se: (...) "A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não "se exigem, quando do recebimento da denúncia, a cognição e a avaliação exaustiva da prova ou a apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade." (HC: 128.031/SP. Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, Julgado em 01/09/2015)

consolidada no sentido de que a decisão que recebe a acusação possui natureza jurídica de interlocutória simples, não necessitando de fundamentação exauriente por parte do magistrado quanto aos motivos do seu recebimento. Assim, este não se debruçaria sobre o mérito da acusação.

Ocorre que a simples dispensa de uma fundamentação exauriente não garante que o magistrado responsável por proferi-la não será influenciado pelas evidências que foi obrigado a analisar para decidir sobre a regularidade da inicial acusatória. Isso ocorre da mesma forma que para a decretação da prisão preventiva ou de medidas cautelares; ou seja, o contato prévio do juiz da instrução com a prova produzida durante a investigação tem pleno potencial de macular sua imparcialidade.

Cabe indicar igualmente que o juiz das garantias também tem as funções de assegurar ao investigado e a seu defensor o direito de acesso aos elementos informativos produzidos durante a investigação (inciso XV); deferir a admissão do assistente técnico (inciso XVI); e decidir sobre a homologação do acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada formalizados durante a investigação (inciso XVII).

Quanto à primeira atribuição acima mencionada, esse direito é essencial para que o investigado possa exercer sua defesa já durante a fase investigatória, consagrando-se o princípio do contraditório já estudado, garantia do sistema acusatório. Da mesma forma, a permissão de acesso a tais informativos e provas permite que o investigado possa realizar uma investigação própria, essencial para o exercício da ampla defesa.

Já quanto à admissão do assistente técnico, esta também é essencial durante a fase investigatória. O sistema acusatório tem dentre seus objetivos não só a garantia dos direitos do investigado, mas também a efetiva atenção e preocupação com os interesses das vítimas. Dessa forma, permitir a atuação do assistente de acusação possibilita que esse objetivo seja efetivamente concretizado.

A homologação do acordo de não persecução penal e de colaborações premiadas também deve ser atribuição do juiz das garantias, pois afinal tais institutos, em regra, antecipam a análise do mérito da ação penal, não havendo necessidade de atuação do juiz responsável pela instrução e julgamento.

Para finalizar esta análise sobre o juiz das garantias previsto no ordenamento brasileiro, é preciso ainda ponderar sobre dois aspectos importantes da legislação.

O primeiro deles refere-se à impossibilidade de envio do conteúdo das investigações para o juiz responsável pela instrução e julgamento. Assim dispõe o parágrafo terceiro do artigo 3º-C do Código de Processo Penal:

Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Obviamente que essa regra é essencial para a garantia da imparcialidade do órgão julgador. De nada adiantaria manter o juiz responsável pelo julgamento afastado da investigação se, ao final, fosse a ele entregue todo o conteúdo do que foi obtido.

Cabe consignar ainda que o parágrafo quarto do artigo 3º-C do CPP assegura às partes o amplo acesso ao conteúdo das investigações que deve ficar acautelado na secretaria do juízo das garantias. A finalidade desse dispositivo legal é permitir que tanto a acusação como a defesa possam efetivamente ter conhecimento de tudo que foi produzido, para que possam preparar-se para a instrução processual. Entretanto, isso não significa que essas evidências, salvo logicamente as provas antecipadas e irrepetíveis, possam ser simplesmente anexadas aos autos do processo, sob pena de tornar completamente inócuo o instituto do juiz das garantias.

Por fim, cabe consignar ainda a existência de norma expressa que determina que o juiz das garantias deve assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida a prisão (artigo 3º-F). Como visto, o princípio da presunção de inocência, em sua perspectiva extraprocessual, garante que todos os investigados e acusados tenham sua honra preservada contra a exploração abusiva, sendo esta uma das competências atribuídas ao juiz das garantias.

Dessa forma, como bem concluem Gustavo Grandinetti e Bruno Milanez¹³⁷: “(a) a figura do juiz de garantias brasileiro é representativa de uma tendência democrática; (b) o juiz de garantias brasileiro não assume qualquer função investigativa, tampouco a gestão da prova em colaboração com os órgãos de persecução penal; (c) o mérito da decisão de acusar é do MP, exclusivamente, podendo, a vítima, recorrer à chefia

¹³⁷CARVALHO; MILANEZ, 2020, p. 122.

da instituição; e (d) o juiz de garantias brasileiro fica impedido de atuar na fase de conhecimento do mesmo caso penal, em prestígio ao princípio da imparcialidade.”

Agora que foram analisados os dispositivos introduzidos no Código de Processo Penal pela 13.964, de 2019, que criam e regulam as atribuições do juiz das garantias, passa-se a analisar os motivos que levaram o Supremo Tribunal Federal a determinar a sua suspensão.

2.3.3 A Suspensão Liminar da Reforma e seus Fundamentos

Agora que já se estudou a reforma que introduziu o juiz das garantias, passa-se a analisar a medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, propostas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e pelos partidos políticos PSL, PODEMOS e CIDADANIA, e que suspendeu os artigos 3º-A, 3 -B, 3 -C, 3 -D, 3 -E e 3 -F do Código de Processo Penal.

De forma resumida, no que diz respeito aos dispositivos que tratam do juiz das garantias, os autores das citadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade postulam a declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei 13.963 de 2019, por ter esta: (a) disposto sobre norma procedimental, violando a competência concorrente dos estados (artigo 24, XI, e § 1º, da CF); (b) disposto sobre norma de organização judiciária, violando a competência privativa do Poder Judiciário (artigo 96, I, “d”; II, “b” e “d”, da CF); (c) criado a instituição do juiz de garantias, violando a iniciativa legislativa para edição de lei complementar, de iniciativa do STF (artigo 93 da CF); (d) criado regra de impedimento do juiz, violando os princípios do juiz natural, da isonomia e da duração razoável do processo (artigo 5º, caput, LIII, LXXVIII, da CF) e a autonomia financeira do Poder Judiciário (artigo 99 da CF); (e) criada despesa sem prévia dotação orçamentária, violando o ajuste fiscal (artigo 169, parágrafo 1º, da CF e artigo 104 do ADCT); (f) estabelecido prazo irrazoável de *vacatio legis*; (g) vedado que os autos do inquérito instrua a ação penal; e h) criado impedimento para o juiz que conheceu prova inadmissível continuar à frente do processo. Passa-se agora a analisar cada um desses argumentos.

Inicialmente, alega-se que no artigo 3º-B o legislador restringiu a jurisdição do juiz das garantias ao controle da legalidade da investigação criminal, sendo esta restrita à fase do inquérito policial. Essa fase seria assim considerada pré-processual ou administrativa, conforme a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e de competência legislativa concorrente entre os estados e a União, conforme disposto no artigo 24, XI, da Constituição Federal. Dessa forma, caberia à União editar normas gerais, e aos estados, suplementar essas regras.

Ante o exposto, entendeu o STF que o legislador federal teria ido além da expedição de normas gerais, ao impor a observância imediata do juiz das garantias no âmbito dos inquéritos policiais, pois a implementação desse instituto levaria à criação de órgãos do Poder Judiciário que dependeria da edição de leis estaduais ou federais específicas dispendo sobre a organização judiciária.

Dispõe a doutrina que norma processual é aquela que estabelece direitos e deveres dos sujeitos, enquanto a norma procedimental apenas informa os atos do processo em si. Assim, as normas processuais tratam da disciplina dos órgãos jurisdicionais, sujeitos processuais, formas dos atos etc., referindo-se aos próprios institutos processuais, como ação, defesa, partes, competência, instrução e valoração da prova, sentença e seus efeitos, sistema recursal etc. Nesse sentido dispõe Fazzalari¹³⁸:

Esclarecido isso, a estrutura do procedimento se obtém quando se está diante uma série de normas (até a reguladora de um ato final, frequentemente um provimento, mas pode-se tratar também de um simples ato), cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como direito ou como obrigação), mas que enuncia como pressuposto da sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série.

O procedimento se apresenta, pois, como uma sequência de "atos", os quais são previstos e valorados pelas normas.

Com base nesse conceito, norma procedimental seria aquela que regula prazos, modos e formas dos atos processuais, atos de comunicação etc. Assim, não há como negar que os dispositivos que regulam o juiz das garantias são normas que tratam de direito processual penal, e que, portanto, têm vigência imediata nos termos do artigo 2º do próprio Código de Processo Penal, não havendo qualquer inconstitucionalidade quanto a essa determinação.

¹³⁸FAZZALARI, Elio, 2006, p. 115.

Importante destacar ainda que é uma falácia dizer que a Lei 13.963 de 2019 cria, de qualquer forma, órgãos do Poder Judiciário. A nova lei apenas determina que deve haver um juiz responsável pela investigação criminal, especificando suas competências e impedindo que ele atue na instrução e julgamento. Dessa forma, a eventual necessidade de criação de novos cargos ou varas deve ser analisada pelos respectivos tribunais locais, no âmbito de suas próprias competências, como ocorreu com a implementação das audiências de custódia.

Assim, caberia aos próprios tribunais verificar a melhor maneira de implementar o juiz das garantias, seja pela criação de novos órgãos ou através de uma redistribuição de competências internas, não havendo qualquer violação aos artigos 93 e 96 da Constituição Federal. Da mesma forma, como a lei não cria órgão e não cria cargo, obviamente não cria despesa alguma, também não havendo violação à autonomia financeira do Poder Judiciário e ao ajuste fiscal.

Outro argumento apresentado pelos autores das ações é de que a nova lei cria regra de impedimento do juiz, violando os princípios do juiz natural, da isonomia e da duração razoável do processo. Eles alegam que a norma do artigo 3º-D, ao determinar o afastamento do juiz que funcionou na fase de investigação sem que fosse ainda o juiz das garantias, implica na aplicação retroativa da lei processual penal, violando o princípio do juiz natural, já que o impedimento previsto afastaria o juiz criminal, que, antes da nova lei, era o juiz competente para atuar também durante a investigação.

A realidade é que não há como concordar com esse argumento. A lei em análise em momento algum determina a retroatividade da lei processual penal. A regra é que a norma processual tem vigência imediata, devendo alcançar os processos pendentes na fase em que se encontrarem. Dessa forma, a nova lei prevê que da sua vigência para a frente há que funcionar um juiz de garantias, e que este ficará afastado da fase de julgamento. Situação similar ocorre quando há criação de varas especializadas ou alteração das competências internas dos órgãos, através da modificação das leis de organização judiciária locais ou de regimentos internos dos tribunais.

Importante destacar que esse argumento, ainda que reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, não é suficiente para que se declare a inconstitucionalidade dos dispositivos que regulam o juiz das garantias. Perfeitamente

possível, como ocorreu inclusive com o acordo de não persecução penal¹³⁹, a fixação de um marco temporal para sua aplicabilidade, o que poderia ser feito pela própria Corte Suprema, sem a necessidade de suspender a aplicação do instituto criado.

Argumenta-se ainda que a criação do juiz das garantias apenas para a primeira instância estaria vulnerabilizando o princípio da isonomia em relação aos direitos dos denunciados em procedimentos originários da competência dos tribunais. Entretanto, na realidade, esse argumento não convence, pois o que dever-se-ia requerer era a extensão do instituto do juiz das garantias aos processos de competência originária dos tribunais. Há quem diga que, nessa hipótese, estaria o STF a atuar como legislador positivo, o que implicaria a violação à separação dos poderes. Ocorre que essa não é a realidade, pois a Constituição, ao determinar que a Corte Suprema tem como função interpretar as normas constitucionais, permite a interpretação extensiva e a expansão de direitos, como inclusive já aconteceu em diversos julgados¹⁴⁰, tendo o STF então atuado efetivamente como legislador positivo.

¹³⁹O Supremo Tribunal Federal entendeu que o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 191.464**. Direito Penal e Processual Penal. Agravo Regimental em Habeas Corpus. ANPP (Art. 28-A do CPP). Retroatividade até o Recebimento da Denúncia [...]. Mario Cesar Sandri. Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 11 de novembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>. Acesso em: 13 dez. 2022. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.635.787**. [...] Mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional na instância ordinária [...]. Satiro márcio Ignacio Junior. Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 13 de agosto de 2020. Disponível em: <https://portaljustica.com.br/acordao/2468144>. Acesso em: 13 dez. 2022.

¹⁴⁰O Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, sujeita às mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. [...] Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles [...]. Procuradoria-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 13 dez. 2022. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. [...] Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles [...]. Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 13 dez. 2022.

Da mesma forma, a Suprema Corte entendeu que a Lei nº 7.716 de 1989 pode ser aplicada para punir as condutas homofóbicas e transfóbicas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 26**. [...] exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional [...]. Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>. Acesso em: 13 dez. 2022. No mesmo

Destaque-se ainda que a criação do juiz das garantias em nada prejudica a duração razoável do processo, pois a nova lei não fez grandes alterações para criar novas atribuições, fases processuais ou recursos. O objetivo principal é basicamente a divisão de atribuições, com a finalidade de garantir a imparcialidade do juiz responsável pelo julgamento. Adicionalmente, é preciso ponderar que a própria lei determina que o juiz das garantias tem como uma de suas funções fiscalizar os prazos das investigações (artigo 3º-B, VIII e artigo 3º-B, parágrafo segundo), buscando exatamente garantir maior celeridade processual.

Crítica ainda presente nas iniciais das ADIs que questionam a constitucionalidade da lei aludem à vedação de que os autos do inquérito instruem a ação penal e à criação de impedimento para o juiz que conheceu provas inadmissíveis continuar à frente do processo. Argumenta-se que o simples contato com os autos do inquérito ou com provas inadmissíveis não seria suficiente para macular a imparcialidade do juiz responsável pela instrução e julgamento. Entretanto, na realidade, o que se verifica é a busca pela manutenção do *status quo*.

Como visto anteriormente, o modelo adotado no Brasil é cumulativo, tendo início com o inquérito policial, resquício do sistema inquisitivo, e que invariavelmente contamina todos os que atuam nessa fase, seja consciente ou inconscientemente. No sistema inquisitório o juiz acumula as funções de investigar com as de acusar, de instruir e de julgar, o que faz com que a percepção de culpabilidade do acusado venha a ser inserida na consciência do julgador logo no primeiro contato com o processo, passando-se assim a apenas buscar-se a confirmação dessa suposta culpa.

O juiz das garantias tem a função de controlar o poder investigativo do Estado para evitar violações a direitos e garantias fundamentais. Da mesma forma, a sua criação tem a finalidade de evitar que o juiz responsável pela instrução e julgamento tenha seu subconsciente influenciado pela investigação, pois, quando alguém está comprometido com uma ideia, muitas vezes, não é racional, e resiste a eventuais correções, inclusive quando suas premissas são equivocadas. Essa inclusive é a posição de Karl Popper¹⁴¹ ao dispor que:

sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4.733**. [...] Dever do Estado de Criminalizar as Condutas Atentatórias dos Direitos Fundamentais. Homotransfobia. Discriminação Inconstitucional. Omissão do Congresso Nacional [...]. Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>. Acesso em: 13 dez. 2022.

¹⁴¹POPPER, Karl. **El mito del marco común**. Tradução de Marco Aurélio Galmarini. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2005. p. 224.

[...] la mentalidade del hombre con puntos de vista fijados de manera definitiva, del hombre 'comprometido', es afin a la del loco. Es posible que sus opiniones fijas sean 'adecuadas' en el sentido de que coinciden con la mejor opinión disponible por el momento. Pero en la medida en que esta comprometido, el hombre no es racional: resistirá cualquier cambio, cualquier corrección. Y puesto que no puede estar en posesión de la verdad precisa (nadie lo está), resistirá la corrección racional incluso de creencias enormemente equivocadas. Resistirá aun cuando su corrección sea ampliamente aceptada en vida del sujeto.

Desse modo, o afastamento do juiz responsável pela fase de investigação está em total conformidade com a Constituição Federal, com o devido processo legal e com a clara necessidade de se garantir a imparcialidade do julgador. A originalidade do contato do juiz responsável pelo julgamento com as provas e com o acusado evita o preconceito na condução da instrução e na prolação da sentença.

Nesse sentido, e com base em tais premissas, não há como não concordar com a necessidade de se afastar os autos do inquérito dos autos da ação penal para evitar contaminação do responsável por julgar o mérito, com exceção das provas irrepetíveis e das antecipações de prova, conforme prevê o artigo 3º-C, parágrafo 3º, do CPP, introduzido pela Lei 13.964 de 2019, sendo assim perfeitamente constitucional. Da mesma forma, e pelos mesmos fundamentos, também se deve afastar o juiz que teve contato com a prova inadmissível, pois este se encontra claramente contaminado, sendo também constitucional o artigo 157, parágrafo 5º, do Código de Processo Penal¹⁴², com a redação dada pela nova lei.

Um último argumento apresentado nas ADIs contra a implementação do juiz das garantias é o prazo estabelecido para sua implementação. Conforme foi apresentado, a lei não previu regra de transição, motivo pelo qual tornar-se-ia eficaz após o transcurso da *vacatio legis* de trinta dias após a sua publicação, quando então deveria o instituto jurídico do juiz das garantias ser implementado em todos os estados e na União, pelos respectivos tribunais. Dessa forma, haveria falta de proporcionalidade do prazo concedido para a adaptação do Poder Judiciário à nova regra.

Talvez o único provimento cautelar constitucionalmente admissível seria realmente a ampliação da *vacatio legis* determinada pelo artigo 20 da Lei 13.964/2019, a fim de permitir em prazo adequado e razoável o exercício da autonomia dos tribunais

¹⁴²Art. 157, § 5º, do CPP - O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

para regulamentar todos os aspectos relacionados à aplicação prática do instituto do juiz de garantias.

É preciso verificar que a reforma processual penal ocorrida em muitos outros países da América Latina não foi implementada de forma instantânea. A grande maioria dos códigos modernos previu prazos específicos para que os novos regramentos passassem a entrar em vigor, de modo que as instituições pudessem adaptar-se e preparar suas estruturas físicas e de pessoal.

Vale destacar ainda que em diversos países houve um grande investimento em capacitação, com a finalidade de que magistrados, promotores e até mesmo policiais se adaptassem às novas regras e estruturas voltadas para a implementação de um sistema acusatório¹⁴³. Dessa forma, há que se concordar que o prazo estabelecido na lei não é suficiente para a implementação do juiz das garantias em todo o território nacional.

Ante o exposto, e com exceção da *vacatio legis*, é de se admitir que não há quaisquer argumentos que justifiquem a inconstitucionalidade da criação do juiz das garantias nos moldes estabelecidos pela Lei 13.964 de 2019. A referida legislação possibilita maior garantia dos interesses das pessoas investigadas e dos réus em processos criminais, obrigando aos estados e ao Distrito Federal a responsabilidade de implementar, ainda que com algumas críticas, o sistema acusatório. A resistência a tais mudanças é resquício da mentalidade inquisitorial que ainda paira sobre as instituições brasileiras, especialmente sobre o próprio Poder Judiciário.

Apesar dos argumentos aqui aventados, o ministro Luiz Fux decidiu pela suspensão dos dispositivos que instituem o juiz das garantias com fundamento basicamente em dois argumentos: (i) inconstitucionalidade formal, por violação a competência privativa do Poder Judiciário (artigo 96 da CF), em razão da natureza híbrida das normas, sendo estas simultaneamente normas gerais processuais e normas de organização judiciária; e (ii) inconstitucionalidade material, por ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implementação da medida e do impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade. Entretanto, como visto, esses argumentos não se sustentam.

¹⁴³Importante ressaltar que no Brasil já existem escolas da magistratura e do Ministério Público constituídas em todas as unidades da federação, não sendo assim necessário grande investimento financeiro para a capacitação dos juizes e promotores.

Após essa breve análise da legislação brasileira e da tentativa de implementação do juiz de garantias no direito processual penal nacional, foi possível perceber que essa reforma, por si só, não é suficiente para garantir uma mudança significativa no sistema inquisitório (ou “misto”) aqui estabelecido. O inquérito policial e a possibilidade de atuação de ofício do magistrado permanecem, permitindo que este atue na investigação e na instrução processual.

A tentativa, ainda que por hora fracassada, de implementação do juiz das garantias, demonstra a necessidade e a vontade de mudança. Entretanto, a suspensão dessas normas evidencia que a mentalidade inquisitória ainda persiste e resistirá a quaisquer tentativas de modernização da legislação processual penal nacional.

No próximo capítulo analisa-se como tais mudanças foram implementadas em outros países da América Latina que hoje possuem códigos muito mais modernos e democráticos. Logicamente que estas não foram realizadas de forma imediata; contudo, não há como negar que atualmente o Brasil possui um dos Códigos de Processo Penal mais atrasados entre os países da América do Sul.

3. A EXPERIÊNCIA SUL-AMERICANA – A TRANSIÇÃO PARA O SISTEMA ACUSATÓRIO

Agora que foram analisadas as bases e fundamentos do sistema inquisitório e do sistema acusatório, bem como verificado o sistema processual penal brasileiro, passa-se a estudar algumas das reformas processuais penais que ocorreram na quase totalidade dos países da América Latina.

Década de 1990	Década de 2000
Argentina (1991)	Chile (2000)
Guatemala (1992)	Equador (2000)
El Salvador (1996)	Nicarágua (2001)
Venezuela (1998)	República Dominicana (2002)
Paraguai (1998)	Colômbia (2004)
Bolívia (1999)	Peru (2004)
Honduras (1999)	Panamá (2008)
	Argentina (2014/2019)
	México (2014)
	Uruguai (2014)

Quadro 1 - Novos Códigos Processuais Penais nas Américas

Esse estudo é essencial para que se possa perceber a importância do instituto do juiz de garantias e da limitação da interferência dos juízes na condução das investigações e na instrução processual penal quando se busca implementar um processo acusatório e democrático.

Nos últimos trinta anos, quase todos os países da América Latina adotaram novas constituições, em regra após o fim de regimes ditatoriais. Essas constituições têm como marco comum a ampliação dos direitos humanos fundamentais, o que invariavelmente influenciou o movimento de reforma dos sistemas processuais penais.

As reformas na América Latina foram motivadas por uma série de contradições decorrentes dos sistemas até então vigentes que possuíam uma matriz essencialmente inquisitória. Dessa forma, buscou-se corrigir essas inconsistências por meio de uma completa reformulação da legislação e das estruturas ligadas à

persecução penal, inaugurando, na visão de Alberto Binder, “la nueva justicia penal de América Latina”¹⁴⁴.

Segundo o citado autor, diversos países realizaram reformas pontuais, como ocorreu no Brasil, para incorporar algumas regras e princípios do sistema acusatório, contudo sem alterar efetivamente suas regras básicas de funcionamento. Assim, foi necessária a realização de uma ampla reforma, que, ainda na visão desse autor, só pôde ser concretizada quando foi encarada efetivamente como uma verdadeira política pública de longo prazo¹⁴⁵.

O movimento reformista identificou inicialmente a necessidade de adaptação do papel de cada uma das partes no processo penal para concretizar uma efetiva divisão de funções entre o juiz, a acusação e a defesa, sendo essa característica marcante do sistema acusatório¹⁴⁶.

Outro ponto crucial da reforma foi a busca pela implementação de um julgamento público, sob o crivo do contraditório, no qual as partes teriam de apresentar as provas e argumentos em um debate oral e imediato. Assim, buscou-se romper com o modelo de processo penal burocrático, escrito e sigiloso.

Da mesma forma, instituto presente e visto como essencial pelo movimento reformista foi o do juiz de garantias, cuja função, como visto, é a de garantir, desde o momento que precede a fase processual, a eficácia dos direitos fundamentais daqueles submetidos à persecução penal, bem como de preservar a imparcialidade e a originalidade cognitiva do juiz responsável pelo julgamento.

Neste capítulo, o que se busca é apresentar o resultado do movimento reformista que se instalou na América Latina e influenciou a reforma processual penal de diversos países. Adicionalmente, e com base nessa análise, é possível verificar e concluir que o sistema processual penal brasileiro permanece atrasado e com uma matriz inquisitória, bem como que o instituto do juiz de garantias é essencial para uma efetiva mudança de paradigma.

¹⁴⁴BINDER, Alberto M. **La nueva justicia penal de América Latina. Etapas y desarrollo del proceso de cambio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2019.

¹⁴⁵BINDER, Alberto M. **La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo**. In: VANEGAS, Farid Samir Benavides; BINDER, Alberto M.; BURBANO, Carolina Villadiego; GUARNIZO, Catalina Niño (Coord.). *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*. Bogotá: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016. p. 509-510.

¹⁴⁶MOREIRA, Rômulo de Andrade. *As Reformas Processuais Penais na América Latina – A visão de Alberto Binder*. **ADV – Advocacia Dinâmica – Boletim Informativo**. Fascículo Semanal n. 04, p. 42, 2019.

É importante destacar que a percepção da necessidade de uma ampla reforma processual não era algo novo. Em 1957 foi criado o Instituto Ibero-Americano de Direito Processual para reunir pesquisadores de direito processual da América Latina, Portugal e Espanha. Já nesse momento foi sugerida a criação de um modelo de código de processo penal para os países da Ibero-América, com a finalidade de contribuir para a integração econômica e política da região.

Ante o exposto, a análise da temática neste capítulo final se inicia pelo resultado dos estudos que culminaram com a elaboração desse Código Modelo de Processo Penal. Em seguida, analisa-se o resultado da reforma processual em alguns países que foram exemplo na implementação de um sistema acusatório.

Importante destacar ainda que, apesar da necessidade de apresentar os contornos gerais dos códigos de processo penal modernos desses países, a análise é direcionada ao juiz de garantias e à implementação de um modelo que garanta a separação de funções e a imparcialidade do julgador.

3.1 O Código Modelo de Processo Penal para a Ibero-América

O responsável pela ideia inicial de um código modelo foi Niceto Alcalá Zamora y Castillo, primeiro presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Na época, Alcalá desejava que o Código de Córdoba de 1939 fosse a principal fonte do modelo, porque, na sua opinião, seria um dos melhores códigos do mundo ao ter conseguido integrar o espírito dos códigos espanhol, alemão e italiano. Dessa forma, Alfredo Vélez Mariconde e Clariá Olmedo foram designados para dar início aos trabalhos do projeto, tendo então este último apresentado em 1978, na sexta conferência do instituto, as bases para um código modelo.

Nessa mesma conferência foi designada uma comissão de juristas para continuar trabalhando no código, tendo Julio Maier como membro, juntamente com a professora Ada Pellegrini Grinover. Assim, em 1988, na décima primeira conferência do instituto, que ocorreu no Rio de Janeiro, Maier apresentou o Código de Processo Penal Modelo completo para a Ibero-América.

Quando o projeto final de Código Modelo de Processo Penal foi apresentado, a grande maioria dos países da América Latina ainda adotava a antiga legislação

notadamente inquisitiva, com procedimentos escritos, secretos e com um mesmo juiz responsável pela investigação, pela instrução e pela sentença, sendo ainda a prisão cautelar adotada como regra¹⁴⁷.

O código de processo modelo rompeu com a tradição inquisitória majoritária à época, passando a disseminar novas tendências no processo penal ibero-americano. Entre as principais inovações, destacam-se: (a) adoção do sistema acusatório, com clara separação das funções de acusar, de defender e de julgar; (b) extinção dos juizados de instrução; (c) atribuição da investigação prévia ao Ministério Público, com a intervenção de um juiz para as medidas cautelares; (d) proibição de anexação ao processo dos elementos probatórios colhidos durante a investigação, utilizados para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público; (e) criação de um processo público e oral, em contraditório; (f) criação de um procedimento ordinário, com uma etapa intermediária objetivando analisar o recebimento da acusação; (g) previsão da suspensão condicional do processo; (h) previsão de procedimentos abreviados; (i) supressão da apelação, sendo esta substituída pelo recurso de cassação e pela revisão *pro reo*; (j) tribunais integrados por elementos do povo; (k) adoção de vários mecanismos de seleção de casos, rompendo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal; (l) suspensão do processo em caso de revelia; (m) preocupação com a vítima e previsão de acordos reparatórios; (n) jurisdicionalização da execução; e (o) efetivação das garantias do devido processo legal.

O código modelo foi um grande divisor de águas na América Latina. As ideias que pareciam ser inovadoras foram disseminadas em diversos eventos para uma enorme quantidade de juristas. Assim, a cultura do processo penal passou a mudar, tendo esse código servido de fundamento para uma política reformadora que foi responsável pela evolução processual penal em quase todos os países latino-americanos, à exceção do Brasil. O modelo acusatório passou então a ser uma referência para todos aqueles que almejavam modernizar e democratizar a legislação processual penal¹⁴⁸. Passa-se agora então a analisar especificamente as principais inovações do código modelo.

¹⁴⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América: 10 anos depois. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 8, n. 30, p. 41-50, 2000.

¹⁴⁸BINDER, Alberto M. Entre la democracia y la exclusión: La lucha por la legalidad en una sociedad desigual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 8, n. 29. p. 11-26, 2000.

Logo no primeiro livro do código modelo são apresentados os princípios básicos do processo penal. O primeiro princípio é o do devido processo legal, que determina que ninguém poderá ser condenado ou penalizado antes de uma sentença obtida por um procedimento regular, com a observância dos seus direitos e garantias fundamentais¹⁴⁹.

Previsto ainda expressamente o princípio da imparcialidade, que determina que os julgamentos serão realizados por juízes imparciais e independentes dos poderes do Estado, apenas sujeitos à lei¹⁵⁰.

A presunção de inocência, por sua vez, também se encontra prevista em todas as suas vertentes. Dessa forma, os investigados e os acusados devem ser tratados como inocentes durante todo o processo, até o julgamento final; as disposições que restringem a liberdade devem ser interpretadas e aplicadas restritivamente; e a dúvida deve sempre favorecer o réu¹⁵¹.

O direito a ampla defesa é outro princípio expressamente previsto no código modelo. Cabe aqui ressaltar que o código determina que o direito de defesa deve ser observado em sua plenitude, tendo o imputado o direito de intervir em todos os atos do processo, inclusive durante a fase de investigação¹⁵².

¹⁴⁹1. Juicio previo. Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a una medida de seguridad y corrección, sino después de una sentencia firme, obtenida por un procedimiento regular, llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas, y de las facultades y los derechos del imputado.

¹⁵⁰2. Juez imparcial. El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales independientes de los poderes del Estado, sólo sometidos a la ley. La ejecución penal estará a cargo de un tribunal judicial. Por ninguna causa los restantes poderes del Estado podrán arrogarse el juzgamiento de causas pendientes o el restablecimiento de las ya terminadas por decisión firme. Nadie puede ser juzgado, condenado, penado o sometido a una medida de seguridad y corrección, sino por los tribunales designados por la ley antes del hecho de la causa.

¹⁵¹3. Tratamiento del imputado como inocente. El imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección. Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades. Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son las que este Código autoriza; tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionadas a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes. La duda favorece al imputado.

¹⁵²5. Defensa. Es inviolable la defensa en el procedimiento. Salvo las excepciones expresamente previstas en este código, el imputado tendrá derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba ya formular todas las instancias y observaciones que considere oportunas, sin perjuicio del ejercicio del poder disciplinario por la autoridad correspondiente, cuando perjudique el curso normal de los actos o del procedimiento; cuando esté privado de su libertad personal, podrá formular sus instancias y observaciones por intermedio del encargado de su custodia, quien las tramitará inmediatamente al tribunal de la causa o al ministerio público.

Desse modo, é possível perceber que o código modelo seguiu uma matriz principiologicamente conectada ao sistema acusatório. Entretanto, esse fato não é suficiente para a implementação de tal modelo se a estrutura processual não seguir tais princípios. Como visto, a Constituição brasileira adota princípios do sistema acusatório; contudo, o código de processo penal segue uma matriz inquisitória.

Antes de se analisar os principais dispositivos do código modelo, desenvolvidos com a finalidade de se estabelecer um processo penal acusatório na América Latina, é importante apresentar a divisão das fases do processo penal previstas nesse diploma legal. Cabe ainda consignar que o código modelo buscou simplificar o sistema processual, na medida em que estabeleceu apenas o procedimento comum e o procedimento abreviado, deixando de prever uma infinidade de procedimentos especiais, como ocorre no direito brasileiro.

O procedimento comum ordinário é dividido em três fases: (i) procedimento preparatório; (ii) procedimento intermediário; e (iii) juízo oral ou julgamento.

O procedimento preparatório diz respeito à fase investigatória, na qual o Ministério Público, juntamente com a polícia, deve buscar evidências de todos os fatos relevantes para a lei penal, bem como informações sobre a autoria do crime¹⁵³, já podendo o Ministério Público, nesse momento, requerer o arquivamento do processo quando não identificar elementos mínimos para a propositura da ação penal.

Destaque-se que já nessa fase pré-processual o código modelo determina que as medidas restritivas de direitos e eventuais provas antecipadas (artigo 258) serão autorizadas pelo juiz, mediante requerimento do Ministério Público, devendo o magistrado decidir de forma fundamentada (artigo 260). Nesse sentido, pode-se dizer que o código modelo estabeleceu as origens do juiz de garantias no processo penal da América Latina, na medida que determina que um juiz deve atuar, já na fase de investigação, para preservar os direitos e garantias fundamentais dos investigados, bem como para decidir sobre a admissibilidade da acusação (artigo 263).

Cabe lembrar ainda que, de acordo com o artigo 255, a investigação, em regra, é secreta para estranhos ao processo. Dessa forma, os atos só poderão ser examinados pelo investigado, juntamente com sua defesa, e demais pessoas que

¹⁵³250. Objeto de la investigación. En procura de la verdad, el ministerio público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal, y los partícipes en él, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan en su punibilidad, verificando también el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil.

tenham interesse específico na investigação. Ademais, todos os funcionários públicos que tenham contato com a investigação devem guardar sigilo, sob pena de responsabilização. Essa previsão, decorrente do princípio da presunção de inocência, é de extrema importância para evitar que os envolvidos tenham sua imagem e nome violados por ligação com uma investigação criminal ainda em andamento.

Outro aspecto importante do processo preparatório é a previsão de que o Ministério Público, juntamente com a polícia, deve proceder com as investigações com a maior celeridade possível. Dessa forma, segundo o artigo 262, passados seis meses da individualização dos investigados, quaisquer dos envolvidos podem requerer ao juiz que estabeleça um prazo razoável para a conclusão da investigação. Esse dispositivo tem o objetivo de garantir celeridade ao processo, bem como que o imputado não seja submetido a uma investigação por tempo irrazoável.

Uma vez terminada a investigação, o Ministério Público, tendo concluído pela existência de fundamentos para a realização do julgamento público, requererá a abertura da fase de instrução¹⁵⁴. Assim, passa a ter início o procedimento intermediário.

Essa fase do processo tem por objetivo comunicar o investigado e os demais envolvidos da acusação formulada, bem como das provas a serem produzidas durante eventual julgamento¹⁵⁵. Dessa forma, essa fase possibilita não só a participação do investigado, mas também do querelante (que também tem meios de participar da fase de investigação), que poderá eventualmente aderir à acusação, inclusive indicando outros meios de prova não requeridos pelo Ministério Público.

Importante destacar que nessa fase, além da análise da admissibilidade da acusação, serão apreciados eventuais vícios formais, exceções e oposições. Adicionalmente, caberá ainda ao juiz, inclusive de ofício, nos termos do artigo 275, verificar a necessidade de manutenção da prisão preventiva ou de outras medidas coercitivas.

Na fase intermediária, nos termos do artigo 278, o juiz deve ainda verificar a possibilidade de absolvição antecipada, quando não existir elementos suficientes para

¹⁵⁴263. Acusación. Cuando el ministerio público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, requerirá por escrito al tribunal la decisión de apertura del juicio.

¹⁵⁵267. Comunicación. El tribunal ordenará la notificación del requerimiento del ministerio público al imputado y a las demás personas que hayan pretendido, con éxito o sin él, intervención en el procedimiento, con copia del escrito, colocando las actuaciones y los medios de prueba a su disposición en el tribunal, para su consulta, por el plazo de seis días, comunes para todos los intervinientes.

aplicação de sanção ou quando inexistir elementos de prova suficientes para a abertura do julgamento. Ademais, havendo a absolvição antecipada, deve o investigado ser prontamente posto em liberdade, bem como ser revogadas eventuais medidas cautelares.

Uma vez aceita a acusação pelo juiz, abre-se a terceira fase do processo, a qual consiste na instrução e julgamento do acusado em um processo público e oral. Importante destacar que nessa fase, em regra, toda a prova é produzida em uma audiência única, na qual é garantido o contraditório e a ampla defesa, sendo a sentença, nos termos do artigo 319, proferida imediatamente após os debates.

Agora que foram verificadas as fases do processo ordinário previsto no código modelo para a Ibero-América, passa-se a analisar os principais dispositivos que demonstram as inovações por ele trazidas, bem como sua adesão ao modelo acusatório.

Um primeiro aspecto que evidencia sua matriz acusatória é a fixação das funções e competências do Ministério Público e da polícia. Segundo dispõe o artigo 68, ao Ministério Público compete o exercício da persecução penal, devendo este praticar todos os atos necessários ao cumprimento dessa finalidade, sendo ainda encarregado especificamente do procedimento preparatório (investigatório), dirigindo a polícia em sua função judicial. Da mesma forma, o artigo 229 determina que a persecução penal deve ser promovida pelo Ministério Público, com o auxílio da polícia, sem qualquer interferência externa.

À polícia, por sua vez, incumbe, de ofício ou mediante ordem do Ministério Público, investigar os fatos puníveis, impedir que os crimes, consumados ou tentados, tenham suas consequências agravadas, e identificar os culpados, reunindo provas úteis para fundamentar uma acusação ou a absolvição antecipada¹⁵⁶. Cabe aqui ainda consignar que há previsão expressa de que os funcionários da polícia são auxiliares do Ministério Público durante o procedimento preparatório.

Nota-se assim que o código modelo traça uma clara divisão de funções, sendo o Ministério Público e a polícia, eventualmente com o auxílio do querelante, os

¹⁵⁶73. Función. La policía, por iniciativa propia, en virtud de una denuncia o por orden del ministerio público, deberá investigar los hechos punibles perseguibles de oficio, impedir que los tentados o cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir los elementos de prueba útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento (absolución anticipada). Si el hecho punible dependiese para su persecución de una instancia particular o de una autorización estatal, regirán las reglas del art. 229. Los funcionarios policiales serán auxiliares del ministerio público para llevar a cabo el procedimiento preparatorio.

responsáveis exclusivos pela investigação, acusação e instrução processual. Importante consignar, como se vê a seguir, que o órgão julgador possui algumas possibilidades de atuar de ofício. Entretanto, estas apresentam-se como situações excepcionais, apenas com a finalidade de complementar a prova da acusação e da defesa.

Outro aspecto importante da atuação do Ministério Público é a previsão expressa do princípio da oportunidade. Dessa forma, nos casos em que a lei permitir, o órgão da acusação poderá decidir sobre a continuidade do processo. Essa previsão tem a finalidade de evitar a ação penal temerária.

Por fim, cabe ainda consignar a existência de previsão expressa no artigo 232 de que o Ministério Público é obrigado a promover a investigação não só buscando elementos para a acusação, mas também para a absolvição do investigado. Adicionalmente, o artigo 257 prevê expressamente a possibilidade de o Ministério Público permitir a assistência do acusado e de seus defensores nos atos do processo preparatório (investigatório). Essas previsões evidenciam que o Ministério Público deve agir como fiscal da lei, buscando garantir os interesses da sociedade, inclusive os do próprio investigado, representando assim o rompimento com a noção de um processo penal inquisitório opressor.

Aspecto extremamente importante do código modelo foi a formulação de um sistema processual penal baseado na publicidade, na imediação e, principalmente, na oralidade. Como visto anteriormente, essas características são essenciais para a fixação de um sistema acusatório, em oposição ao inquisitório, que é marcado pela burocracia e pelo segredo dos atos¹⁵⁷.

O julgamento, realizado na terceira fase do processo (julgamento ou “juicio”), segue a imediação; ou seja, os debates devem ocorrer de forma ininterrupta com a presença de todas as partes envolvidas e seus representantes, do Ministério Público e dos responsáveis por proferir a sentença¹⁵⁸.

O debate ainda, nos termos do artigo 293, será público, podendo o tribunal determinar que seja realizado a portas fechadas apenas em situações excepcionais,

¹⁵⁷CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Quem é o juiz que aplica a pena?. In: CASARA, Rubens R. R.; LIMA, Joel Corrêa de. **Temas para uma perspectiva crítica do direito: Homenagem ao professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2012. p. 596.

¹⁵⁸291. Inmediación. El debate se realizará con la presencia ininterrumpida de las personas llamadas a dictar la sentencia, del ministerio público, del imputado, su defensor y los demás intervinientes o sus mandatarios.

como quando a publicidade afetar a parcialidade dos envolvidos e houver grave risco à ordem pública e à segurança das partes. Nesse sentido, a publicidade é a regra do julgamento. Segundo dispõe Julio Maier¹⁵⁹:

El principal pilar del edificio del procedimiento penal en el Código modelo y de la transformación del enjuiciamiento es, sin duda, el juicio público y, anexo a él, el intento de lograr que él sea decidido por jueces colocados en la mejor situación de imparcialidad posible.

Juicio público no sólo quiere significar justicia de puertas abiertas para los ciudadanos, sino, antes bien, básicamente, enfrentamiento de acusador y acusado ante los jueces que lo decidirán, únicos habilitados para dictar la sentencia, y desarrollo de todo el procedimiento útil para decidir en una audiencia continua, en la que sus protagonistas y los órganos de prueba se comuniquen en forma oral y directa. Juicio público no ha significado siempre "justicia de todos", en el sentido de la participación de ciudadanos en la integración de los tribunales que administran justicia, pero, sin duda, su significado tiende a ello.

Da mesma forma, nos termos do artigo 299, o debate será oral. Assim, todas as provas indicadas pela acusação e pela defesa (testemunhas, peritos, interrogatório etc.) serão produzidas oralmente durante o julgamento. Até mesmo os documentos deverão ser lidos e exibidos durante o debate.

A regra da oralidade prevista no código modelo é essencial para garantir que os indícios produzidos durante a primeira fase, na qual o Ministério Público forma sua *opinio delicti* para o oferecimento da acusação, não serão apresentados no julgamento. Toda prova deve ser produzida oralmente, garantindo que o órgão julgador não será contaminado por elementos produzidos durante a investigação.

Importante destacar que há previsão de algumas exceções, sendo permitidas a apresentação e a leitura de atas e pareceres com a concordância de todas as partes; de depoimentos de testemunhas falecidas ou ausentes; e a leitura do resultado de algumas diligências¹⁶⁰. Entretanto, apesar dessas exceções, a regra é a produção da

¹⁵⁹MAIER, Julio B. J. Las Nuevas Tendencias Del Proceso Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 4, n. 16. p. 77-85, 1996.

¹⁶⁰300. Lectura. Sólo podrán ser incorporados por su lectura: 1) las actas o dictámenes, cuando todos los intervinientes presten conformidad al ordenarse la recepción de la prueba o lo consientan durante el debate, con la aquiescencia del tribunal; 2) las declaraciones anteriores de testigos o del imputado, cuando sea necesario ayudar la memoria de quien declara o para demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate y solicitar las aclaraciones pertinentes; 3) las declaraciones de testigos que hayan fallecido, estén ausentes del país, se ignore su residencia o que por cualquier obstáculo difícil de superar no puedan declarar en el debate, siempre que esas declaraciones se hayan recibido conforme a las reglas de los actos definitivos o irreproducibles o de la instrucción suplementaria; 4) las declaraciones o dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe, cuando el acto se haya producido por escrito, según una autorización legal; 5) los dictámenes periciales, siempre que hayan sido cumplidos conforme a las reglas de los actos definitivos e irreproducibles o de la instrucción suplementaria y a salvo la facultad de los intervinientes o del tribunal de exigir la declaración del perito en el debate, 6) las declaraciones de imputados rebeldes o

prova no juízo oral, limitando o contato do juiz com elementos produzidos anteriormente.

Coroando o princípio da oralidade, o artigo 324 do código modelo determina que a sentença será proferida em nome do povo, e lida na presença de todos os presentes, sendo ainda entregues cópias aos participantes que as requeiram.

A previsão da oralidade em todas as fases processuais, especialmente no julgamento, foi uma das características do código modelo que mais influenciou a reforma processual na América Latina. Segundo Binder¹⁶¹:

Los Códigos Procesales de segunda generación o las reformas que se introducen en los de primera generación, obligan a que todo el relacionamiento entre las partes, tanto en la etapa preparatoria, en el control de la acusación, en las impugnaciones, en la ejecución de la pena y, por supuesto, en el juicio central se lleve adelante mediante un litigio oral y público.

Outro aspecto do código modelo que deve ser abordado é a atuação do juiz. O diploma dispõe expressamente que as decisões serão proferidas por juízes imparciais. Apesar dessa disposição, são previstas algumas hipóteses em que o juiz pode agir de ofício durante a instrução probatória.

O artigo 147 prevê que, durante o julgamento, e em determinadas situações excepcionais¹⁶², o juiz poderá atuar de ofício para incluir provas não oferecidas pelas partes. Já o artigo 385 permite ao juiz determinar de ofício a produção de prova antecipada, quando, por algum motivo, esta não puder ser produzida durante o julgamento ou quando houver risco de sua perda. Da mesma forma, os artigos 289, 316 e 317 permitem que, de ofício, o juiz ordene a inclusão de outros meios de prova que se mostrarem indispensáveis ou úteis para esclarecer a verdade.

É importante lembrar a crítica que se faz à busca da verdade real e da atuação de ofício do órgão julgador na instrução probatória. Segundo James Goldschmidt¹⁶³:

condenados como partícipes del hecho punible objeto del debate; 7) la denuncia, l aprueba documental o de informes, y las actas de inspección, registro domiciliario, requisa personal, secuestro y los reconocimientos a que el testigo aludiere en su declaración durante el debate.

¹⁶¹BINDER, 2016, p. 86.

¹⁶²147. Objetividad, investigación judicial autónoma. Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el ministerio público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de los arts. 232, 250 y 272, párr. I. Durante el juicio, los tribunales sólo podrán proceder de oficio a la incorporación de prueba no ofrecida por los intervinientes en las oportunidades y bajo las condiciones que fijan los arts. 285, 289, 316, 317 y 320.

¹⁶³GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, Derecho Penal y Proceso I. Problemas fundamentales del Derecho**. Barcelona: Bosch, 1935. p. 780.

El otro camino para llegar a la verdad y a la justicia, es que el juez encargado de la jurisdicción penal se limite al fallo de las solicitudes interpuestas y del material producido dejando la interposición de las solicitudes y la recogida del material a aquellos que, persiguiendo intereses opuestos, se representan como partes. El procedimiento penal se convierte de este modo en un litigio, y el examen del procesado no tiene otra significación que la de otorgar audiencia. Esta configuración del proceso, es decir, la aplicación del principio dispositivo o de instancia de parte al procedimiento criminal, es la *acusatoria*. Parte del enfoque de que el mejor medio para averiguar la verdad y verificar la justicia, es dejar la invocación del juez y la recogida del material procesal a aquellos que persiguen intereses opuestos y sostienen opiniones divergentes; pero descargando de esta tarea al que ha de fallar el asunto y garantizando de este modo su imparcialidad. Al mismo tiempo se manifiesta de esta manera el respeto de la dignidad del procesado como ciudadano. Al contrario, esta configuración del proceso ha de resignarse a las consecuencias de una actividad incompleta de las partes y ha de reconocer también el material defectuoso como base de la decisión. A los peligros que de esto nacen se previene por medio de la institución de la abogacía, por la parte acusadora especialmente la de la Fiscalía, y por la del procesado, la de defensa.

Dessa forma, apesar de criticáveis tais dispositivos do código modelo, por garantirem poderes instrutórios ao órgão julgador, é preciso verificar em que condições essas prerrogativas são concedidas.

É verdade que o sistema acusatório preza pela separação de funções, e permitir que o juiz atue ativamente na produção probatória pode interferir nessa divisão.

Viu-se no Capítulo 01, ao se distinguir o “*adversarial system*” do “*inquisitorial system*”, que este último pode aderir ao modelo acusatório ou ao inquisitório, conforme bem analisado por Ada Pellegrini Grinover¹⁶⁴. Assim, o sistema poderia fundar-se no “*inquisitorial system*”, que, para alguns, permite a atuação de ofício do magistrado em determinadas situações, ainda que seguindo uma matriz fundada no modelo acusatório.

Mesmo discordando em certo grau de que em um modelo acusatório, ainda que fundado no “*inquisitorial system*”, o juiz tenha meios de agir livremente na instrução probatória¹⁶⁵, é preciso verificar em que condições o código modelo permitiu essa interferência.

Inicialmente, nesse código a atuação de ofício do juiz só é permitida para oferecer provas que não foram incorporadas pelas partes, devendo, em regra, ser todos informados de tal decisão. Adicionalmente, a atuação de ofício do magistrado é

¹⁶⁴GRINOVER, 1999, p. 71-79.

¹⁶⁵Apesar da influência do Código de Processo Penal Modelo para a Ibero-América, muitos países, a exemplo do Chile, que por ele foram influenciados e seguiram sua linha acusatória, restringiram drasticamente a possibilidade de atuação de ofício do órgão julgador.

permitida apenas na fase de instrução processual, ou seja, após o recebimento da acusação. Assim, o código modelo rechaça a figura do juiz inquisidor, que atua diretamente na investigação e na busca de indícios e elementos de prova.

A realidade é que o sistema acusatório deve sempre prezar pela atuação passiva do juiz, impedindo que este venha a interferir na investigação e na produção de provas. Ao juiz só deve ser permitido atuar para garantir os direitos fundamentais dos envolvidos, especialmente do acusado. Confirmando a necessidade de limitação da atuação de ofício do magistrado, Gustavo Grandinetti¹⁶⁶ assim dispõe:

Há vários modelos adversariais. O que lhes são comum e essencial são o contraditório das partes e um juiz que lhes seja indiferente. Para isso, o modelo adversarial considerado puro propõe um juiz absolutamente passivo. Ocorre que, num sistema em que sobreleva a importância dos direitos fundamentais, impõe-se um limite a essa indiferença: a observância desses direitos, porque uma das partes, a acusada, é que sofre o peso do poder sancionatório do Estado. Daí que o modelo adversarial não pode impedir que o juiz analise, de ofício, a legalidade da prisão, a legalidade das provas que serão apresentadas no momento do julgamento, nem inibir que o juiz exija a observação de prazos para o encerramento da investigação e também da ação penal, ou que determine à parte acusadora esclarecer à parte contrária o conteúdo da investigação, ou aclarar os elementos essenciais da imputação. Do mesmo modo, não impede que o juiz declare o acusado indefeso e lhe nomeie outro defensor. Isso porque ao juiz incumbe zelar pelos direitos fundamentais do acusado.

Apesar da liberdade conferida ao juiz na instrução probatória, o código modelo, de maneira oposta ao previsto nos antigos códigos de processo penal da América Latina e no atual código de processo penal brasileiro, estabelece uma estrutura que impede sua atuação em conjunto com qualquer das partes, em especial a acusação.

É preciso destacar ainda que, apesar de estabelecer as origens do juiz de garantias, na medida que determina a atuação do magistrado na preservação dos direitos dos investigados já na fase pré-processual, o código modelo não prevê expressamente a figura de um juiz responsável exclusivamente pela investigação e pela admissibilidade da acusação. Assim, eventuais medidas cautelares (como busca e apreensão, prisão etc.), que demandam autorização judicial, devem ser analisadas pelo juiz da instrução (“juez de la instrucción”), o que pode vir a contaminar, de alguma maneira, sua imparcialidade durante a fase de julgamento. Até mesmo porque a imparcialidade não é comprometida somente pela atividade de reunir a prova ou pelo contato com a investigação, mas também por eventuais prejulgamentos realizados ao

¹⁶⁶CARVALHO, 2022, p. 145-146.

longo do processo (ex.: decisão sobre a prisão preventiva ou sobre a produção antecipada de provas).

Na opinião de Jacinto Nelson Miranda Coutinho¹⁶⁷, a visão tradicional do processo penal entende que há uma relação triangular, com três sujeitos envolvidos: autor (acusação), juiz e réu. O juiz seria, segundo essa visão, sujeito desinteressado, imparcial e neutro. Entretanto, para esse autor, é preciso perceber que o juiz não pode ser visto como um semideus, estando, de uma forma ou de outra, sujeito “à história de sua sociedade e à sua própria história”, inclusive sendo influenciado pelas suas próprias decisões.

A importância da criação de um juiz responsável pela investigação está exatamente na busca por impedir que o juiz da instrução sofra qualquer influência em virtude de decisões já proferidas anteriormente. Entretanto, como se vê a seguir, essa omissão do código modelo foi corrigida nos diversos códigos de processo penal editados em diferentes países da América Latina.

Outro ponto relevante do código modelo é a sua sistemática recursal, que foi extremamente simplificada. Em regra, contra a sentença, caberão apenas o recurso de cassação e a revisão criminal.

O recurso de cassação, que substituiu a apelação, em regra somente poderá ser interposto na hipótese da incorreta aplicação do direito e de eventual nulidade¹⁶⁸. Dessa forma, no recurso de cassação não se discutem os fatos, apenas questões exclusivamente jurídicas.

Quanto a esse aspecto, seria possível criticar eventual violação ao direito de recorrer do acusado, em razão do sistema de instância única para julgamento dos fatos. Entretanto, esse modelo recursal tem uma justificativa plausível.

Como visto, toda a prova é produzida em juízo, em um processo público e oral, devendo o órgão julgador proferir sua sentença, após deliberação, imediatamente depois da colheita da prova. Adicionalmente, o código modelo se inclina e recomenda uma integração colegiada dos tribunais de primeira instância. Assim, a análise e

¹⁶⁷COUTINHO, Jacinto Nélon Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. **Empório do Direito**, 2015. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁶⁸342. Motivos. El recurso de casación sólo podrá ser fundado en que la sentencia se basa en la sentencia se basa en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal.

avaliação das provas seria realizada por um grupo de julgadores, como ocorre atualmente no Chile¹⁶⁹.

Desse modo, é possível perceber que a limitação do recurso de cassação a uma análise exclusivamente jurídica da sentença tem plena consonância com a estrutura acusatória que impõe um julgamento público e oral. Afinal, é evidente que o juiz que teve contato direto com a prova, produzida oralmente sob sua supervisão, detém melhor condição do que qualquer outro para analisar os fatos ali apresentados.

Não é razoável permitir que outro órgão julgador, seja ele singular ou colegiado, decida sobre fatos, quando nem sequer teve contato direto com a prova que, em juízo, buscava reconstituí-los. Assim, a sistemática do recurso de cassação intenta preservar a análise por aquele que teve contato direto com os elementos de prova.

O outro “recurso” previsto é a revisão criminal. Esta, nos termos do artigo 361, poderá ser proposta contra a sentença penal condenatória transitada em julgado, quando novos fatos ou provas possam fundamentar a absolvição do acusado ou a redução de sua pena.

Não há assim que se falar em violação ao direito de recorrer do acusado, pois este dispõe de meios para impugnar a sentença proferida pelo juízo de primeira instância. Entretanto, o código modelo busca consolidar um sistema acusatório no qual o juiz que teve contato direto com a prova é o único responsável por analisar os fatos, reforçando os princípios da imediação, da publicidade e da oralidade.

Vale mencionar ainda a importância da vítima para o sistema previsto no código modelo. Esta deixou de ser apenas um meio de prova (através de seu depoimento), para ser objeto de proteção e reparação. Desse modo, o código prevê a possibilidade de intervenção da vítima em todas as fases do processo, desde a investigação até o julgamento final. Da mesma forma, prevê expressamente, nos artigos 87 e seguintes, a possibilidade de esta propor ação privada com a finalidade de reparação dos danos decorrentes da prática do delito.

Destaque-se ainda que uma característica do sistema proposto pelo código modelo é a seletividade. Dessa forma, foram criados meios de resolução antecipada dos conflitos na hipótese de crimes mais leves. Exemplo disso é a relativização da

¹⁶⁹Artículo 69 do Código Procesal Penal Chileno - Denominaciones. Salvo que se disponga expresamente lo contrario, cada vez que en este Código se hiciere referencia al juez, se entenderá que se alude al juez de garantía; si la referencia fuere al tribunal de juicio oral en lo penal, deberá entenderse hecha al tribunal colegiado encargado de conocer el juicio mencionado.

obrigatoriedade da ação penal, já tratada anteriormente, e da suspensão condicional do processo, prevista no artigo 231. Assim, evidencia-se que o direito penal deve se preocupar não apenas com a punição, mas também com a reparação da vítima e a reintegração social daqueles que hajam cometido atos ilícitos, reservado o encarceramento para os crimes mais graves.

Como é possível perceber, apesar de algumas críticas aqui aventadas, entre elas a falta de designação de um juiz para acompanhar a investigação e a concessão de poderes instrutórios ao magistrado, o código modelo apresentou um novo parâmetro para a América Latina. O procedimento foi simplificado, as funções de acusar, de defender e de julgar foram delimitadas, bem como foram implementados meios de estabelecer um sistema processual fundado no modelo acusatório. Agora é possível verificar como o código modelo foi capaz de influenciar a elaboração de outros códigos na América Latina como indicado acima. Passa-se então a análise da reforma processual penal que ocorreu no Chile, na Argentina e no Uruguai.

3.2 A Reforma Processual Penal Chilena

A reforma processual penal chilena teve início na década de 1990, sendo considerada uma referência para posteriores reformas em outros países da América Latina. Ponto de destaque dessa reforma foi a visão de que a elaboração de um novo código de processual penal e a melhoria do sistema de justiça deveriam ser encaradas como uma verdadeira política pública. Da mesma forma, a reforma teve como ênfase a proteção dos direitos dos investigados e dos interesses das vítimas, por meio da criação de um sistema de audiências, bem como o treinamento dos operadores do direito para um sistema de gestão orientado pela eficiência.

O processo de reforma no Chile surgiu em um momento de retorno da democracia, após a ditadura militar de Augusto Pinochet. Assim, buscou-se reformar o sistema de justiça criminal, fundado na mentalidade inquisitória, para que este se adequasse aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o país era signatário.

O resultado do movimento de reforma foi a promulgação do novo código de processo penal chileno, instituído através da Lei 19.696, de 12 outubro de 2000.

Importante destacar que também foi instituído o novo Ministério Público, através da Lei 19.640; foram criados os juzgados de garantías e os tribunais de juízo oral, por meio da Lei 19.665; e foi criada ainda a defensoria pública criminal, através da Lei 19.718.

Um aspecto importante da reforma chilena foi o seu cronograma de implementação. No Chile o novo código entrou em vigor em 16 de dezembro de 2000 nas regiões de Coquimbo e La Araucanía e somente em 2005 entrou em vigência na região metropolitana de Santiago. Assim, apenas cinco anos depois de sua entrada em vigor, o novo código passou a ser aplicado em todo o território do nacional.

A reforma no Chile teve a finalidade de implementar um sistema processual penal acusatório, fundado nos princípios da oralidade, do contraditório, da oficialidade, da legalidade e da oportunidade, sofrendo, no início, grande resistência, como no Brasil, do próprio Poder Judiciário. Como afirmam María Horvitz e Julián López¹⁷⁰:

El Poder Judicial resistió inicialmente con mucha fuerza esta situación, pues percibía como una pérdida de poder el traslado de la función de investigar desde los jueces del crimen a los fiscales. Prefería el modelo del juez instructor de los sistemas inquisitivos mixtos, con el argumento que Chile no estaba preparado para un cambio tan radical, “que dejaba fuera nuestra tradición”.

O novo código chileno teve como principal fonte de inspiração o Código Modelo para a Ibero-América. Assim, previu expressamente diversas garantias dos acusados, como o direito a um juiz independente e imparcial; o direito a ampla defesa; o direito a um julgamento em prazo razoável; a presunção de inocência; o direito a um julgamento público e oral; e o direito a uma sentença fundamentada. Destaque-se que essas garantias desenvolvem-se em um processo no qual quase todos os atos realizam-se em audiências públicas.

É importante sublinhar ainda que, inicialmente, a reforma não abandonou completamente todas as marcas do processo inquisitório. Entretanto, estabeleceu as bases para um processo acusatório que se consolidou à medida que suas diretrizes incorporaram-se aos sistemas jurídico, político e, até mesmo, cultural, sendo estas duas últimas dimensões essenciais para a efetiva transformação do sistema chileno.

Não há como implementar um processo acusatório sem que a sociedade abandone a mentalidade inquisitória. Binder¹⁷¹ afirma que a reforma judicial na

¹⁷⁰LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. **Derecho Procesal Penal chileno**. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 22.

¹⁷¹BINDER, Alberto M. Transformación de la justicia penal y Constitución: del programa político al programa científico. In: MORALES, Felipe Gonzalez. (Ed.). Primer congreso nacional sobre la reforma

América Latina deve ser vista "como un intento de crítica radical a las estructuras judiciales heredadas del sistema inquisitivo y a la cultura judicial y jurídica gestada alrededor de este modelo judicial" que "ha calado tan profundamente en la formación jurídica moderna que actualmente es el principal obstáculo para todo proceso de cambio".

Desse modo, como aconteceu no Chile, o sucesso da reforma processual penal, invariavelmente, depende da capacidade de aprofundamento democrático da estrutura política e da efetiva implementação de uma cultura jurídica acusatória. É preciso perceber que o sistema sempre se mostra avesso à mudança, sendo essencial para uma reforma eficiente a reestruturação das instituições e a reeducação dos agentes envolvidos. Nesse sentido dispõe Binder¹⁷²:

En el proceso de implementación, se trata, entonces, de desarrollar una contracultura. Si en la actual configuración de la justicia penal la cultura dominante es la inquisitorial. La nueva cultura adversarial se presenta como una contracultura que busca desplazarla. En este sentido no le alcanza al nuevo sistema que exista una subcultura adversarial, es decir, que algunos jueces y abogados actúen según las reglas adversariales sino que debe buscar que todo el sistema actúe conforme a esas reglas. La nueva cultura adversarial debe ser con el tiempo la nueva cultura dominante.

Da mesma forma como foi feito com o código de processo penal modelo para a Ibero-América, iniciar-se-á o estudo do código de processo penal chileno pela análise dos princípios e garantias fundamentais nele previstos por serem a base do processo acusatório e uma das grandes preocupações do movimento de reforma. Afinal, segundo María Horvitz e Julián López¹⁷³:

Uno de los objetivos centrales de la reforma procesal penal chilena es la adecuación del sistema procesal penal a las exigencias de un Estado democrático. En particular, la preocupación fundamental que se expresa en el origen del proceso de reforma dice relación con la obvia inconsistencia existente entre el sistema procesal penal chileno vigente a esa época, y las garantías individuales reconocidas en los tratados internacionales ratificados por Chile.

(...)

Resulta indispensable, entonces, que antes de introducirnos en el estudio de la normativa que rige el procedimiento penal chileno instaurado por el proceso de reforma revisemos, en términos generales, cuáles son los principios y garantías que el sistema reconoce y consagra.

del proceso penal. **Cuadernos de Análisis Jurídico**, n. 39, Santiago: Universidad Diego Portales, 1998. p. 21-22.

¹⁷²BINDER, Alberto M. El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coord.). **Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay**. Montevideo: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008. p. 14.

¹⁷³LENNON; MASLE, 2002, p. 31-32.

De início, previsto o princípio do devido processo legal¹⁷⁴, que determina que ninguém pode ser condenado ou punido, nem submetido a qualquer medida de segurança, salvo em virtude de sentença fundamentada, proferida por tribunal imparcial. Adicionalmente, esse dispositivo prevê que toda pessoa tem direito a um julgamento prévio, oral e público. Assim, dessa previsão decorrem, segundo Julio Maier¹⁷⁵, a exigência de uma sentença judicial condenatória, como fundamento para aplicação da pena (*nulla poena sine iudicio*), e o direito a um processo legal prévio (*nulla poena sine processu*).

Previsto também o princípio da presunção de inocência¹⁷⁶, segundo o qual ninguém será considerado culpado, nem tratado como tal, sem uma prévia sentença condenatória firme. O direito à presunção de inocência foi uma das grandes bandeiras da reforma liberal contra o sistema inquisitivo, tendo no Chile amparo constitucional, em razão de estar incorporado aos tratados internacionais pelo país ratificados, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que dispõe em seu artigo 8º que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Para Binder¹⁷⁷, o princípio da presunção de inocência no processo acusatório reflete “el status básico de un ciudadano sometido a proceso. El llega al proceso con un status que debe ser destruido y en ello reside la construcción de la culpabilidad”.

Da mesma forma, a garantia da ampla defesa¹⁷⁸ também possui previsão expressa, constituindo direito do acusado ser assistido desde a instauração do

¹⁷⁴Artículo 1º. Juicio previo y única persecución. Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal. La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho.

¹⁷⁵MAIER, 1989, p. 240-252.

¹⁷⁶Artículo 4º. Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.

¹⁷⁷BINDER, Alberto M. **Introducción al Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. p. 125.

¹⁷⁸Artículo 8º. Ámbito de la defensa. El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra. Todo imputado que carezca de abogado tendrá derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione uno. La designación del abogado la efectuará el juez antes de que tenga lugar la primera actuación judicial del procedimiento que requiera la presencia de dicho imputado.

El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código.

processo, podendo intervir em todos os atos. Vale destacar que para Vicente Gimeno¹⁷⁹ a ampla defesa consiste no:

"Derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente."

Assim, entende-se que o direito a ampla defesa, no processo penal chileno, é garantia que deve ser observada em todas as fases processuais, inclusive durante a investigação.

Além desses princípios, diversos outros são previstos no código de processo penal chileno que evidenciam seu viés acusatório, como o princípio da oficialidade, o da legalidade, o da imparcialidade, o do juiz natural etc. Agora que já foram vistos alguns dos mais relevantes princípios, passa-se a analisar como se desenvolvem os atos processuais.

O sistema processual penal chileno reformado, de forma similar ao previsto no código modelo, divide-se essencialmente em três grandes etapas na primeira instância: (i) etapa de investigação; (ii) etapa intermediária (de preparação do juízo oral); e (iii) etapa de juízo oral (ou julgamento).

A primeira etapa tem a finalidade de permitir que o Ministério Público venha a angariar elementos necessários para eventual oferecimento da ação penal. Essa fase pode ser iniciada de ofício pelo Ministério Público, mediante uma denúncia¹⁸⁰ ou por meio de querela (pela vítima ou seu representante legal), havendo previsão expressa de que qualquer pessoa tem a faculdade de comunicar ao Ministério Público o conhecimento de uma prática que caracterize infração penal¹⁸¹. Como bem descrevem María Horvitz e Julián López¹⁸²:

La etapa de investigación preparatoria consiste, como su nombre lo indica, en la indagación preliminar, por parte del ministerio público y la policía, de los hechos denunciados que revistan caracteres de delito. Su función principal es la recolección de antecedentes probatorios que permitan fundamentar la formulación de una acusación en contra de una persona por un delito determinado.

¹⁷⁹GIMENO, Vicente Sendra; CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derecho Procesal Penal**. Madrid: Colex, 1996. p. 68.

¹⁸⁰Artículo 172. Formas de inicio. La investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito podrá iniciarse de oficio por el ministerio público, por denuncia o por querrela.

¹⁸¹Artículo 173. Denuncia. Cualquier persona podrá comunicar directamente al ministerio público el conocimiento que tuviere de la comisión de un hecho que revistiere caracteres de delito.

¹⁸²LENNON; MASLE, 2002, p. 443-444.

Oportuno destacar que a investigação será de responsabilidade do Ministério Público, podendo este realizar diretamente os atos necessários para angariar elementos que evidenciem a materialidade e a autoria do crime ou determinar o exercício dessa competência pela polícia investigativa¹⁸³. Assim, no novo sistema, a investigação deixa de estar nas mãos do juiz criminal, e passa a ser função do Ministério Público, sendo sua atividade controlada por um novo órgão judicial (juiz de garantias). Dessa forma, possível dizer que o sistema de investigação deixou de ser judicial para ser administrativo com controle judicial, pois constatou-se que a atribuição da função investigativa aos juízes compromete inexoravelmente sua imparcialidade.

Previsão do código chileno semelhante à do código modelo é a regra do sigilo das investigações. Nos termos do artigo 182, em regra as diligências investigativas realizadas pelo Ministério Público e pela polícia serão sigilosas em relação a terceiros estranhos ao processo. Esse dispositivo tem a finalidade de preservar os direitos dos envolvidos. Desse modo, em regra, é garantido apenas ao investigado, à sua defesa e aos demais interessados diretos o acesso às evidências e aos documentos colhidos durante a investigação.

O código chileno, seguindo a linha acusatória, garante ainda, no artigo 183, a participação na investigação do imputado e dos demais interessados, que têm a faculdade de requerer diligências que considerem úteis para o esclarecimento dos fatos, podendo inclusive representar contra a autoridade que indeferir o pedido, apresentando seu requerimento ao juiz de garantias. Da mesma forma, o artigo 184 prevê que o Ministério Público, quando isso se mostrar útil, pode permitir a participação do imputado e dos demais interessados em determinadas diligências.

Vale ressaltar que há previsão expressa no sentido de que qualquer método de investigação que prejudique ou restrinja a liberdade de testemunhar do réu é absolutamente proibido. Da mesma maneira, não é permitido que o investigado seja submetido a qualquer tipo de coação, ameaça ou promessa, sendo vedado qualquer método que afete a sua memória ou capacidade de compreensão, como violência

¹⁸³Artículo 180. Investigación de los fiscales. Los fiscales dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos.

física, mental, tortura etc.¹⁸⁴ Desse modo, o código garante ao acusado o direito de permanecer calado e de não ser utilizado como fonte de informação.

Um dos principais pontos da fase investigatória é a formalização da investigação. Esta, conforme determina o artigo 229, tem a finalidade de comunicar ao imputado, na presença do juiz de garantias, a existência de uma investigação. Essa comunicação cumpre uma função garantista, pois tem a finalidade de informar ao investigado de maneira clara e específica os fatos a ele atribuídos e objeto de averiguação.

Antes da reforma, essa função era desempenhada pela acusação, contudo com uma diferença substancial, pois a comunicação da existência de uma investigação só era acompanhada de uma decisão jurisdicional quando decorrente de uma medida constritiva que obrigasse a intervenção do magistrado, como a prisão preventiva, por exemplo. Agora, com a previsão da formalização da acusação, os pedidos do Ministério Público que impliquem em alguma restrição são decididos pelo juiz de garantias, sendo assegurada uma prévia discussão pelas partes em audiência e nunca automaticamente.

A formalização da investigação constitui então um requisito necessário para certas ações, sendo exigido que o réu conheça com plenitude o conteúdo do que se busca investigar, para que possa exercer com eficiência seu direito de defesa.

Durante a audiência de formalização da acusação, nos termos do artigo 234, o juiz dará a palavra ao procurador para que exponha oralmente as acusações que apresentará contra o imputado e os pedidos que pretende fazer ao tribunal. Dessa forma, nesse ato o investigado tomará conhecimento de como o órgão de acusação pretende atuar.

Vale destacar ainda que qualquer pessoa que se considere afetada por uma investigação que não houver sido formalizada judicialmente pode requerer ao juiz de garantias que ordene ao Ministério Público que a informe sobre os fatos que lhe são

¹⁸⁴Artículo 195. Métodos prohibidos. Queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar.

En consecuencia, no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa. Sólo se admitirá la promesa de una ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal.

Se prohíbe, en consecuencia, todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos y la hipnosis.

atribuídos, podendo ainda o juiz fixar um prazo para que a investigação seja formalizada¹⁸⁵.

Aspecto relevante do processo de investigação, que decorre de inspiração do código modelo, é a existência de um prazo para sua conclusão. Nos termos do artigo 247, o Ministério Público tem o prazo de dois anos para encerrar a fase de investigação. Se, após decorrido esse prazo, o Ministério Público não declarar encerrada a investigação, o imputado pode requerer ao juiz de garantias para notificá-lo para que proceda com o encerramento, sob pena de arquivamento definitivo do processo. Nessa hipótese o juiz deve marcar uma audiência para resolver essa situação. Essa previsão coaduna-se com o princípio da celeridade processual e com a noção de que ninguém pode ser processado ou investigado por prazo indeterminado.

Como é possível perceber, o procedimento de investigação é pautado pela publicidade interna, tendo o investigado plena ciência do objeto da investigação. Adicionalmente, o Ministério Público é o responsável pela sua condução, não havendo qualquer interferência do órgão judicial, salvo para a garantia dos direitos do investigado. Ademais, a investigação é pautada pela oralidade, já havendo a previsão de audiências nessa fase, como a audiência de controle da prisão e a audiência de formalização da acusação. Oportuno ressaltar ainda o instituto do juiz de garantias, que é melhor analisado a seguir, responsável exclusivamente por atuar nessa etapa e na etapa intermediária.

A segunda etapa, de preparação do julgamento oral, pressupõe a formulação da acusação contra o investigado. A função dessa etapa é basicamente de controle pelo juiz de garantias dos requisitos formais da acusação e das provas oferecidas pelo Ministério Público. Assim, essa fase não constitui uma etapa de juízo negativo da acusação, não podendo o juiz de garantias rejeitá-la por razões fáticas ou jurídicas. Nesse sentido assim dispõem María Horvitz e Julián López¹⁸⁶:

Se contempla en forma expresa, en el Código Procesal Penal, una fase intermedia que separa la investigación preparatoria de la realización del juicio. Dicha etapa comienza con la formulación de la acusación y culmina con la resolución jurisdiccional de apertura del juicio oral. Pero a diferencia de la gran mayoría de los sistemas del mismo ámbito jurídico-cultural, la

¹⁸⁵Artículo 186. Control judicial anterior a la formalización de la investigación. Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación.

¹⁸⁶LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. **Derecho Procesal Penal chileno**. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 15.

etapa intermedia no cumple con la función de control negativo de la acusación que habitualmente se le asigna en la legislación comparada. En efecto, el control de la acusación es meramente formal y no sobre su mérito. Sólo abarca la corrección de los vicios formales de que ella pudiera adolecer, así como la resolución de todas aquellas incidencias que pudieran dilatar la realización ininterrumpida del juicio.

A razão para que a análise da acusação seja restrita aos seus requisitos formais reside no fato de que o legislador chileno optou por evitar a interferência do Poder Judiciário na função acusatória do Ministério Público.

Importante destacar que a fase intermediária pode ser dividida em duas. Em um primeiro momento, que se desenvolve por escrito, após encerrado o inquérito, o Ministério Público poderá requerer o arquivamento, apresentar a acusação ou requerer a continuidade das investigações. Em um segundo momento, na etapa oral, ocorre a audiência de preparação para o juízo oral.

Adicionalmente, nessa etapa são ainda analisados eventuais incidentes anteriores ao julgamento, bem como novamente a possibilidade de aplicação de métodos alternativos e despenalizadores, como a suspensão condicional do processo e os acordos reparatórios.

Assim, muitas das principais decisões de política processual penal passam pela fase intermediária, bem como a organização, controle e preparação do processo para o juízo oral. Nesse sentido dispõe Leonel Postigo¹⁸⁷:

En efecto, entiendo que aquí radica una de las áreas centrales de trabajo de un sistema procesal, puesto que consiste en el último filtro del procedimiento para arribar a un acuerdo o depurar la información que ingresará al juicio.

Apresentada a acusação por parte do Ministério Público ou pelo querelante, o juiz de garantias ordenará a notificação dos envolvidos e os convocará para audiência de preparação do juízo oral¹⁸⁸. Esse requisito emana do princípio acusatório, pois a propositura da ação penal depende exclusivamente de um órgão autônomo, não podendo o juiz atuar de ofício. Como leciona Gustavo Grandinetti e Bruno Milanez¹⁸⁹:

¹⁸⁷POSTIGO, Leonel González. La etapa intermedia en el sistema adversarial de Uruguay. Del saneamiento formal al control sustancial de la acusación. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coord.). **Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay**. Montevideo: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008. p. 179.

¹⁸⁸Artículo 260. Citación a la audiencia. Presentada la acusación, el juez de garantía ordenará su notificación a todos los intervinientes y citará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la audiencia de preparación del juicio oral, la que deberá tener lugar en un plazo no inferior a veinticinco ni superior a treinta y cinco días. Al acusado se le entregará la copia de la acusación, en la que se dejará constancia, además, del hecho de encontrarse a su disposición, en el tribunal, los antecedentes acumulados durante la investigación.

¹⁸⁹CARVALHO; MILANEZ, 2020, p. 99.

Na audiência de preparação do julgamento, o promotor deduz a acusação escrita, mas oralmente, e especifica as provas que pretende utilizar. A defesa é ouvida sobre a acusação e igualmente especifica as suas provas. Nenhum documento escrito é apresentado ao juiz, mas a defesa tem direito de conhecer o que o MP apurou. Ao final da audiência o juiz defere ou indefere as provas pretendidas pelas partes e dita o auto de abertura do juízo oral, que será levado ao conhecimento dos julgadores em outra audiência, denominada juízo oral.

No mesmo sentido dispõem Jaime Arellano e Gonzalo Fibla¹⁹⁰:

En la audiencia de preparación de juicio oral se resuelven las cuestiones planteadas o formuladas en la sub-fase escrita de la etapa intermedia. Además, se verifican los presupuestos procesales necesarios para pasar al juicio oral, por lo cual tiene una finalidad depuradora de determinadas incidencias antes de entrar al juicio mismo. En concreto, los debates que se pueden sustanciar en esta audiencia son: la corrección de vicios formales, la conciliación de la responsabilidad civil, las excepciones de previo y especial pronunciamiento y la depuración del objeto del proceso. En este último caso mediante convenciones probatorias y el debate de exclusión de pruebas por manifiesta impertinencia de la prueba, prueba ilícita, hechos públicos o notorios y prueba testimonial y documental con fines puramente dilatorios.

A acusação deve conter de forma clara, precisa e detalhada os fatos que são imputados ao acusado, bem como sua qualificação jurídica. Essa exigência terá que ser observada para garantir o direito de defesa do imputado, devendo eventual vício ser sanado para que a acusação possa ser aceita.

Apesar da previsão de uma fase inicialmente escrita na preparação para o juízo oral, a audiência será pautada pela oralidade, não sendo permitida a apresentação de documentos escritos, conforme determina o artigo 263. Essa audiência constitui o marco central dessa etapa do procedimento, pois nela são cumpridas as funções que lhe são atribuídas em contraditório, estabelecendo-se os fatos e provas em que o julgamento será baseado. Dessa forma, a presença do promotor e do defensor durante esse ato é requisito de sua validade.

Durante a audiência o juiz de garantias examinará as provas oferecidas, excluindo as que forem manifestamente irrelevantes ao juízo oral, e, ao final, caso entenda pela regularidade da acusação, expedirá um despacho para determinar a abertura da fase de julgamento do processo. Assim, garante-se a qualidade das informações que serão apresentadas no debate a ser realizado no juízo oral. Nesse sentido leciona Leonel Postigo¹⁹¹:

¹⁹⁰ARELLANO, Jaime; FIBLA, Gonzalo. [s.t.]. In: FUCHS, Marie-Christine; FANDIÑO, Marco; POSTIGO, Leonel González. **La justicia penal adversarial en América Latina: Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Fundación Konrad Adenauer, 2018. p. 66.

¹⁹¹POSTIGO, Leonel González, 2008, p. 182.

Un segundo fundamento está dado por la necesidad de que los juicios se litiguen sobre la base de información de alta calidad. Es decir, no nos alcanza con que el sistema funcione eficientemente (esto es, se asignen los recursos para aquellos casos que los merezcan) pues, sumado a ello, requerimos que en esos determinados casos se eleven y cualifiquen los estándares de discusión.

Uma vez admitida a acusação, passa-se à etapa do juízo oral ou julgamento oral, que, no Chile, é realizado por um órgão colegiado já na primeira instância (artigo 69 do Código Procesal Penal Chileno). Esta constitui momento de especial importância no processo penal chileno, sendo marcada pela oralidade, pela continuidade, pela publicidade e pelo contraditório, o que confirma a adoção do sistema acusatório. Assim, dispõem María Horvitz e Julián López¹⁹²:

El juicio oral constituye la etapa central del nuevo procedimiento, regida por los principios de inmediación, oralidad, continuidad, publicidad, contradictoriedad y libre convicción del tribunal en relación a las pruebas producidas. El tribunal del juicio se encuentra integrado con al menos tres jueces letrados e imparciales, quienes deciden sobre la acusación formulada en base a las pruebas rendidas durante el juicio y a las alegaciones de las partes, debiendo emitir su decisión de absolución o condena al término de la audiencia y fundamentar razonadamente su sentencia con arreglo a las reglas de la sana crítica, circunstancia que permite el control de la legalidad y el nexo entre convicción y pruebas.

Inicialmente, o artigo 282 prevê o princípio da continuidade, determinando que a audiência ocorrerá de forma contínua até sua conclusão. O artigo 289, por sua vez, determina que a audiência será pública, somente sendo realizada a portas fechadas em situações excepcionais. Já o artigo 291 impõe que a audiência será completamente oral, em relação tanto às alegações das partes, como às provas a serem produzidas, não sendo admitida a apresentação de argumentos ou requerimentos por escrito¹⁹³.

O juízo oral, salvo algumas exceções previstas em lei (provas antecipadas, por exemplo), é o momento de produção de todas as provas que eventualmente servirão para a condenação ou absolvição do acusado. Assim, o responsável pelo julgamento tem contato imediato e originário com as provas, não podendo basear sua condenação em registros ou qualquer conteúdo alheio aos debates. Essa

¹⁹²LENNON; MASLE, 2002, p. 444.

¹⁹³Artículo 291. Oralidad. La audiencia del juicio se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a las alegaciones y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participaren en ella. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente por el tribunal y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar en el registro del juicio. El tribunal no admitirá la presentación de argumentaciones o peticiones por escrito durante la audiencia del juicio oral.

determinação consagra o princípio acusatório, garantindo que o juiz responsável pela sentença não será contaminado por ter tido contato com qualquer elemento produzido anteriormente, sendo preservada a sua imparcialidade.

Nesse sentido, consistentemente com a ideia de que a prova que deve servir para a sentença tem obrigatoriamente que ser produzida em audiência, durante o julgamento oral, de acordo com as regras da imediação, da publicidade e do contraditório, o código chileno veda a incorporação aos autos de documentos que se refiram a ações praticadas pela polícia ou pelo Ministério Público durante a investigação ou ainda que tenham sido consideradas nulas¹⁹⁴.

O que se busca com esses dispositivos é garantir a centralidade do debate e evitar que, como ocorre no Brasil, o juízo oral se transforme em uma mera ratificação das evidências colhidas durante a investigação criminal. Nesse sentido, Mariela Ponce Villa¹⁹⁵, presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de Querétaro, ensina:

La inmediatez, oralidad, contradicción y continuidad son elementos que permiten al juez realizar un mejor ejercicio de apreciación de la prueba y con ello obtener conocimiento, dado que lo probado es el resultado de confirmar o verificar. El sistema de valoración de la prueba es un elemento necesario para el carácter epistémico del proceso, porque es la vía para obtener convicción o certeza de los hechos que interesan y tenerlos por probados. Este sistema es el del procedimiento acusatorio: valoración libre y lógica.

Terminada a fase de produção de provas, o juiz presidente outorgará às partes tempo para que apresentem suas conclusões, podendo inclusive o órgão de acusação requerer a absolvição do acusado. Apesar da inexistência de dispositivo expresso nesse sentido no código chileno, boa parte da doutrina entende que, com base no princípio acusatório, para que o órgão julgador possa proferir uma sentença condenatória, é necessário que haja pedido expresso da acusação, sob pena de violação à separação de funções¹⁹⁶.

¹⁹⁴Artículo 334. Prohibición de lectura de registros y documentos. Salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332, no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público.

Ni aun en los casos señalados se podrá incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieren cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales.

¹⁹⁵VILLA, Mariela Ponce. **La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral**. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019. p. 90.

¹⁹⁶FRASCAROLI, María Susana. ¿Condena sin pedid o fiscal?". In: ÑORES, Jose Cafferata. **Justicia penal y seguridad ciudadana. Contactos y conflictos**. Córdona: Ed. Mediterránea, 2000. p. 62.

Encerrados os debates, os membros do tribunal devem debater sobre as provas produzidas em juízo para confirmarem a acusação ou para absolverem o acusado. Importante destacar que a reforma processual apresentou uma grande mudança na forma de valoração da prova, passando do sistema da prova tarifada legalmente para o sistema da livre apreciação, nos termos do artigo 297.

Por fim, encerrado o julgamento, nos termos do artigo 343, os membros do tribunal devem proferir uma sentença a ser lida na respectiva audiência, informando o acusado de seu teor e de seus fundamentos. Em caso de condenação, o código contempla ainda a possibilidade de o tribunal designar uma audiência para abrir debates sobre fatores relevantes acerca do cumprimento da pena.

Agora que foram analisadas as fases do processo ordinário previsto no código de processo penal chileno, passa-se à análise de algumas figuras e institutos que evidenciam uma evolução em relação ao código modelo e uma maior aproximação com o modelo acusatório moderno. Inicia-se pelo objeto central do presente estudo, o juiz de garantias.

O juiz de garantias é o órgão jurisdicional com competência para atuar desde o início da etapa de investigação preparatória até o despacho de abertura do juízo oral, momento que encerra a etapa intermediária do processo. Dessa forma, este deve se pronunciar sobre os pedidos da acusação que privem, restrinjam ou perturbem o exercício dos direitos fundamentais previstos na Constituição¹⁹⁷.

Ante esse contexto, o legislador chileno acertadamente estabeleceu que um juiz autônomo, distinto dos juízes responsáveis pelo julgamento do processo, deve assegurar os direitos dos investigados e demais intervenientes no processo, bem como dirigir todas as audiências anteriores ao juízo oral, como: audiência de controle da prisão (artigo 132), a audiência de formalização da investigação (artigo 232), audiência de verificação da suspensão condicional do processo (artigo 245), audiência de preparação do juízo oral e todas as demais que se façam necessárias antes do julgamento.

Como visto, o juiz de garantias tem a função de preservar os direitos dos investigados, bem como de garantir a imparcialidade do julgamento, evitando que os

¹⁹⁷Artículo 70. Juez de garantía competente. El juez de garantía llamado por la ley a conocer las gestiones a que de lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución.

responsáveis pela prolação da sentença tenham contato com qualquer prova produzida fora do julgamento oral, não sendo esse órgão incumbido de decidir sobre qualquer questão incidental prévia (prisão preventiva, provas cautelares etc.). Dessa forma, a legislação estabelece como uma causa de impedimento do juiz responsável pelo julgamento oral, o fato de ter atuado como juiz de garantias no mesmo processo.

A inclusão dessa figura é ponto fundamental do processo chileno na garantia da imparcialidade do julgamento e na implementação do sistema acusatório, sendo característica da democratização do processo penal na América Latina, a que o Brasil ainda não aderiu, apesar da recente tentativa.

Outro aspecto de especial relevância no novo código de processo penal do Chile é a limitação da atuação de ofício do órgão julgador. Foi visto aqui que a separação de funções é marca do sistema acusatório, bem como que, apesar da grande importância do código modelo na criação de um movimento reformador, ainda permaneceram em seu texto diversos dispositivos autorizando a atuação de ofício do magistrado durante a instrução processual penal.

Diferentemente do código modelo, o código de processo penal chileno não prevê a possibilidade de atuação de ofício do magistrado na fase de investigação prévia e também na instrução, ou seja, durante o júri oral (julgamento). Consequentemente, no novo sistema de justiça chileno, somente as partes (acusação e defesa) fornecem e produzem provas.

Ao juiz resta, única e exclusivamente, a possibilidade de dirimir dúvidas, formulando perguntas às testemunhas, aos peritos e ao próprio acusado (artigos 326 e 329). Essa previsão parece razoável, pois afinal é possível que eventualmente sejam utilizadas expressões obscuras ou termos técnicos que demandem algum esclarecimento pelo magistrado na hipótese de omissão das partes. Nesse caso, não há violação ao princípio acusatório, pois o magistrado se mantém à margem da instrução probatória, que permanece de competência das partes.

Destaque-se que ao magistrado é possível a atuação de ofício para reanalisar a necessidade da manutenção da prisão preventiva já decretada e da aplicação de medidas cautelares já previamente determinadas. Dessa maneira, o magistrado pode a qualquer momento, de ofício, substituir a prisão por medidas cautelares menos restritivas (artigo 145), ou revogá-la quando não subsistirem seus requisitos (artigo 152). Permitido ainda ao magistrado, eventualmente, declarar nulidades de ofício

(artigo 163), o que demonstra que essa atuação oficiosa, em regra, ocorre em benefício do imputado.

Desse modo, conclui-se que o código chileno se mostra extremamente restritivo na atuação de ofício do magistrado, preservando a separação de funções e a imparcialidade do órgão julgador, o que se coaduna com os princípios do sistema acusatório.

Outro ponto crucial da reforma chilena foi a reestruturação do Ministério Público. A essa instituição foi garantida autonomia funcional, ficando ela responsável, entre outras funções, pela direção da investigação, pela propositura da ação penal; e pela adoção de medidas de proteção às vítimas¹⁹⁸. Essas funções coadunam-se com o modelo acusatório e com o respeito ao devido processo legal, pois encerram com o modelo do juiz instrutor vigente anteriormente, ganhando o Ministério Público uma especial relevância no novo formato. Sobre a nova importância dada ao órgão de acusação no sistema chileno, assim dispõe Maurício Duce¹⁹⁹:

A lógica do novo sistema opera com base na ideia de que uma instituição forte estará encarregada de conduzir a investigação, de propor ações penais contra os acusados e de representar a sociedade nos juízos orais. Sem um Ministério Público poderoso, capacitado para cumprir essas obrigações, é impossível conceber o novo sistema funcionando adequadamente, já que a função do acusador não estaria adequadamente personificada. Além disso, o novo modelo exige que o Ministério Público imprima o ritmo de trabalho ao sistema como um todo, para que ele funcione perfeitamente.

Cabe consignar ainda que a polícia de investigação será auxiliar do Ministério Público nas diligências a serem realizadas, cabendo-lhe ainda a esta a execução das medidas de coação autorizadas pelos órgãos competentes²⁰⁰.

Importante ressaltar que o código chileno, no seu artigo 168, e em consonância com o previsto no código modelo para a Ibero-América, dispõe que o Ministério Público pode abster-se de qualquer investigação quando os fatos denunciados não constituírem crime ou quando não houver dados suficientes para uma investigação, devendo essa decisão ser fundamentada e submetida ao juiz de garantias. Nessa

¹⁹⁸LENNON; MASLE, 2002, p. 143.

¹⁹⁹DUCE, Julio Mauricio. Ministério Público no Chile: Modelo institucional e funções. **Revista do CNMP**, v. 1, n. 1, p. 132-133, 2011.

²⁰⁰Artículo 79. Función de la policía en el procedimiento penal. La Policía de Investigaciones de Chile será auxiliar del ministerio público en las tareas de investigación y deberá llevar a cabo las diligencias necesarias para cumplir los fines previstos en este Código, en especial en los artículos 180, 181 y 187, de conformidad a las instrucciones que le dirigieren los fiscales. Tratándose de delitos que dependieren de instancia privada se estará a lo dispuesto en los artículos 54 y 400 de este Código. Asimismo, le corresponderá ejecutar las medidas de coerción que se decretaren.

Carabineros de Chile, en el mismo carácter de auxiliar del ministerio público, deberá desempeñar las funciones previstas en el inciso precedente cuando el fiscal a cargo del caso así lo dispusiere.

hipótese a vítima pode provocar a intervenção do juiz de garantias e apresentar queixa (“querrela”) que, sendo admitida pelo juiz, impõe ao Ministério Público o dever de seguir com as investigações²⁰¹.

Da mesma forma, previsto expressamente no artigo 170 o princípio da oportunidade, o qual determina que o Ministério Público poderá deixar de iniciar a persecução penal quando o ato não comprometa gravemente o interesse público. Assim, o Ministério Público assume a função de verdadeiro fiscal da lei e dos interesses da sociedade, e não apenas de órgão de acusação, buscando também a eficiência do sistema.

Outro ponto de extrema relevância na reforma chilena foram os meios alternativos de solução dos conflitos e a garantia de participação da vítima. Nos termos do artigo 109, além de participar do processo, a vítima pode solicitar medidas de proteção, exercer ação civil para reparação do dano e contar com assistência e representação judicial etc.

Previstas ainda, no artigo 237, a suspensão condicional do processo para os crimes de menor potencial ofensivo, e, no artigo 241, a possibilidade de acordo reparatorio entre a vítima e o imputado para fatos que afetem bens jurídicos disponíveis de natureza patrimonial, que consistam em lesões leves ou que constituam crimes culposos. Assim, essas medidas preservam os interesses das vítimas, sem a necessidade de penas privativas de liberdade, valorizando a efetiva reparação e a reconciliação.

Segundo o professor Rafael Blanco²⁰², no Chile grande parte dos casos é resolvido por meio de medidas alternativas de solução de controvérsias, que buscam não só a persecução penal, mas também a participação da vítima. Adicionalmente, segundo o citado professor, nesses casos o índice de reincidência é significativamente menor que nos casos de aplicação de penas restritivas de liberdade.

Vale destacar que o sistema recursal previsto no código chileno se assemelha muito ao previsto no código modelo. Dessa forma, contra a sentença proferida pelo juízo oral, em regra, somente é cabível o recurso de nulidade, no qual não se discute

²⁰¹Artículo 169. Control judicial. En los casos contemplados en los dos artículos anteriores, la víctima podrá provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querrela respectiva. Si el juez admitiere a tramitación la querrela, el fiscal deberá seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales.

²⁰²Pronunciamento do professor Rafael Blanco em palestra intitulada “Variables Relevantes de un Proceso Penal Acusatorio: Una Visión desde la Experiencia Chilena”, em julho de 2022.

o mérito da sentença, mas somente questões de direito²⁰³. Assim, o sistema processual penal do Chile, busca preservar os julgamentos proferidos pelos juízes que tiveram contato direto e imediato com a prova produzida em audiência.

Como foi possível perceber, a reforma processual chilena promoveu uma completa reformulação do sistema, estabelecendo o instituto do juiz de garantias, efetivando a separação de funções, estabelecendo um modelo essencialmente oral e possibilitando uma maior atuação do imputado e de sua defesa.

Ocorre que para garantir um processo eficiente de reforma é preciso estudar a maneira de sua estruturação, mensurando-se, por exemplo, quantos juízes, promotores e defensores são efetivamente necessários e quais estruturas físicas necessitam de adaptação. Assim, foi preciso consultar outras áreas de especialidade, como a econômica e a social, para se verificar como a reforma poderia satisfazer as exigências de uma política pública. Para isso, no Chile, houve a criação de uma comissão multidisciplinar para atuar na reforma e na sua execução.

É preciso destacar ainda que no Chile houve uma reforma processual penal e também uma reforma do modelo de organização e gestão. Uma das principais mudanças, como visto, foi a supressão do processo escrito, sendo eliminadas as atas e os registros. Assim, tudo de importante passou a ser discutido em audiência e de forma oral e gravada.

Com esse novo modelo de gestão e estrutura organizacional, foi possível libertar os juízes da necessidade de cumprir tarefas administrativas que ocupavam grande parte do seu horário de trabalho e os “distraíam” de sua função essencial²⁰⁴.

Ante o exposto, é fácil perceber que para uma reforma bem-sucedida como a realizada no Chile, há a necessidade de se capacitar e treinar os envolvidos; ou seja, deve-se investir nos recursos humanos, o que nem todos os países estão dispostos a fazer.

Por fim, importante mencionar que, no estudo realizado por Jaime Arellano e Gonzalo Fibla para o Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) em

²⁰³Artículo 373. Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad total o sólo la parcial del juicio oral y de la sentencia, si el vicio hubiere generado efectos que son divisibles y subsanables por separado sólo respecto de determinados delitos o recurrentes: a) Cuando, en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

²⁰⁴LENNON; MASLE, 2002, p. 218.

2018²⁰⁵, estes concluíram que, apesar de alguns aspectos da reforma não terem sido integralmente implementados, no Chile houve um grande avanço no sistema de justiça criminal em comparação com o sistema inquisitivo antes vigente, na medida em que os princípios da publicidade e da oralidade passaram a ser a regra geral.

3.3 A Reforma Processual Penal Argentina

A Argentina possui uma peculiaridade, pois é uma república federal²⁰⁶ em que coexistem dois sistemas de justiça. Existe um sistema de justiça federal, que compreende todo o território argentino, sendo exercido pelo “Poder Judicial de La Nación”, e uma segunda administração de justiça, de caráter provincial, sendo esta integrada pelos poderes “judiciales de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Em nível federal e na Cidade Autônoma de Buenos Aires aplicava-se o Código Procesal Penal de La Nación (Ley 23.984 de 1991). Este, apesar de ter incorporado o julgamento oral e público e a etapa de instrução, ainda era regido por uma matriz inquisitória da época colonial, ficando a investigação a cargo de um juiz de instrução e a oralidade limitada pela burocracia do processo escrito.

Em razão dessas contradições e da violação aos direitos e garantias fundamentais dos investigados, foram implementadas diversas reformas. Entretanto, da mesma forma que ocorreu de maneira recorrente no Brasil, estas não foram suficientes para atualizar e democratizar o sistema processual penal, aumentando ainda mais as incoerências do antigo sistema²⁰⁷.

A partir da década de 1990, em razão do movimento reformista que se formou na América Latina, diversas províncias iniciaram um procedimento de atualização legislativa, buscando reformular seu sistema processual penal para adequá-lo ao modelo acusatório, fundado na oralidade, na publicidade, na separação de funções e nas garantias dos direitos dos investigados.

²⁰⁵ARELLANO; FIBLA, 2018, p. 72-73.

²⁰⁶Artículo 1º de la Constitución de la Nación Argentina - La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

²⁰⁷PASTOR, Daniel R. **Tensiones: derechos fundamentales o persecución penal sin límites?**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. p. 223.

Em nível federal foi sancionado o novo Código Procesal Penal de La Nación, através da Ley 27.063 de 2014. Esse código buscou implementar um sistema de matriz acusatória, atribuindo ao Ministério Público a função de investigar, estabelecendo a oralidade em todas as fases, implementando a divisão de atribuições, garantindo maior intervenção da vítima e incluindo meios de composição entre os envolvidos.

Da mesma maneira que ocorreu no Chile, a implementação e vigência do novo código, com a finalidade de garantir a adaptação gradual das instituições e dos agentes envolvidos, foi submetida a um cronograma fixado por uma comissão específica.

Importante ressaltar que, em razão da grande ineficiência da Comissão Bicameral responsável pela implementação do Código Procesal Penal de La Nación, estando este vigente apenas nas províncias de Salta e Jujuy, foi apresentado recentemente um projeto de lei que busca estabelecer o dia primeiro de janeiro de 2026 como a data máxima e improrrogável para a implementação do código em toda a justiça federal argentina. Adicionalmente, tal projeto, se aprovado, estabelece a aplicação imediata das regras do novo código referentes à regulamentação do julgamento oral e público.

A análise do sistema argentino é aqui feita de uma forma dupla. Para melhor se compreender os efeitos do movimento reformista faz-se a análise conjunta do Código Procesal Penal de La Nación e do Código Procesal Penal de La Provincia de Río Negro (Ley 5.020 de agosto de 2017), que foi um dos que melhor incorporou o sistema acusatório.

Cabe consignar que o movimento reformista se espalhou por toda a Argentina, influenciando a reestruturação do sistema processual penal de quase todas as províncias. Exemplo disso foi a implementação do novo código da província de Neuquén, que conforme dispõe Carolina Mauri e Laura Giuliani²⁰⁸:

[...] es de neto corte adversarial, quedando perfectamente delimitados los roles y funciones de jueces, fiscales y defensores, tanto en la etapa de la investigación preparatoria como en la etapa de juicio; rigiendo a lo largo de todo el proceso los principios de oralidad, publicidad, imparcialidad, contradicción, concentración, intermediación, simplificación y celeridad.

²⁰⁸MAURI, Carolina; GIULIANI, Laura. *[s.t.]*. In: FUCHS, Marie-Christine; FANDIÑO, Marco; POSTIGO, Leonel González. **La justicia penal adversarial en América Latina: Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Fundación Konrad Adenauer, 2018. p. 28.

Como realizado anteriormente, o estudo tem início pelos princípios e garantias processuais.

Ambos os códigos trazem, em seus primeiros artigos, o princípio do devido processo legal, determinando que ninguém poderá ser condenado sem um julgamento prévio fundado em lei anterior ao fato, sendo respeitados todos os direitos e garantias previstos na Constituição e nos tratados internacionais.

Do mesmo modo, logo no início é previsto o princípio acusatório, sendo determinado que em todo o processo devem ser observados os princípios de igualdade entre as partes, oralidade, publicidade, contraditório, imediação e celeridade²⁰⁹. O princípio da oralidade, previsto em ambos os códigos, indica uma quebra de paradigma, representando o fim do processo escrito e da burocracia, sendo, como bem afirma Binder, uma condição necessária de eficácia dos demais princípios²¹⁰, possibilitando a humanização dos processos e, como ocorreu no Chile, substituindo o trabalho escrito que muitas vezes era delegado aos funcionários subordinados ao magistrado. Dessa forma, como se vê adiante, permite-se um contato direto e concentrado do juiz com as partes envolvidas.

Cabe aqui consignar que “o Código Processual Penal Federal argentino (2014) adota expressamente o sistema acusatório de processo penal, elencando os princípios que o regem, dentre os quais, a igualdade entre as partes. De forma diversa, quando da enumeração de seus princípios norteadores do processo, não há a indicação da igualdade das partes no Código da Província de Rio Negro (2015).²¹¹”

Previsto ainda o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém pode ser considerado ou tratado como culpado até a prolação de uma sentença final, proferida com base em provas legitimamente obtidas.

Aspecto de extrema importância é a previsão expressa da separação de funções no Código Procesal Penal de La Nación. Conforme ali disposto, os membros do Ministério Público não podem praticar atos jurisdicionais, e os juízes não podem

²⁰⁹Artículo 2° da Ley 27.063 - Principios del proceso acusatorio. Durante todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, intermediación, simplicidad, celeridad y desformalización.

Artículo 7° da Ley 5.020 - Principios del Proceso. En el proceso se observarán los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, intermediación, simplificación y celeridad.

²¹⁰ BINDER, 1999, p. 101.

²¹¹CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **Ecos do VIII Congresso Internacional do Observatório da Mentalidade Inquisitória: Contribuições do Direito Processo Penal Argentino para o Brasil** (em elaboração).

praticar atos de investigação ou que impulsionem a persecução penal²¹². Esse dispositivo consubstancia a base do sistema acusatório, sendo fundamental para a garantia da imparcialidade do julgador, princípio este também expressamente previsto em ambos os códigos. No mesmo sentido, o Código de Río Negro determina que os juízes são proibidos de realizar atos de investigação, e que somente poderão dispor sobre a produção probatória e medidas de coerção quando houver pedido das partes²¹³. Sobre a imparcialidade do julgador dispõe Binder²¹⁴:

Es preciso entender con claridad la principal función del "gobierno judicial". La independencia de los jueces es la principal garantía que hemos construido para fortalecer la imparcialidad y esa imparcialidad es el núcleo central de la idea misma de jurisdicción. Un juez que no es imparcial, que no actúa como tal o no puede hacerlo, pierde el centro de lo que significa la judicatura.

Além dos citados princípios, previstos ainda no processo penal argentino muitos outros já estudados, como o da ampla defesa, o do juiz natural, o da motivação, o do julgamento em um prazo razoável, o da vedação a prova ilícita e o do direito de não se autoincriminar, que demonstram a adoção de um modelo acusatório.

Agora que se verificou a base principiológica de ambos os códigos, passa-se a analisar sua estrutura e os principais dispositivos relacionados ao objeto do presente estudo.

O Código Procesal Penal de La Nación e o Código Procesal Penal de Río Negro, da mesma maneira que o código chileno, dividem o processo ordinário basicamente em três etapas: (i) etapa preparatória (investigação), (ii) etapa intermediária (controle da acusação) e (iii) julgamento oral.

A etapa preparatória consiste na investigação, tendo a finalidade de apurar a existência do fato e angariar elementos para uma eventual ação penal, sendo sua condução de competência do Ministério Público. Esta tem basicamente duas

²¹²Artículo 9° da Ley 27.062 - Separación de funciones. Los representantes del Ministerio Público Fiscal no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal. La delegación de funciones jurisdiccionales en funcionarios o empleados subalternos tornará inválidas las actuaciones realizadas y será considerada causal de mal desempeño de las funciones a los efectos del proceso de remoción de magistrados de conformidad con los artículos 53 y 115 de la Constitución Nacional.

²¹³Artículo 6° da Ley 5.020 - Rol de los Jueces. Los jueces cumplirán los actos propiamente jurisdiccionales velando por el resguardo de los derechos y garantías. Queda prohibido a los jueces realizar actos de investigación. Sólo podrán disponer medidas probatorias y de coerción a petición de parte.

²¹⁴BINDER, Alberto M. Gobierno Judicial. Independencia y fortalecimiento de los jueces. *In*: BINDER, Alberto M.; GONZÁLEZ, Leonel. (Direção) **Gobierno Judicial. Independencia y fortalecimiento del Poder judicial en América Latina**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018. p. 22.

finalidades: (i) verificar se há ou não mérito para inaugurar um juízo acerca da relevância penal da conduta, e (ii) viabilizar a aplicação de meios alternativos de solução de controvérsias.

Já nessa etapa é garantida a plenitude de defesa, sendo as partes informadas de todos os atos, bem como permitido o acesso às informações coletadas durante a investigação²¹⁵. Da mesma forma, as próprias partes é que serão responsáveis por conduzir a investigação e realizar eventuais diligências.

Importante destacar que os elementos colhidos durante a investigação não terão valor para fundamentar uma condenação do réu, podendo apenas ser invocados para o requerimento de eventuais medidas cautelares. Assim, a sentença condenatória só poderá motivar-se nas provas produzidas durante o julgamento oral.

Da mesma maneira que o código modelo e o código chileno, o Código Procesal Penal de La Nación prevê expressamente que a investigação será pública apenas para os envolvidos, sendo, em regra, vedado o acesso a terceiros. Assim, também busca garantir a proteção à honra e à intimidade dos investigados.

Importante destacar que, nos termos do artigo 221 da Ley 27.063 e do artigo 130 da Ley 5.020, o Ministério Público, quando formalizar a investigação, deverá obrigatoriamente comunicar ao imputado em audiência o fato que lhe é atribuído, sua qualificação jurídica e as provas que pretende produzir. Essa formalização tem a finalidade de garantir a ciência do investigado, de modo a permitir o exercício de sua defesa.

Cabe destacar ainda que, diferentemente do que ocorre no sistema brasileiro, ambos os códigos determinam um prazo máximo para o encerramento da investigação, o que se coaduna com o princípio da razoável duração do processo,

²¹⁵Artículo 197 da Ley 27.063 - Legajo de investigación. El representante del Ministerio Público Fiscal formará un legajo de investigación, con el fin de preparar sus planteos, el que no estará sujeto a formalidad alguna, salvo las normas prácticas sobre registro que dicte el Procurador General de la Nación. El legajo pertenece al representante del Ministerio Público Fiscal y contendrá la enumeración de los documentos y elementos de convicción recogidos por él, y un resumen sumario de todas las diligencias practicadas, de los datos obtenidos con indicación de la fecha y hora de su realización y de la identidad de los sujetos intervinientes y de los entrevistados. En ningún caso podrá ser consultado por el órgano jurisdiccional.

La defensa deberá acceder a toda la información que se haya recolectado en el legajo de investigación, luego de su formalización.

Artículo 131 da Ley 5.020 - Atribuciones. El fiscal, la defensa y la querrela en su caso practicarán las diligencias y actuaciones de la investigación preparatoria que no tengan contenido jurisdiccional. Se permitirá la presencia de las partes en los actos que se practiquen.

garantindo ainda ao imputado que este não ficará sujeito a um processo de investigação por prazo indeterminado.

A investigação preparatória termina com o requerimento de arquivamento ou com a acusação do imputado, tendo início a etapa intermediária.

Na etapa intermediária ou de controle da acusação, do mesmo modo que no código chileno, verifica-se se existem elementos suficientes para o exercício da ação penal. Assim, quando o Ministério Público entender que, durante a investigação, foram colhidos elementos e evidências da prática do crime, bem como de sua autoria, apresentará a acusação.

Nessa fase a defesa será citada para conhecer o teor da acusação, bem como as provas que o órgão da acusação pretende produzir em eventual julgamento oral.

Em seguida as partes serão convocadas para uma audiência na qual serão apresentados e discutidos os indícios colhidos pelo Ministério Público, bem como apresentadas eventuais questões preliminares, como exceções e nulidades na investigação²¹⁶. Adicionalmente, será possível verificar a possibilidade de reparação dos danos e de outras medidas despenalizadoras como a suspensão condicional do processo e a conciliação.

Para Binder²¹⁷, muitas das importantes decisões de política processual passam por esta etapa intermediária e pelo modo como se controla efetivamente o resultado da instrução, sendo essa fase um verdadeiro filtro do que será levado ao julgamento oral.

Vale destacar que, como visto acima, nessa fase o juiz analisa a admissibilidade de eventuais provas que serão produzidas durante o julgamento oral, sendo sua responsabilidade evitar que a decisão de processar o réu seja precipitada ou arbitrária. Assim, cabe ao juiz responsável verificar a qualidade das provas que serão apresentadas no juízo oral, com a finalidade de se evitar a condenação de inocentes. Nesse sentido dispõe Leonel Postigo²¹⁸:

²¹⁶Artículo 246 da Ley 27.063 - Audiencia de control de la acusación. Desarrollo. Vencido el plazo del artículo 244, la oficina judicial convocará a las partes y a la víctima, si correspondiere su intervención, a una audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes.

Artículo 163 da Ley 5.020 - Audiencia. La Oficina Judicial convocará a las partes a una audiencia, dentro de los cinco (5) días, para debatir y resolver las cuestiones propias de esta etapa. Si para ello se justifica producir pruebas, las partes las ofrecerán en la misma audiencia y tendrán a su cargo la presentación y diligenciamiento de las mismas. De ser necesario podrán requerir el auxilio judicial. Al inicio de la audiencia la Fiscalía y la querrela explicarán la acusación y proporcionarán los fundamentos.

²¹⁷BINDER, 1993, p. 248.

²¹⁸POSTIGO, Leonel González. La etapa intermedia en el sistema adversarial de Uruguay. Del saneamiento formal al control sustancial de la acusación. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO,

De igual manera, en la mayoría de estas causales de errores judiciales juega un papel preponderante el tipo de discusión que se produzca en la audiencia preparatoria del juicio oral, de modo que no se autorice el ingreso de información cuya baja calidad desemboque en una sentencia errónea.

Importante destacar ainda que na etapa intermediária o juiz deve zelar para que não se discutam questões específicas relacionadas ao mérito da acusação, pois estas devem ser objeto de discussão apenas no juízo oral.

Quando não prosperarem as questões preliminares, e for admitida a acusação, elaborar-se-á o auto de abertura e julgamento oral, que consiste na delimitação fática, probatória e jurídica do desenvolvimento do debate. Destaque-se que para Leonel González e Tobías Podestá²¹⁹ o auto de abertura do julgamento possui uma função de garantia, pois exige que a sentença posterior, proferida no julgamento oral, seja compatível com os fatos pelos quais o juízo foi aberto (princípio da congruência), seja em relação à acusação principal, seja em relação a eventual pedido alternativo.

A terceira etapa constitui o julgamento do mérito da acusação. Esta será dividida em duas partes²²⁰. Na primeira serão apuradas a existência do fato delituoso, sua qualificação e a responsabilidade do acusado. Já na segunda, em caso de sentença condenatória, serão determinadas as sanções a serem aplicadas, sua modalidade e a forma de cumprimento.

O julgamento será regido pelo princípio da imediação, sendo realizado de forma ininterrupta na presença dos juízes e das partes. Da mesma forma, o julgamento será público, sob pena de nulidade, podendo o juiz, apenas em situações excepcionais e devidamente fundamentadas, restringir a publicidade externa.

Importante destacar ainda que o julgamento será regido pela oralidade, devendo qualquer intervenção das partes ser apresentada verbalmente. Assim, não serão admitidas, em regra, apresentações ou alegações por escrito durante a

Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coord.). **Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay**. Montevideo: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008. p. 185.

²¹⁹POSTIGO, Leonel González; PODESTÁ, Tobías José. Oralidad en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Tradução de Caíque Ribeiro Gálcia e Vinícius Diniz Monteiro de Barros. **Revista de Direito Processual Penal IBRASPP**, v. 3, n. 3, p. 861, set./dez. 2017.

²²⁰Artículo 250 da Ley 27.063 - División del juicio en dos etapas. El juicio se realizará en dos etapas. En la primera se determinará la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado. Si hubiera veredicto de culpabilidad, se llevará adelante la segunda etapa en la que se determinará la sanción a imponer, su modalidad y lugar de cumplimiento.

Artículo 173 da Ley 5.020 - Realización del debate en dos fases. El juicio será dividido en dos partes. En la primera se tratará todo lo relativo a la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado y en la segunda lo relativo a la individualización de la pena.

audiência. Dessa maneira, toda prova que servir para eventual sentença condenatória ou absolutória deverá obrigatoriamente ser produzida nesse ato²²¹.

Ao final, após as alegações orais das partes e deliberação do órgão julgador, a sentença será apresentada em audiência, sendo lida para todos os presentes, apesar de previsto no Código de La Nación que excepcionalmente esta poderá ser apresentada em um prazo não superior a cinco dias.

Dessa maneira, é possível verificar que a estrutura do processo ordinário, tanto do Código Procesal Penal de La Nación como no Código Procesal Penal de Río Negro, aproxima-se da estrutura do processo chileno e daquela proposta pelo código modelo para a Ibero-América. Assim, resta presente uma organização que demonstra a implementação de um modelo acusatório, pautado na oralidade, na publicidade e na imediação, sendo substituído o processo escrito pela tomada de decisão em audiência, na qual é garantida a participação de todos os envolvidos.

Uma vez analisada a estrutura básica do processo penal argentino, passa-se a estudar alguns dos principais dispositivos relacionados ao objeto do presente estudo.

Ambos os códigos de processo penal aqui analisados implementaram o juiz de garantias. Este é responsável por todas as decisões jurisdicionais tomadas na fase preparatória (investigação), devendo ainda realizar o controle da investigação²²². Adicionalmente, esse juiz tem a competência para analisar a suspensão condicional do processo e, eventualmente, outros institutos despenalizadores.

Dessa maneira, o direito processual penal argentino aderiu ao movimento reformista, implementando a separação de competência e buscando blindar o órgão responsável pelo julgamento do processo de influências decorrentes da participação

²²¹Artículo 177 da Ley 5.020 - Reglas. Después de las presentaciones iniciales se recibirá la prueba ofrecida según el orden que hayan acordado las partes. De no mediar acuerdo, se recibirá primero la del fiscal, luego la del querellante y al final la de la defensa.

La prueba que hubiese de servir de base a la sentencia deberá producirse en la audiencia de juicio salvo excepciones expresamente previstas. (...)

²²²Artículo 55 da Ley 27.063 - Jueces con funciones de garantías. Los jueces con funciones de garantías serán competentes para conocer: a) En el control de la investigación y de todas las decisiones jurisdiccionales que se deban tomar durante la etapa preparatoria, así como en el control de la acusación; b) En el procedimiento abreviado cuando se presenten acuerdos plenos; c) En la suspensión del proceso a prueba.

Artículo 26, 2 da Ley 5.020 - Función de Juez de Garantías. Corresponde a la función de Garantías la competencia para conocer: a) Del control de la investigación y de todas las decisiones jurisdiccionales que se deban tomar durante la etapa preparatoria, a excepción de los procedimientos abreviados. b) De las solicitudes que se hagan durante el período de suspensión del juicio a prueba, de su revocación o de la decisión que disponga la extinción de la acción penal.

na investigação, bem como de eventuais decisões proferidas em outras etapas do processo que não o juízo oral.

Importante destacar inclusive que, com a finalidade de garantir a imparcialidade do julgador, o Código Procesal Penal de Río Negro, determina em seu artigo 5º, que nenhum juiz pode intervir na fase de julgamento se no mesmo processo tiver atuado como juiz de garantias. Assim, diferentemente do processo penal brasileiro, que atualmente se rege pela prevenção, o sistema argentino busca exatamente o oposto para impedir a formação de presunções pelos juízes responsáveis pela instrução e julgamento do acusado.

Da mesma forma que no processo chileno, o juiz de garantias desempenha importante papel no processo penal argentino. Este é instituto essencial para a garantia dos direitos dos investigados, sendo o responsável pela análise de todos os pedidos da acusação que envolvem restrições à liberdade, atuando ainda de modo a impedir qualquer contato do juiz responsável pelo julgamento com o que foi produzido na investigação. Assim, não há como discordar que este concretiza a imparcialidade, princípio-base do modelo acusatório.

Outro aspecto importante da atividade jurisdicional é a vedação a sua atuação de ofício na investigação e na instrução processual. Da mesma forma que no código chileno, tanto o Código Procesal Penal de La Nación como o Código Procesal Penal de Río Negro, não preveem a possibilidade de o juiz atuar na busca de indícios ou provas. Há inclusive previsão expressa no Código Procesal Penal de La Nación de que o juiz não poderá substituir a atividade das partes, devendo sujeitar-se ao que elas discutiram²²³. Adicionalmente, em ambos os códigos há proibição de os juízes formularem perguntas às testemunhas e aos peritos (artigo 264 do Código Procesal Penal de La Nación e artigo 179 do Código Procesal Penal de Río Negro).

Desse modo, o órgão julgador tem como principal função coordenar e organizar o julgamento oral, impedindo a atuação abusiva das partes e garantindo a condução

²²³Artículo 105 da Ley 27.063 - Resoluciones jurisdiccionales. Las resoluciones jurisdiccionales contendrán: a) El día, lugar e identificación del proceso; b) El objeto a decidir y las peticiones de las partes; c) La decisión y su motivación; d) La firma del juez.

Las resoluciones jurisdiccionales que requieran un debate previo o la producción de prueba se adoptarán en audiencia pública, con la asistencia ininterrumpida del juez y las partes, garantizando el principio de oralidad, contradicción, publicidad, intermediación y simplicidad. El juez no podrá suplir la actividad de las partes, y deberá sujetarse a lo que hayan discutido. Los fundamentos de las decisiones quedarán debidamente registrados en soporte de audio o video, entregándose copia a las partes.

ordenada dessa etapa processual. Sobre a atuação do juiz no julgamento oral, assim dispõem Leonel González e Tobías Podestá²²⁴:

A respeito das habilidades dos juízes na condução das audiências de juízo, foi estipulado que o juiz presidente do debate será quem a conduza, faça as advertências legais, receba os juramentos, modere as discussões e os interrogatórios impedindo intervenções impertinentes, sem restringir o exercício da acusação nem a amplitude da defesa [...]. Também limitará o tempo de uso da palavra das partes que intervirão durante o juízo, fixando limites máximos igualitários para todas as partes ou interrompendo quem fizer uso manifestadamente abusivo do seu direito (art. 257 CPPN). Como se pode advertir, o juiz com funções de juízo terá a direção do debate sem chegar a afetar a imparcialidade, nem a posição estratégica das partes.

(...)

De acordo com o papel que se espera do juízo, sob nenhuma circunstância deverá assumir uma postura na produção dos meios de prova que forem introduzidos no debate.

A realidade é que a atuação oficiosa do juiz remete ao sistema inquisitório, no qual não há uma clara separação de funções, atuando o juiz com a finalidade de alcançar a verdade real. Mesmo nos sistemas mistos, como dizem ser o brasileiro, há previsão da atuação de ofício do juiz, o que faz com que este invariavelmente se aproxime do sistema inquisitório. Nesse sentido, afirma Mariela Ponce Villa²²⁵:

Procedimiento mixto se fue pareciendo cada vez más a uno inquisitorial, principalmente por el hecho de que normativamente el juez tiene amplias facultades oficiosas que incluso lo llevan a ser juez y parte, algo muy característico del procedimiento inquisitorial, y ello es así por perseguir una finalidad de búsqueda de verdad histórica.

Dessa maneira, a efetiva separação de funções e a limitação dos poderes instrutórios do juiz na etapa de investigação ou de julgamento é medida essencial na implementação de um sistema acusatório e democrático.

Seguindo com o princípio da separação de funções, o sistema processual penal argentino determina que cabe ao Ministério Público a investigação dos delitos e a promoção da ação penal, devendo este ser o responsável pela carga probatória do alegado²²⁶ e pela coordenação das atividades investigativas da polícia.

²²⁴POSTIGO; PODESTÁ, 2017, p. 864.

²²⁵VILLA, Mariela Ponce, 2019, p. 51.

²²⁶Artículo 88 da Ley 27.063 - Funciones. El Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo la investigación de los delitos y la promoción de la acción penal pública contra los autores y partícipes.

Le corresponde la carga de la prueba y debe probar en el juicio oral y público los hechos que fundan su acusación. Tiene la obligación de motivar sus requerimientos y resoluciones.

Artículo 59 da Ley 5020 - Funciones. El Ministerio Público Fiscal ejercerá la acción penal pública de acuerdo a las normas de este Código, dirigiendo la investigación y la actuación de todos los funcionarios que participen en ella, interviniendo en todas las etapas del proceso. A los fiscales les corresponderá la carga de la prueba de los hechos que funden su acusación.

Importante destacar que existe previsão expressa do princípio da oportunidade em ambos os códigos (artigo 218 do Código Procesal Penal de La Nación e artigo 96 do Código Procesal Penal de Río Negro), havendo assim a possibilidade de flexibilização da obrigatoriedade da ação penal. Desse modo, em algumas situações específicas, quando se tratar de fato insignificante, de delitos de menor potencial ofensivo, de crimes culposos etc., o Ministério Público, com a prévia informação à vítima, poderá deixar de dar seguimento à persecução penal.

Dessa maneira, o sistema processual penal argentino também preza pela celeridade e pela eficiência, deixando a cabo do fiscal da lei a faculdade de investigar e buscar a aplicação de sanções penais apenas em situações que apresentam relevância social e quando presente efetivo dano aos bens jurídicos tutelados.

Destaque-se ainda a importância que o sistema processual argentino garante à vítima. Além de prever a sua participação, o sistema assegura uma série de direitos, como o de receber um tratamento digno, o de ser informada do resultado do processo, o de participar da investigação, podendo designar um advogado de sua confiança para tal, e, entre outros, o de examinar documentos e provas (artigo 79 do Código Procesal Penal de La Nación e artigo 52 do Código Procesal Penal de Río Negro). Adicionalmente, há previsão de acordos reparatórios e de ações civis com a finalidade de reparar os danos sofridos pelas vítimas.

Quanto ao sistema recursal, é preciso destacar que o Código Procesal Penal de La Nación e o Código Procesal Penal de Río Negro diferem do código modelo e do código chileno. Em ambos há previsão expressa de que diversas decisões são impugnáveis (artigo 228 do Código Procesal Penal de La Nación e artigo 309 do Código Procesal Penal de Río Negro). Entretanto, a grande diferença reside no fato de que é possível recorrer do mérito das sentenças²²⁷ e não apenas de questões

²²⁷Artículo 230 da Ley 27.063 - Sentencia Condenatoria. La sentencia condenatoria podrá ser impugnada, al igual que la que impone una medida de seguridad, ya sea por defectos formales o sustanciales por el imputado y su defensor.

Artículo 311 da Ley 5020 - Sentencia Condenatoria. La sentencia condenatoria podrá impugnarse por los motivos siguientes: a) Si se alegara la inobservancia de un precepto o garantía constitucional o legal; b) Si se hubiera aplicado erróneamente la ley penal; c) Si careciera de motivación suficiente o ésta fuera contradictoria, irrazonable o arbitraria; d) Si se basara en prueba ilegal o incorporada por lectura en los casos no autorizados por este Código; e) Si se hubiera omitido la valoración de prueba decisiva o se hubiera valorado prueba inexistente; f) Si se hubiera, erróneamente, valorado una prueba o determinado los hechos que sustentan la sentencia condenatoria y la pena; g) Si no se hubiesen observado las reglas relativas a la correlación entre la acusación y la sentencia; h) Si no se cumplieran los requisitos esenciales de la sentencia; i) Si se diera alguno de los supuestos que autoricen la revisión de la sentencia condenatoria firme; j) Si no se hubiera respetado la cesura del debate.

meramente jurídicas ou de eventuais nulidades. Tal previsão vai de encontro a idéia da preservação das sentenças proferidas pelo juízo oral vista anteriormente.

Cabe consignar, contudo, que visando garantir a oralidade, o contraditório e a publicidade, inclusive nos recursos, ambos os códigos autorizam a produção de provas, bem como determinam a realização de uma audiência para tal (artigo 237 e 239 do Código Procesal Penal de La Nación e artigo 314 do Código Procesal Penal de Río Negro). Dessa forma, como lecionam Leonel González e Tobías Podestá²²⁸:

Um segundo aspecto, se vincula com a postura dos juízes nessas audiências. O código estipula que promoverão o contraditório entre as partes com o propósito de escutar as diversas opiniões sobre o objeto de impugnação e, ademais, poderão interrogar os recorrentes sobre as questões pleiteadas e seus fundamentos legais, doutrinários ou jurisprudenciais (art. 314 CPPN).

Há que se ressaltar que o sistema argentino, apesar de ter apresentado uma grande evolução rumo a um sistema acusatório efetivo, apresenta alguns dispositivos que enfraquecem a oralidade. O Código Procesal Penal de La Nación, por exemplo, admite que, para o pedido de busca e apreensão domiciliar ou de interceptação de comunicações, o interessado poderá fazer por escrito ou em forma oral, e que a realização da audiência dependerá da discricionariedade do juiz interveniente (artigo 136 e 143). Adicionalmente, não há uma regra clara sobre os prazos em que as audiências devem ser realizadas. Assim, há um aparente conflito, quando se busca modificar a cultura inquisitória do procedimento escrito e burocrático, e se permitem requerimentos e, eventualmente, decisões por escrito, fora do ambiente de audiência.

Ante o exposto, não há como negar que a Argentina deu um grande passo com a sanção do Código Procesal Penal de La Nación e de outros códigos processuais penais em suas províncias com claro viés acusatório. A atualização normativa, como visto, apesar de algumas críticas pontuais, ocorreu a contento. O sistema normativo adotou um modelo que garante a oralidade, definindo os papéis dos atores processuais, criando o instituto do juiz de garantias e preservando a imparcialidade do julgador. Dessa forma, houve uma grande ruptura com o passado inquisitório, restando necessário manter o trabalho com a finalidade de mudar a cultura dos atores envolvidos e que ainda resistem à evolução e democratização do processo penal.

²²⁸POSTIGO; PODESTÁ, 2017, p. 870.

3.4 A Reforma Processual Penal Uruguaia

Em primeiro de novembro de 2017, com a aprovação da Ley 19.293 de 2014, entrou em vigor o novo código de processo penal uruguaio, sendo implementada uma legislação em conformidade com os princípios estabelecidos na Constituição e com os tratados internacionais ratificados pelo país em matéria de direitos humanos.

A nova legislação teve como um de seus principais objetivos abandonar o sistema inquisitivo vigente no antigo código (Decreto Ley 15.032), aprovado durante um regime ditatorial, e implementar um modelo acusatório e adversarial, alinhado com os princípios que foram as bases do movimento de reforma que se desenvolveu na América Latina nas últimas décadas.

Na própria exposição de motivos do novo código os representantes do Poder Executivo deixam claro o objetivo de se construir e fortalecer um sistema democrático que preserve a garantia de direitos individuais e coletivos. Da mesma forma, apontam para a necessidade de se realizar uma reforma integral do processo penal uruguaio, não sendo possível mais se admitir reformas parciais que não se revelaram suficientes para uma efetiva mudança de paradigma.

Para a concretização do projeto do novo código de processo penal, foi realizado um estudo no qual o Código de Processo Penal Modelo para a Ibero-América foi uma das principais referências. Adicionalmente, foram considerados como fontes de inspiração os diversos códigos de processo penal vigentes na América Latina que decorreram diretamente do movimento de reforma, em especial o código do Chile, do Peru e da Província de Chubut na Argentina.

Como resultado de tal estudo, foi apresentado um código que tinha como principais objetivos: i) garantir a estrita separação de funções dos vários sujeitos envolvidos no processo penal; ii) preservar o princípio do contraditório, por meio de audiências concentradas e públicas, observando o princípio da imediatidade; iii) estabelecer o princípio acusatório e simplificar o processo; iv) preservar e fortalecer a função jurisdicional; v) valorizar o julgamento como instância institucional de validade da lei e de resolução de conflitos criminais; vi) buscar maior eficácia global do sistema de justiça criminal, tanto em relação ao julgamento de crimes quanto à proteção dos direitos e garantias individuais; viii) alcançar um processo de duração razoável; viii) desenvolver maior capacidade investigativa, especialmente em relação a crimes

complexos ou de alto impacto social; e ix) propiciar uma maior participação das vítimas dos crimes.

Nesse sentido, Jaime Arellano Quintana e Santiago Pereira Campos²²⁹ afirmam que “con la instauración del sistema acusatorio, o Uruguay anota logros indiscutibles tales como: la aplicación más intensa de la oralidad durante las audiencias; la inclusión de instituciones de vías alternativas al juicio; la instauración de un proceso abreviado; la mejora en los niveles de transparencia del sistema; y, finalmente, la sensibilización de las instituciones a una gestión más eficiente y coherente con las nuevas exigencias de un sistema acusatorio.”

Como realizado anteriormente na análise do código de processo penal modelo para a Ibero-América, do código de processo penal chileno e do código de processo penal argentino, o estudo do novo código de processo penal do Uruguai tem início com a apresentação dos princípios e garantias processuais nele previstos.

Inicialmente, há previsão expressa da aplicação do devido processo legal²³⁰, que determina que nenhuma penalidade será aplicada, salvo em decorrência de sentença penal condenatória proveniente de um tribunal competente. No mesmo sentido, em seu artigo segundo, há a previsão de que os tribunais serão imparciais e independentes.

Tais princípios se coadunam com a ideia de que o processo penal é instrumento de garantia e não de opressão, sendo os acusados detentores de direitos que somente podem ser restringidos após um julgamento conduzido por um juiz imparcial e previamente designado.

Da mesma forma, o novo código de processo penal do Uruguai reconhece, independente da condição de vítima ou de acusado, a dignidade da pessoa humana²³¹ como um de seus princípios fundamentais. Em consonância com tal princípio, há previsão expressa da presunção de inocência, não podendo nenhuma pessoa a quem

²²⁹CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coord.). **Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay**. Montevideo: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008, p. 8.

²³⁰Artículo 1º. (Devido proceso legal) da Ley 19.293/2014 - No se aplicarán penas ni medidas de seguridad sino en cumplimiento de una sentencia ejecutoriada, emanada de tribunal competente en virtud de un proceso tramitado legalmente.

²³¹Artículo 3º. (Reconocimiento de la dignidad humana) da Ley 19.293/2014.- Toda persona, cualquiera sea su posición en el proceso y en particular la víctima de un delito y aquel a quien se le atribuya su comisión, deben ser tratados con el respeto debido a la dignidad del ser humano.

se atribua a prática de um crime ser considerada culpada antes de uma sentença condenatória definitiva²³².

Importante destacar ainda que o código de processo penal uruguaio, da mesma forma que o argentino e o chileno, prevê expressamente o princípio da publicidade e do contraditório, indicando a aproximação com as diretrizes do sistema acusatório. Nesse sentido, conforme seu artigo nono, o processo penal será público e regido pelo contraditório em todas as suas fases, não sendo possível, em razão do princípio acusatório, de ofício, ou seja, sem o requerimento exposto do órgão responsável pela acusação, o juiz determinar diligências processuais, decretar prisões preventivas ou medidas restritivas de liberdade e, até mesmo, proferir uma sentença condenatória.

Dessa maneira, com tal previsão, o sistema uruguaio se distancia do modelo inquisitório do passado, no qual os juízes tinham a plena liberdade de atuar de modo unilateral, sem a necessidade de interferência das partes, não havendo uma efetiva separação de funções. Nesse sentido Binder²³³ dispõe:

En el modelo inquisitorial la investigación y el juzgamiento de los casos es llevado adelante por los jueces de un modo unilateral y predominante y el papel de las partes es secundario. En el sistema adversarial es central la división de funciones entre fiscales, jueces y defensores. El papel de las partes en la preparación del caso que deberá juzgar el juez es determinante y el juez debe mantener un papel imparcial.

Como se verá a seguir, o novo sistema estabelecido não só indica a adoção do sistema acusatório, mas prevê uma clara separação de funções com a finalidade de que este seja efetivamente implementado. Assim, o Ministério Público investiga, com a ajuda da polícia, solicita a formalização da acusação ou requer seu arquivamento; o defensor público ou privado realiza a defesa do acusado em todas as fases do processo, inclusive na investigação preliminar; e o juiz dirige as audiências e julga, sem fornecer qualquer prova ou interferir na investigação²³⁴.

Além de tais princípios, o novo código prevê expressamente o princípio da oficialidade, que determina que a ação penal é pública e sua promoção e exercício competem, em regra, ao Ministério Público (artigo 6º). Ademais, garante ao acusado

²³²Artículo 4º. (Tratamiento como inocente) da Ley 19.293/2014 - Ninguna persona a quien se le atribuya un delito debe ser tratada como culpable, mientras no se establezca su responsabilidad por sentencia ejecutoriada.

²³³BINDER, Alberto M., 2008. p. 12.

²³⁴CAMPOS, Santiago Pereira. Roles de los sujetos y principales estructuras del nuevo Sistema Procesal Penal. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coord.). **Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay**. Montevideo: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008. p. 34.

o direito a uma defesa técnica, desde o início da investigação preliminar (artigo 7º), bem como dispõe expressamente que a função do processo é a análise e julgamento do caso concreto, sendo o investigado detentor de todas as garantias previstas na Constituição e nos tratados internacionais (artigo 8º).

Vale destacar ainda que há previsão do princípio da duração razoável do processo (artigo 10), devendo toda pessoa ser julgada em um prazo razoável, sendo obrigação do Poder Judiciário adotar todas as medidas necessárias para alcançar a mais célere e eficiente administração da justiça, bem como a maior economia processual.

Agora que verificamos os princípios que regem o novo processo penal uruguaio, passa-se a analisar sua estrutura e os principais dispositivos relacionados ao objeto do presente estudo.

Da mesma maneira que o código chileno e o argentino, o código de processo penal do Uruguai divide o processo ordinário basicamente em três etapas: (i) etapa de investigação preparatória, (ii) etapa intermediária ou de controle da acusação e (iii) júízo oral ou julgamento.

A primeira etapa é a investigativa, também chamada de *indagatoria preliminar*, que possui a finalidade de coletar informações sobre a prática de crimes e sua possível autoria. No novo sistema uruguaio esta fase é tida como administrativa, ou seja, prévia ao processo penal, possuindo um caráter desburocratizado, conforme inclusive recomendando por Binder²³⁵, sendo apenas exigido que seja garantido às partes o acesso fidedigno das informações coletadas (artigo 264).

Com a reforma processual, o Ministério Público passou a ser o titular da investigação preliminar (artigos 43.1 e 45, "a"), posição que no antigo sistema inquisitório era ocupada pela autoridade judiciária. Cabe ainda destacar que, da mesma forma que no processo penal chileno e argentino, a polícia é auxiliar do Ministério Público nas tarefas de investigação (artigo 49), sendo este último um órgão de coordenação da investigação e o primeiro um órgão de execução.

Ponto de especial relevância é a previsão expressa de que os atos de investigação não serão anexados em nenhuma hipótese ao processo, salvo quando

²³⁵BINDER, Alberto M. El Juez en los Procesos Penales Reformados. In: Asociación de Magistrados del Uruguay. **Estudios sobre El Nuevo Proceso Penal: implementación y puesta en práctica**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017, p. 13.

praticados com a intervenção da autoridade judiciária²³⁶. Tal previsão coaduna-se com a sistemática do modelo acusatório, na medida que tem a finalidade de preservar a originalidade da análise das provas pelo órgão responsável pela acusação, assim garantindo a imparcialidade de seu julgamento. Nesse sentido dispõe Santiago Pereira Campos²³⁷ ao concluir que “el principio general es que esta actividad desarrollada en la indagatoria preliminar, sin intervención del juez, carece de todo valor probatorio y no debiera incidir en el proceso”. Confirmando ainda a necessidade de tal previsão para a implementação efetiva de um sistema acusatório dispõe Guillermo Nicora²³⁸:

La primera barrera cultural por desafiar es intelectual: la comprensión del modelo acusatorio exige abandonar la concepción del proceso penal como una acumulación gradual de conocimiento. Hasta el juicio (siendo rigurosos, hasta la deliberación que precede al veredicto) no existen las pruebas. Recién cuando las evidencias de que dispone el acusador sean entregadas al conocimiento del juzgador (sea en el juicio oral, bajo el control y frente de la defensa, sea en el juicio abreviado, en el que la defensa decide admitir los hechos y los antecedentes de la investigación sin confrontarlos), se produce la transformación de la evidencia en prueba por vía de la deliberación y el veredicto.

Acrescente-se que, no sentido de preservar a intimidade dos investigados, é garantido o sigilo das informações coletadas durante as ações de investigação preliminar, sendo o acesso garantido, em regra, apenas ao investigado, a seu defensor e a vítima (artigo 259.2).

Adicionalmente, visando garantir a participação de todos os envolvidos, bem como a plenitude do direito de defesa, marca do sistema acusatório, é facultado ao investigado e a vítima requererem ao Ministério Público diligências que considerem pertinentes e úteis para o esclarecimento dos fatos (artigo 260). Dessa maneira, garantida também a possibilidade do imputado realizar uma investigação defensiva própria.

Concluída esta fase preliminar, uma vez constatada a prática de uma infração penal e identificados os possíveis autores, o Ministério Público deverá formalizar a

²³⁶Artículo 259.1 da 19.293/2014 - La actividad desarrollada en la indagatoria preliminar para reunir medios de prueba que posibiliten la ulterior iniciación del proceso no se integrará en ningún caso a este, salvo cuando hubiera sido dispuesta con intervención del tribunal.

²³⁷CAMPOS, Santiago Pereira, 2008. p. 47.

²³⁸NICORA, Guillermo. Las investigación preparatoria en el nuevo Código del Proceso Penal de Uruguay. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coord.). **Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay**. Montevideo: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008. p. 162-163.

investigação, solicitando ao juiz competente a designação de uma audiência²³⁹. Destaque-se que, se o acusado se encontrar detido pelo fato que se pretende formalizar a acusação, o pedido de audiência deve ser feito imediatamente após a sua prisão, devendo esta ser realizada dentro de vinte e quatro horas (artigo 266.4). Se em liberdade, o juiz intimará as partes e a vítima para a audiência, que deverá ser realizada no prazo máximo de vinte dias (artigo 266.5).

Formalizada a acusação, encerra-se a fase de investigação, tendo início a fase intermediária, na qual é realizado o controle sobre a imputação apresentada pelo representante do Ministério Público.

A segunda etapa se refere a audiência de controle da acusação, na qual a defesa poderá contestar a peça apresentada pelo Ministério Público, indicando eventuais erros formais, opondo exceções, requerendo o arquivamento e, até mesmo, propondo acordos (artigo 281.1).

Nessa audiência devem estar presentes o Juiz, o Ministério Público e o imputado, acompanhado de seu defensor. Da mesma forma, a vítima será intimada para participar do ato com o auxílio de um representante, contudo, sua presença é facultativa. Neste ato o juiz notificará o imputado sobre o fato criminoso que supostamente lhe é atribuída a autoria, sendo em seguida dada a palavra às partes para se manifestarem. O juiz então decidirá sobre a admissibilidade da acusação, sobre o pedido de medidas cautelares, sobre as provas a serem produzidas durante a instrução, entre outras questões pendentes.

Uma vez resolvidas as questões pendentes, cada parte apresentará as provas que serão produzidas oportunamente e formulará as observações que julgar pertinentes sobre a prova da parte contrária. O juiz garantirá um contraditório genuíno sobre esses pontos e rejeitará a prova quando for inadmissível, irrelevante, excessiva, demorada ou ilegal (artigo 268.2).

Dessa maneira, como visto anteriormente, nessa fase o juiz analisa a admissibilidade das provas que as partes pretendem produzir durante o julgamento oral. Assim, cabe ao juiz verificar a qualidade das provas e garantir a eficiência do sistema processual penal. Importante destacar que a implementação do sistema acusatório não se refere apenas a uma mudança legislativa, mas no desenvolvimento

²³⁹Artículo 266.1 da 19.293/2014 - Cuando existan elementos objetivos suficientes que den cuenta de la comisión de un delito y de la identificación de sus presuntos responsables, el fiscal deberá formalizar la investigación solicitando al juez competente la convocatoria a audiencia de formalización.

de uma política pública abrangente e na garantia de um processo eficiente. Nesse sentido dispõe Leonel Postigo²⁴⁰:

En términos generales se ha consolidado la noción de que la implementación de un sistema acusatorio no se trata simplemente de un cambio legal, sino que implica el desarrollo de una política pública integral. En este sentido, la eficiencia consiste en una de las ideas rectoras de cualquier política pública.

Importante destacar que a possibilidade de controle das provas não deve ser confundida com o efetivo controle material da acusação. O que se busca é apenas a garantia de que a parte contrária tenha ciência das mesmas, bem como de permitir que a defesa possa verificar os procedimentos utilizados pelos investigadores e sua legalidade. Assim, o defensor será capaz de contestar provas viciadas ou de baixa confiabilidade para evitar que estas sejam apresentadas no juízo oral.

Adicionalmente, com a finalidade de garantir o efetivo contraditório, nenhuma prova será admitida no julgamento oral sem que a outra parte tenha prévio acesso e possibilidade de controle²⁴¹.

Uma vez admitida a acusação e realizado o efetivo controle, bem como definidas as provas que serão produzidas, passa-se à terceira etapa, que consiste no *juicio oral*. Nesta audiência serão realizados os debates orais, tendo início com as alegações iniciais, prosseguindo-se com a produção da prova em juízo, sendo concluída com as alegações finais e, posteriormente, com a prolação da sentença.

Esta fase tem início com o auto de abertura do juízo (artigo 269.1), que contém todas as informações essenciais para o julgamento, como o juízo competente, os intervenientes, a acusação e a defesa, os fatos incontroversos, as provas que se pretendem produzir etc., sendo posteriormente designada uma data para o julgamento, que não poderá ocorrer antes de dez dias, nem depois de três meses da notificação do auto de abertura.

Segundo Leonel González²⁴², o auto de abertura tem ainda uma função de garantia, pois delimita a sentença subsequentemente proferida, devendo esta ser consistente com os fatos para os quais o julgamento foi aberto.

²⁴⁰POSTIGO, Leonel González. La etapa intermedia en el sistema adversarial de Uruguay. Del saneamiento formal al control sustancial de la acusación. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coord.). **Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay**. Montevideo: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008. p. 180-181.

²⁴¹Artículo 268.4 da 19.293/2014 - No podrá admitirse en juicio ninguna prueba a la que la contraparte no haya tenido acceso y posibilidad de control. A tales efectos el juez adoptará las medidas pertinentes para garantizar el control por las partes.

²⁴²POSTIGO, Leonel González, 2008. p. 205-206.

A condução do julgamento, que é contínuo, oral e público, é de responsabilidade do juiz, que presidirá a audiência e organizará os debates, garantindo a ordem e o devido processo legal.

Iniciado o julgamento, será data a palavra ao órgão do Ministério público, que apresentará suas declarações iniciais e, em seguida a defesa. Cabe ressaltar que, durante todo o julgamento, o réu poderá participar, quando autorizado pelo juiz, para apresentar as declarações que entender pertinentes, podendo as partes lhe fazer perguntas.

Ponto de especial relevância durante o juízo oral é a produção probatória. Da mesma forma que no processo chileno e argentino, o sistema processual do Uruguai determina que todas as provas devem ser produzidas em audiência, não sendo possível, em regra, incorporar atos praticados durante a investigação. Assim, garante-se a imparcialidade do julgador, pois este não terá contato com nenhuma evidência que não aquelas produzidas oralmente durante o julgamento.

Importante destacar o papel do juiz durante a instrução probatória no processo penal uruguaio. Este deve atuar com total imparcialidade, intervindo apenas a pedido de uma das partes. Dessa forma, o juiz não tem o poder de determinar a produção ou a inclusão de provas de ofício, e, em regra, também não pode apresentar questionamentos às testemunhas ou aos peritos, salvo se meramente explicativos²⁴³.

Nesse sentido, sendo o juiz impedido de interferir na produção probatória, é que se preserva a sua imparcialidade e se garante o contraditório, fortalecendo-se o princípio acusatório. Nesse sentido dispõe Gonzalo Rúa²⁴⁴:

Resulta evidente que estos principios no pueden emerger si no abandonamos definitivamente la epistemología inquisitorial. Por el contrario, cada vez que dejamos en un Juez una doble función (producción de prueba y control sobre su legalidad) estamos afectando una garantía fundamental del procedimiento, calificada por Maier como “principio de principios”, como lo es la garantía de ser juzgado por un tribunal imparcial, pauta que por excelencia se ve reforzada en un sistema acusatorio.

²⁴³Artículo 158.3 da 19.293/2014 - La declaración de los testigos se sujetará a los interrogatorios que efectúen las partes. Estos serán realizados en primer lugar por la parte que hubiere ofrecido la respectiva prueba y luego por la contraparte. Finalmente, el tribunal podrá formular preguntas aclaratorias a los testigos. A solicitud de cualquiera de las partes el tribunal podrá autorizar nuevo interrogatorio de los testigos que ya hubieren declarado en la audiencia.

²⁴⁴RÚA, Gonzalo. El juicio oral en el código del proceso penal de Uruguay, desde una mirada adversarial. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coord.). **Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay**. Montevideo: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008. p. 180-181.

Terminada a produção de provas, o juiz concederá sucessivamente a palavra ao Ministério Público, ao advogado da vítima e ao advogado da defesa para que apresentem seus argumentos finais (artigo 271.6), sendo tais alegações orais. Em seguida, o réu será questionado se tem algo a acrescentar, sendo então encerrados aos debates.

O juiz então proferirá oralmente, em audiência, a sua sentença, podendo, sendo o caso complexo, preferi-la posteriormente, em prazo não superior a quinze dias (artigo 271.7).

Dessa maneira, é possível perceber que todo o processo de julgamento previsto no novo código de processo penal uruguaio acompanha os princípios do sistema acusatório, especialmente a oralidade, a publicidade e a imparcialidade do órgão responsável pelo julgamento.

Destaca-se que a estrutura do processo penal uruguaio contempla a figura de um juiz responsável pela investigação e controle da acusação e outro responsável pelo julgamento, sendo tal divisão fundamental, como visto anteriormente, para assegurar a máxima originalidade da cognição por parte do juiz que irá julgar o caso.

Outro ponto que merece destaque no novo sistema processual penal do Uruguai é a redefinição dos poderes e deveres do Ministério Público.

Inicialmente, previsto expressamente que o Ministério Público é um órgão independente, não recebendo ordens ou diretrizes de nenhum dos poderes do Estado, seja, o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário (artigo 46), o que se coaduna com o sistema acusatório, que preza pela separação de funções.

O Ministério Público é o titular da ação penal e responsável por praticar todos os atos que envolvem a etapa de investigação (artigo 43.1). Dessa forma, ao tomar conhecimento da existência de um fato com aparência de crime, promoverá a persecução penal com a ajuda da autoridade policial, sem poder suspender, interromper ou cessar seu curso, salvo nos casos previstos em lei (artigo 43.2).

Importante destacar que as decisões do Ministério Público serão regidas pelos princípios da legalidade e objetividade, com a indicação precisa da lei aplicável e sua correlação com os fatos. Adicionalmente, este deve fundamentar suas decisões, podendo inclusive ser responsabilizado administrativamente por sua eventual ausência.

Apesar do Ministério Público ser o órgão responsável pela acusação, no novo sistema processual penal do Uruguai, este também possui a função de garantir os

interesses e a proteção das vítimas, bem como de preservar os direitos do próprio acusado.

Como é marca do sistema acusatório, a atuação do Ministério Público é regida pelo princípio da oportunidade (artigo 100), não podendo este instaurar ação penal, devendo ainda abandonar os processos já iniciados, na hipótese de crimes de menor potencial ofensivo, que não comprometam o interesse público; quando se tratar de crime culposos que tenha causado ao autor grave aflição, cujos efeitos podem ser considerados maiores do que os derivados da aplicação de uma sanção; e quando decorrido quatro anos desde a prática do ato e se presumir que não haverá pena de prisão, não ocorrendo quaisquer das causas de suspensão ou interrupção da prescrição.

Logicamente que tais atos estão sujeitos a controle, devendo a decisão do órgão ministerial de não instaurar a ação penal ou de abandonar a já iniciada ser devidamente fundamentada, sendo remetida ao tribunal competente para efetiva verificação de sua regularidade formal.

A previsão do princípio da oportunidade se coaduna com a idéia de um processo penal eficiente, que se fundamenta na impossibilidade fática do Estado processar e punir todos os ilícitos penais. Dessa forma, se buscou criar um sistema regrado, no qual o responsável pela acusação tem a possibilidade de prosseguir com a persecução penal das infrações consideradas mais graves.

Destaca-se que a previsão, a regulação e a fiscalização da aplicação do princípio da oportunidade é de especial relevância para um sistema acusatório pautado na igualdade, pois evita-se a persecução penal seletiva que, em regra, tende a punir apenas os indivíduos marginalizados. Nesse sentido Raquel Ladeira²⁴⁵:

Así, se ha introducido el principio de oportunidad o, de disponibilidad para el ejercicio de la acción penal, que significa el intento del derecho de conducir la selección de las conductas punibles según fines concretos, sin dejarla abandonada al arbitrio o al azar. Se pretende corregir la disfuncionalidad que produce el propio sistema penal evitando la selectividad irracional y orientándola en forma reglada, más justa y más eficiente.

Dessa maneira, é possível perceber que no novo sistema processual penal do Uruguai, houve uma reestruturação do Ministério Público, atribuindo a esse órgão a responsabilidade por investigar a prática de crimes, bem como de instruir a ação

²⁴⁵LADEIRA, Raquel. La regulación del principio de oportunidad en el nuevo código del proceso penal. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coord.). **Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay**. Montevideo: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008. p. 180-181.

penal, concretizando a separação de funções. Adicionalmente, a este órgão foi garantida a liberdade regrada de atuação, devendo buscar a persecução penal apenas nas hipóteses efetivamente necessárias, o que se coaduna com a estrutura de um sistema acusatório e democrático.

Outro aspecto a ser considerado no novo código é o papel da vítima. Da mesma forma que nos demais sistemas Sul-Americanos aqui analisados, a vítima possui especial importância, participando ativamente da investigação e da instrução.

Com a finalidade de garantir tal participação, o órgão de acusação tem o dever de informar e proteger os interesses das vítimas, conforme disposto no artigo 48. Ao longo do processo é dever do Ministério Público tomar as providências ou solicitá-las, se for o caso, a fim de proteger as vítimas dos crimes, facilitar a sua intervenção no processo e evitar ou reduzir ao mínimo qualquer afetação de seus direitos (artigo 48.1).

Adicionalmente, a vítima deve ser informada sobre o curso e resultado do processo, bem como sobre seus direitos. Deve também ter medidas determinadas em seu favor, com a finalidade de lhe garantir proteção contra eventual assédio, ameaças ou ataques e deve ser informada sobre eventual direito de indenização e a forma de exercê-lo.

Dessa forma, no sistema uruguaio a vítima é vista como detentora de direitos, devendo ser protegida e eventualmente indenizada pelos prejuízos sofridos. Tal postura se coaduna com o sistema acusatório que, diferente do inquisitório, não busca apenas punir os infratores, mas também reparar os danos e promover a mentalidade de uma justiça restaurativa.

Ante o exposto, não há como negar que o Uruguai, através de seu novo código, deu um grande passo na direção da implementação de um sistema acusatório. A oralidade é algo especialmente privilegiado. Os debates ocorrem entre o Ministério Público e a defesa respeitando a imediação. Da mesma forma, tudo é decidido na mesma audiência. O contraditório estabelece-se de maneira muito transparente. O Ministério Público respeita a defesa e vice-versa, sendo as provas produzidas com a devida publicidade. Ademais, o acusado é visto como um sujeito de direito e não como mero objeto de imposição do poder punitivo estatal.

Entretanto, cabe destacar que não adianta mudar a lei se não mudarmos a cultura jurídico-penal. Na América Latina ela é inquisitiva, porque a nossa colonização

é europeia. Assim, os juízes são inquisidores e o Ministério Público tem uma visão distorcida do garantismo penal.

Como bem informa Binder²⁴⁶, “estabelecer o sistema acusatório ou adversarial e deixar para atrás o sistema inquisitorial consiste em modificar o modo como a justiça penal participa na gestão dos conflitos”.

Nesse sentido, não há como negar que a evolução do sistema uruguaio rumo a democratização de seu processo penal, rompendo com o passado inquisitório, restando agora verificar como tal legislação será aplicada.

²⁴⁶BINDER, Alberto M. **Código del Proceso Penal – Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay**. Montevideo: Universidad de Montevideo Facultad de Derecho, 2018. p. 30.

CONCLUSÃO

A presente dissertação analisou essencialmente o movimento reformista que se desenvolveu na América do Sul em busca da implementação de um sistema acusatório eficiente, bem como a importância do juiz de garantias na preservação da imparcialidade dos julgamentos. Adicionalmente, foram objeto de estudo a separação de funções, essencial ao modelo acusatório, e os impactos da atuação de ofício do órgão julgador na fase de investigação e na instrução probatória. Como dito inicialmente, o estudo se dividiu basicamente em três etapas.

A primeira destinou-se ao estudo das características do sistema inquisitório e do sistema acusatório, sendo ainda realizada uma análise crítica e histórica desses sistemas, bem como do contexto político e social de sua implementação.

Na segunda etapa, analisou-se o sistema processual penal brasileiro, qualificado pela doutrina como misto, sendo apresentada a extensão da atuação do magistrado, considerando a inexistência de norma vigente que fixa a divisão de competências e atribuições entre o juiz responsável pela investigação e aquele responsável pela instrução e julgamento. Ainda nessa etapa foi feita uma análise das funções e competências do juiz de garantias, o que evidenciou a sua essencialidade na preservação de julgamentos imparciais e na implementação de um modelo acusatório.

A terceira e última etapa apresentou a experiência de outros países sul-americanos que, em decorrência de um grande movimento reformista, promoveram a atualização de seus sistemas processuais, rechaçando o sistema inquisitório antes vigente e implementando um novo sistema de matriz acusatória e democrática.

Viu-se que o sistema inquisitório, que se consolidou na Europa por meio do Tribunal da Inquisição, foi implantado por regimes políticos autoritários e ditatoriais. Nesse modelo prevalece a forma escrita, bem como o segredo dos atos processuais e dos julgamentos. Nesse sistema, as funções de acusar e de julgar se confundem nas mãos do juiz, que tem o poder de interferir na investigação e na instrução probatória.

No modelo inquisitório prevalece a regra de que o acusado deve ser mantido preso durante o julgamento, atuando o Estado de forma a buscar a chamada verdade real, em detrimento dos direitos e garantias dos acusados. Assim, esse sistema é

construído de uma maneira que a imparcialidade do julgador é completamente afetada, na medida em que a produção probatória é conduzida pelo juiz, que tem plena liberdade de agir de ofício.

Prosseguindo, verificou-se que o sistema acusatório, que se contrapõe ao sistema inquisitório, busca aprimorar, com base em ideais libertários, o processo de investigação e julgamento. Nesse modelo, há uma busca pela preservação das garantias e direitos fundamentais dos réus, bem como pela separação de funções: de investigar, de acusar, de defender e de julgar. Assim, preza-se pela presunção de inocência e pela imparcialidade do julgador.

Nesse sistema busca-se a preservação do equilíbrio entre acusação e defesa, possuindo estas direitos e deveres que se desenvolvem em um processo marcado pela igualdade.

Adicionalmente, o processo penal acusatório, como visto, é regido pelos princípios da oralidade, da publicidade e da imediação, em oposição ao segredo e ao processo escrito, que são características da condução dos atos processuais no sistema inquisitório. Esses princípios têm a finalidade de garantir o exercício da ampla defesa pelo acusado, bem como de possibilitar o controle social do poder punitivo estatal.

Além do sistema acusatório e do inquisitório, estudou-se o sistema misto, em que há a previsão de divisão do processo em duas etapas. Na primeira, também chamada de pré-processual ou de investigação, prevalece o sistema inquisitório; e na segunda, também chamada de processual ou de instrução e julgamento, prevalece o modelo acusatório.

Como se verificou, a realidade é que o modelo misto não se sustenta, pois impossível ter um sistema que se fundamenta em princípios completamente contraditórios. Dessa forma, como ocorreu com o direito processual penal brasileiro, o sistema misto foi a cada dia mais se aproximando do sistema inquisitório.

Em seguida realizou-se a análise das características do sistema processual penal brasileiro. Foi possível verificar que a Constituição Federal do Brasil prevê diversos princípios que indicam a preferência do constituinte originário de 1988 pelo sistema acusatório. Dessa forma, estudaram-se o princípio da presunção de inocência, o da motivação, do contraditório, o da ampla defesa e o da imparcialidade do julgar.

Entretanto, prosseguindo com a análise do sistema brasileiro, foi possível confirmar que nosso Código de Processo Penal, que foi promulgado em 1941, aproxima-se claramente do modelo inquisitório, e que muitos de seus dispositivos contrariam diversos princípios constitucionais.

Importante ressaltar que, de forma semelhante ao que ocorreu na Argentina antes da promulgação de seu novo código de processo penal (Código Procesal Penal de La Nación), no Brasil, foram feitas diversas tentativas de reforma parcial. Entretanto, estas foram incapazes de reformular o sistema, criando diversas inconsistências e contradições que geram ainda mais instabilidade.

Ponto que mereceu destaque foi a tentativa de implementação do juiz de garantias no sistema brasileiro por meio da Lei 13.964 de 2019, também chamada de Pacote Anticrime. Apesar de algumas críticas apresentadas à forma de instituição do juiz de garantias, bem como à permanência de diversas contradições no sistema, como a manutenção do inquérito policial e de dispositivos que concedem amplos poderes instrutórios ao magistrado, essa reforma indicou um passo em direção à implementação de um sistema acusatório no Brasil.

Entretanto, o que se percebeu foi a existência de um forte movimento de contrarreforma que, apesar dos fracos argumentos apresentados, resultou na suspensão dos dispositivos que instituíram o juiz de garantias. Dessa forma, pode-se perceber que a mentalidade inquisitória domina boa parte dos juristas brasileiros, principalmente da própria magistratura. Isso demonstra que uma reforma parcial será insuficiente para atualizar e democratizar o sistema. Ademais, ainda que haja uma reforma completa, será necessário, como ocorreu no Chile, investir em capacitação e treinamento para que os juízes e demais servidores habilitem-se a atuar sob um novo regime processual penal.

Dando seguimento ao presente estudo, passou-se a analisar o sistema processual penal de alguns países da América Latina que aderiram ao movimento de reforma e efetivamente editaram novos códigos de processo penal pautados pelo princípio acusatório. Estudou-se especialmente o Código de Processo Penal Modelo para a Ibero-América, o Código de Processo Penal do Chile, o Código Procesal Penal de La Nación e o Código Procesal Penal da Provincia de Río Negro, ambos argentinos, e o Código Procesal Penal del Uruguay.

O código modelo foi o resultado de anos de estudo de diversos juristas empenhados em apresentar um projeto que serviria de base para a reforma do

sistema processual penal da América Latina. Já os demais diplomas legais são exemplos de como esse movimento foi capaz de gerar frutos e promover a democratização do sistema de justiça de diversos países sul-americanos.

Um aspecto de extrema importância foi a simplificação dos procedimentos. Os códigos modernos, diferentemente do sistema brasileiro, apresentam, em regra, apenas o procedimento comum e o procedimento abreviado. Assim, reduziu-se a complexidade do sistema, o que foi capaz de garantir maior eficiência e celeridade.

Ponto de interseção em tais diplomas legais é a efetiva separação das funções de acusar e de julgar. Como foi visto, marca do sistema acusatório é a garantia da imparcialidade do julgador, por meio da criação de instrumentos que impeçam a sua interferência na investigação e na instrução processual. Os sistemas estudados estabelecem que é competência exclusiva do Ministério Público, com o auxílio da polícia e até da vítima, proceder com a investigação criminal, e, eventualmente, propor a ação penal.

Além dessa separação de funções e atribuições, os sistemas chileno, argentino e uruguaio determinam que o juiz não tem o poder de interferir na investigação e na instrução probatória, sendo papel exclusivo das partes (acusação e defesa) produzir e apresentar as provas a serem consideradas pelo órgão julgador.

Aqui reside uma grande distinção de tais modelos com o estabelecido no Brasil. Como visto, o Código de Processo Penal brasileiro permite a atuação de ofício do magistrado durante a instrução processual e até mesmo durante a investigação. Dessa forma, o órgão julgador tem a faculdade de produzir as provas que entender cabíveis, o que invariavelmente macula sua imparcialidade, aproximando claramente nosso sistema do modelo inquisitório.

Cabe ainda ressaltar que a prática tem demonstrado que os magistrados brasileiros, de forma geral, exercem tais faculdades e interferem na produção probatória, determinando, por exemplo, a oitiva de testemunhas e a realização de diligências. Assim, permitir a atuação de ofício dos magistrados tem interferido no resultado dos julgamentos.

Outro aspecto de extrema relevância implementado pelos códigos aqui estudados são os princípios da oralidade, da publicidade e da imediação. Como se verificou, esses sistemas abandonaram o processo escrito, sendo quase todas as decisões tomadas em audiências públicas na presença das partes. Dessa forma, resta

evidente a implementação de um modelo que segue os ditames do sistema acusatório.

De forma completamente oposta, o direito brasileiro ainda adota o processo escrito e burocrático. Adicionalmente, em regra, com exceção da audiência de custódia, as partes só têm contato direto com o juiz em audiência durante a instrução processual penal. Dessa maneira, apesar de classificado como misto, nosso sistema mantém uma forma de processamento dos atos que indica a predominância do modelo inquisitório.

Ponto de especial relevância e objeto do presente estudo é a implementação do juiz de garantias. Como visto, o sistema processual chileno, argentino e uruguaio desenvolveram a figura de um juiz responsável pela investigação e pela admissibilidade da ação penal.

Ao juiz de garantias cabe exatamente a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos imputados, devendo quaisquer medidas restritivas ser por ele autorizadas. Entretanto, mais do que isso, a criação de um impedimento para que o juiz que atuou na fase pré-processual atue no julgamento é uma forma de se garantir a imparcialidade durante a instrução probatória e a prolação da sentença.

É evidente que o juiz que atua previamente no processo, autorizando medidas constritivas e a realização de diligências, e até determinando a prisão do acusado, tem sua imparcialidade maculada. Não é por outro motivo que a grande maioria dos sistemas processuais penais sul-americanos determina que as provas devem ser apresentadas para o órgão responsável pelo julgamento apenas oralmente e em audiência.

O sistema brasileiro claramente se afasta desse modelo, pois, apesar de recente tentativa, os dispositivos que instituíram o juiz de garantias foram suspensos. Dessa forma, o juiz responsável pelo julgamento do processo é o mesmo que atua na investigação, inclusive estando prevento para sentenciar, tendo contato com os autos do inquérito policial que segue os princípios do sistema inquisitório. Assim, não há como negar que o sistema vigente no Brasil, por mais que se diga ser misto, é puramente inquisitório. A realidade é que a instrução processual nada mais é do que um procedimento de confirmação das provas produzidas durante a investigação, estando a imparcialidade do magistrado completamente afetada pelo seu contato prévio com esses elementos.

Aspecto importante da reforma chinela foi o seu cronograma de implementação. Um dos argumentos contrários à tentativa de implementação do juiz das garantias no Brasil foi o curto espaço de tempo disponibilizado para que o Poder Judiciário pudesse adaptar-se e se organizar. Entretanto, essa alegação não se sustenta, pois perfeitamente viável uma adaptação programada do Judiciário, de acordo com um cronograma de implementação.

Adicionalmente, é importante perceber o patamar de importância a que se eleva a vítima no sistema acusatório implementado na Argentina, no Uruguai e em outros países da América Latina. Aqueles que defendem o sistema misto brasileiro e os poderes instrutórios dos juízes alegam que buscam punir infratores e defender os interesses dos que foram diretamente atingidos pelos atos ilícitos. Entretanto, a realidade é completamente inversa do que se alega. A vítima no processo inquisitório e no sistema brasileiro é deixada completamente à margem do processo, pois o foco é apenas na punição dos imputados a qualquer custo. A realidade é que as vítimas participam do processo apenas com a finalidade de garantir a condenação, sendo deixados de lado seus verdadeiros interesses, havendo pouco empenho em eventual reparação dos danos sofridos.

Ante o exposto, conclui-se que o sistema processual penal estabelecido no Brasil aproxima-se do modelo inquisitorial, não priorizando a garantia e a proteção dos direitos dos investigados. Da mesma forma, as funções e os poderes instrutórios e investigativos assegurados ao magistrado afetam a sua capacidade de proferir julgamentos efetivamente imparciais. Por fim, o juiz de garantias e a separação de atribuições é essencial e indispensável na implementação do sistema acusatório e na promoção de processos justos, imparciais e democráticos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

ARELLANO, Jaime; FIBLA, Gonzalo. [s.t.]. In: FUCHS, Marie-Christine; FANDIÑO, Marco; POSTIGO, Leonel González. **La justicia penal adversarial en América Latina: Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Fundación Konrad Adenauer, 2018. p. 55-73.

BENABENTOS, Omar. **Teoría General del Proceso**. v. 2. Rosario: Editorial Juris, 2005.

BERTI, Marcio Guedes. O Processo Penal e o Juiz de Garantias. In: COUTINHO, Jacinto Néelson Miranda; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes de; POSTIGO, Leonel González; PAULA, Leonardo Costa de (Orgs.). **Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay. Hacia la justicia penal acusatoria em Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2019.

BINDER, Alberto M. **Código del Proceso Penal – Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay**. Montevideo: Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, 2018.

_____. El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coord.). **Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay**. Montevideo: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008.

_____. El Juez en los Procesos Penales Reformados. In: Asociación de Magistrados del Uruguay. **Estudios sobre El Nuevo Proceso Penal: implementación y puesta en práctica**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2017.

_____. Entre la democracia y la exclusión: La lucha por la legalidad en una sociedad desigual. **Revista Brasileira de Ciências Crimiais**, a. 8, n. 29. p. 11-26, 2000.

_____. **Iniciación al proceso penal acusatório (para auxiliares de la justicia)**. Buenos Aires: Campomanes, 2000.

_____. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Introducción al Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

_____. **La nueva justicia penal de América Latina. Etapas y desarrollo del proceso de cambio**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2019.

_____. La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo. *In*: VANEGAS, F. S. B.; BINDER, A. M.; BURBANO, C. V.; GUARNIZO, C. N. (Coord.). **La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas**. Bogotá: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016.

_____. Transformación de la justicia penal y constitución: del programa político al programa científico. *In*: MORALES, F. G. (Ed.). Primer congreso nacional sobre la reforma del proceso penal. **Cuadernos de Análisis Jurídico**, n. 39, Santiago: Universidad Diego Portales, 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.635.787**. [...] Mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional na instância ordinária [...]. Satiro márcio Ignacio Junior. Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 13 de agosto de 2020. Disponível em: <https://portaljustica.com.br/acordao/2468144>. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. **Habeas Corpus 219.482**. [...] Improcede a alegação de ofensa ao princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, do CPP), visto que a magistrada sentenciante presidiu parte da instrução processual, ouvindo, inclusive, as testemunhas de defesa. [...]. Alessandro Marcelo de Souza. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro OG Fernandes. Brasília, 27 de março de 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102274890&dt_publicacao=11/04/2012. Acesso em: 15 dez. 2022.

_____. **Habeas Corpus 474.360**. [...] o princípio da identidade física do juiz, introduzido no Processo Penal pela Lei 11.719/2008, não é absoluto e não impede a realização do interrogatório do réu por meio de carta precatória. [...]. João Carlos Ferreira Amara Correia. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 11 de dezembro de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802724537&dt_publicacao=19/12/2018. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 26**. [...] exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional [...]. Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. [...] Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles [...].

Procuradoria-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 191.464**. Direito Penal e Processual Penal. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Acordo de Não Persecução Penal (Art. 28-A do CPP). Retroatividade até o Recebimento da Denúncia [...]. Mario Cesar Sandri. Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 11 de novembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. [...] Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles [...]. Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 13 dez. 2022.

_____. **Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6305**. Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Art. 3º-A, 3 -B, 3 -C, 3 -D, 3 -E e 3 -F do CPP. Juiz das Garantias [...]. Associação dos Magistrados Brasileiros e Outro(a/s). Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5840274>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

_____. **Mandado de Injunção 4.733**. [...] Dever do Estado de Criminalizar as Condutas Atentatórias dos Direitos Fundamentais. Homotransfobia. Discriminação Inconstitucional. Omissão do Congresso Nacional [...]. Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>. Acesso em: 13 dez. 2022.

CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coord.). **Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay**. Montevideo: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008.

CAMPOS, Santiago Pereira. Roles de los sujetos y principales estructuras del nuevo Sistema Procesal Penal. *In*: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coord.). **Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay**. Montevideo: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2013.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. As Ambulâncias e o Poder Judiciário. Reserva de Jurisdição e Direito de Liberdade. **Revista da EMERJ**, v. 8, n. 29, p. 76-86, 2005.

_____. As reformas processuais penais e a lei nº 12.403/2011. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n. 88, p. 35-49, 2011.

_____. Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Direito Processual Penal Brasileiro. In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.) **Constituição e Processo. Uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Ecos do VIII Congresso Internacional do Observatório da Mentalidade Inquisitória: Contribuições do Direito Processo Penal Argentino para o Brasil** (em fase de elaboração).

_____. Garantias Constitucionais-Processuais Penais (A efetividade e a ponderação das garantias no processo penal). **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 3, p. 186-197, 2003.

_____. Incongruências Constitucionais nos Códigos de Processo Penal do Brasil e de Portugal e o Problema da Violência. **Juris Poiesis – Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá**, a. 11, n. 11, p. 267-274, jan-dez 2008.

_____. Momentos entre o passado e o presente do processo penal no contexto do sistema criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 20, n. 1 p. 308, 2019.

_____. O Ministério Público e a mídia. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 12, p. 35, 2015.

_____. **O processo como ponto de encontro original**. Rio de Janeiro: GZ, 2022.

_____. **O processo penal em face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Quem é o juiz que aplica a pena?. In: CASARA, Rubens R. R.; LIMA, Joel Corrêa de. **Temas para uma perspectiva crítica do direito: Homenagem ao professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2012.

_____.; FERREIRA, Alex Daniel Barreto. Um café entre Moro e Ferrajoli: a operação Lava-Jato vista sob a perspectiva do sistema de garantias. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 7, n. 71, p. 428, 2017.

_____ ; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. O juiz de garantias brasileiro e o juiz de garantias chileno: Breve olhar comparativo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 28, n. 168, p. 93-123, 2020.

CONSO, Giovanni. **Manuale di Procedura Penale**. Roma: Edicusano, 2018.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal. v. 1**. Colômbia: Temis, 2000.

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

_____. O papel do novo juiz no processo penal. **Empório do Direito**, 2015. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 15 jan. 2023.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DUCE, Júlio Maurício. Ministério Público no Chile: Modelo institucional e funções. **Revista do CNMP**, v. 1, n. 1, p. 132-133, 2011.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. As verdades e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

FRASCAROLI, Maria Susana. ¿Condena sin pedid o fiscal?. In: ÑORES, Jose C. Ñores. Justicia penal y seguridad ciudadana. contactos y conflictos. Córdona: Ed. Mediterránea, 2000.

GIMENO, Vicente Sendra; CATENA, Víctor Moreno; DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés. **Derecho Procesal Penal**. Madrid: Colex, 1996.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, Derecho Penal y Proceso I. Problemas fundamentales del Derecho**. Barcelona: Bosch, 1935.

_____. **Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Buenos Aires: EJE, 1936.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 24, p. 71, mar. 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 7, n. 27 p. 71-79 julho/setembro de 1999.

_____. **Influência do código-modelo de processo penal para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. O processo em evolução.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **Liberdades públicas e processo penal: As interceptações telefônicas.** 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

_____. O código modelo de processo penal para Ibero-América: 10 anos depois. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 8, n. 30, p. 41-50, 2000.

_____; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

LADEIRA, Raquel. La regulación del principio de oportunidad en el nuevo código del proceso penal. *In*: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coord.). **Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay.** Montevideo: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008.

LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. **Derecho Procesal Penal chileno. Tomo I.** Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

_____. **Derecho Procesal Penal chileno. Tomo II.** Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

_____. **Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade garantista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. **Revista de Estudos Criminais**, a. 2, n. 6, p. 124-143, 2002.

_____; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Breves apontamentos *in memoriam* a James Goldschmidt e a incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”. **Revista de Processo**, a. 34, n. 176, p. 349-373, 2009.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal argentino.** Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

_____. **Derecho Procesal Penal. I Fundamentos.** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002.

_____. El CPP modelo y las nuevas tendencias del proceso penal. **Revista de Processo**, v. 22, n. 85, p. 255, 1997.

_____. **La Ordenanza Procesal Penal alemana: Su comentario y comparación com los sistemas de enjuiciamiento argentinos.** Buenos Aires: Depalma, 1982.

_____. Las Nuevas Tendencias Del Proceso Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** v. 4, n. 16. p. 77-85, 1996.

MARAFIOTI, Luca. Rito inquisitorio e rito acusatorio. *In:* CATENACCI, M. *et al.* **Dizionario di Diritto Pubblici.** v. 5. Milão: Giuffrè Editore, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Campos Allana. A relação jurídica processual como retórica: uma crítica a partir de James Goldschmidt. *In:* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coord.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal. v. I.** São Paulo: Bookseller, 1998.

MAURI, Carolina; GIULIANI, Laura. [s.t.]. *In:* FUCHS, Marie-Christine; FANDIÑO, Marco; POSTIGO, Leonel González. **La justicia penal adversarial en América Latina: Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley.** Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Fundación Konrad Adenauer, 2018. p. 26-54.

MIRZA, Flávio. Notas sobre a efetividade da defesa técnica em processo penal. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Org.). **Setenta anos do Código de Processo Penal: balanço e perspectivas de reforma.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção da inocência e do in dubio pro reo. **Revista Eletrônica de Direito Processual,** v. 5, n. 5, p. 540-549, 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. As Reformas Processuais Penais na América Latina – A visão de Alberto Binder. **ADV – Advocacia Dinâmica – Boletim Informativo.** Fascículo Semanal n. 4, p. 39-42, 2019.

NICORA, Guillermo. Las investigación preparatoria en el nuevo Código del Proceso Penal de Uruguay. *In:* CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coord.). **Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay.** Montevideo: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008.

PASTOR, Daniel R. **Tensiones: derechos fundamentales o persecución penal sin límites?** Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

PEREIRA, Santiago. [s.t.]. *In:* FUCHS, Marie-Christine; FANDIÑO, Marco; POSTIGO, Leonel González. **La justicia penal adversarial en América Latina: Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley.** Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Fundación Konrad Adenauer, 2018. p. 452-480.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor da tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

POPPER, Karl. **El mito del marco común**. Tradução de Marco Aurélio Galmarini. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2005.

POSTIGO, Leonel González. La etapa intermedia en el sistema adversarial de Uruguay. Del saneamiento formal al control sustancial de la acusación. *In*: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coord.). **Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay**. Montevideo: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008.

_____; PODESTÁ, Tobías José. Oralidad en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Tradução de Caíque Ribeiro Galícia e Vinícius Diniz Monteiro de Barros. **Revista de Direito Processual Penal IBRASPP**, v. 3, n. 3, p. 849-878, set./dez. 2017.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. **Revista de Estudos Criminais**, v. 10, n. 43, p. 99-115, setembro de 2011.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

RÚA, Gonzalo. El juicio oral en el código del proceso penal de Uruguay, desde una mirada adversarial. *In*: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonzalo. (Coord.). **Código del Proceso Penal: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal em Uruguay**. Montevideo: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008.

SERRANO, Ana María Ramas. [s.t.]. *In*: FUCHS, Marie-Christine; FANDIÑO, Marco; POSTIGO, Leonel González. **La justicia penal adversarial en América Latina: Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Fundación Konrad Adenauer, 2018. p. 74-91.

UBERTIS, Giulio. **Sistema di procedura penale. I. Principi generali**. 13. ed. Torino: UTET Giuridica, 2013.

VILLA, Mariela Ponce. **La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral**. Queretáro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Queretáro, 2019.