



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANTONIO FILHO TEIXEIRA VERAS

**A ATUAÇÃO *EX OFFICIO* DO JUIZ NA FASE PRÉ-PROCESSUAL: ENTRE A
NECESSIDADE PROBATÓRIA E A DISFUNÇÃO EPISTÊMICA.**

FORTALEZA
2022

ANTONIO FILHO TEIXEIRA VERAS

A ATUAÇÃO *EX OFFICIO* DO JUIZ NA FASE PRÉ-PROCESSUAL: ENTRE A
NECESSIDADE PROBATÓRIA E A DISFUNÇÃO EPISTÊMICA.

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago.

FORTALEZA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- V584a Veras, Antonio Filho Teixeira.
A atuação ex officio do juiz na fase pré-processual : Entre a necessidade probatória e a disfunção epistêmica / Antonio Filho Teixeira Veras. – 2022.
85 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2022.
Orientação: Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago.
1. Produção de provas ex officio. 2. Sistema acusatório. 3. Fase pré-processual. 4. Imparcialidade. I. Título.
CDD 340
-

ANTONIO FILHO TEIXEIRA VERAS

A ATUAÇÃO *EX OFFICIO* DO JUIZ NA FASE PRÉ-PROCESSUAL: ENTRE A
NECESSIDADE PROBATÓRIA E A DISFUNÇÃO EPISTÊMICA.

Monografia apresentada ao Programa de
Graduação em Direito da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Aprovada em: 23/06/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Daniel Maia
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Mariana Rodrigues Aragão
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, Antonio e Iranilda.

À minha avó, Maria.

AGRADECIMENTOS

O correr da vida embrulha tudo, escreveu o poeta. E este trabalho simboliza o fim de uma importante etapa do percurso da vida, cuja conclusão só foi possível em razão do apoio diuturno recebido de diversas pessoas, para com as quais jamais deixarei de ser grato, em especial por propiciarem a coragem que me foi demandada. Portanto, cabe registrar meus sinceros agradecimentos.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, Antonio e Iranilda, e à minha avó, Maria, as pessoas mais importantes da minha vida, pelo amor incondicional de sempre e por possibilitarem, sem medir esforços, a realização deste sonho. Esta conquista é tão deles quanto minha. Muito obrigado por tudo e por tanto.

Agradeço aos meus amigos pelo companheirismo e lealdade cotidianos, por acreditarem em mim, por serem incentivadores e por me proporcionarem inúmeros momentos de felicidade no decorrer desta caminhada cheia de percalços, tornando-a mais leve e tolerável. Em particular, consigno minha gratidão aos amigos Caio e Wirdley, por colaborarem de maneira crítica e intelectual com este trabalho.

Agradeço aos colegas que fiz ao longo da graduação, pelo acolhimento, pelas inquietações compartilhadas, pelo conhecimento adquirido, pelas excelentes conversas que usualmente me proporcionaram e por todo o auxílio prestado nos momentos cruciais.

Agradeço ao Prof. Dr. Nestor Santiago, inspiração como docente e pesquisador, pela excelente orientação prestada, sempre com paciência e dedicação, e por ter contribuído enormemente com a elaboração da presente monografia.

Agradeço ao Prof. Dr. Daniel Maia e à mestrandia Mariana Aragão, pela disponibilidade e pela honra que me concederam ao aceitar o convite para compor a banca avaliadora desta monografia, contribuindo em demasia com o aprimoramento da pesquisa nela desenvolvida.

Agradeço à Universidade Federal do Ceará e à E.E.E.P. Francisca Maura Martins, personificadas pelos seus respectivos corpos docentes e administrativos, por me proporcionarem conhecimento através de uma educação pública, gratuita e de qualidade. Espero contribuir com a sociedade de modo tão valioso quanto essas instituições contribuíram para a minha formação.

Por fim, agradeço a todos aqueles que de alguma maneira se fizeram presentes ao longo da graduação, prestando incentivos e suporte.

Salomon saith: There is no new thing upon the earth. *So that as Plato had an imagination,* that all knowledge was but remembrance; *so Salomon giveth his sentence,* that all novelty is but oblivion. Francis Bacon, Essays, LVIII. (BORGES, 2008, p. 7).

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre a atuação probatória *ex officio* do magistrado na fase pré-processual, com o objetivo de analisar a sua compatibilidade com o sistema acusatório, adotado constitucionalmente e reforçado pelas alterações promovidas pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). O modelo acusatório de processo é erigido sobre as bases da separação de funções processuais, da imparcialidade e do protagonismo das partes na gestão da prova, o que torna o ativismo judicial probatório incompatível com as suas premissas elementares, em especial na etapa da instrução preliminar, marcada pela inquisitorialidade e pela inexistência de relação processual com a respectiva delimitação do objeto da controvérsia, a ser feita tão somente na etapa judicial. Com efeito, a iniciativa probatória do juiz na instrução preliminar, sem a devida provocação das partes, consubstancia resquício inquisitorial inconciliável com a ordem normativa vigente, pois atentatório aos direitos e garantias fundamentais, nomeadamente por macular a imparcialidade do órgão julgador, princípio estruturante de um processo penal de natureza acusatória. Para o desenvolvimento do trabalho, utilizou-se de metodologia básica, de cunho teórico-bibliográfico e documental, feita por meio de referências teóricas já analisadas e anteriormente publicadas em meios escritos e eletrônicos, tais como livros, artigos em revistas científicas, dentre outros.

Palavras-chave: produção de provas *ex officio*; sistema acusatório; fase pré-processual; imparcialidade.

ABSTRACT

The present research deals with the *ex officio* evidentiary performance of the magistrate in the pre-procedural phase, with the objective of analyzing its compatibility with the adversarial system, adopted constitutionally and reinforced by the changes promoted by the Pacote Anticrime (Law 13.964/2019). The adversarial process model is built on the basis of the separation of procedural functions, impartiality and the leading role of the parties in the management of evidence, which makes evidentiary judicial activism incompatible with its elementary premises, especially in the preliminary investigation stage, marked by inquisitoriality and the inexistence of a procedural relationship with the respective delimitation of the object of the controversy, to be done only in the judicial stage. In fact, the judge's probatory initiative in the preliminary investigation, without due provocation by the parties, constitutes an inquisitorial remnant irreconcilable with the current normative order, as it violates fundamental rights and guarantees, namely by tarnishing the judge's impartiality, a structuring principle of a process criminal of an adversarial nature. For the development of the work, a basic methodology was used, of a theoretical-bibliographic and documentary nature, made through theoretical references already analyzed and previously published in written and electronic media, such as books, articles in scientific journals, among others.

Keywords: production of *ex officio* evidence; adversarial system; pre-procedural phase; impartiality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AJD	Associação Juizes para a Democracia
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
Art.	Artigo
c/c	combinado com
Cf.	Conferir
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
<i>etc.</i>	<i>et cetera</i>
inc.	inciso
IP	Inquérito Policial
Min.	Ministro (a)
MJSP	Ministério da Justiça e da Segurança Pública
MP	Ministério Público
nº	número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
p.	página
PIC	Procedimento Investigatório Criminal
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
ss.	seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TFD	Teorização Fundamentada nos Dados
<i>v. g.</i>	<i>verbi gratia</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	OS SISTEMAS DE PROCESSO PENAL	14
2.1	O sistema inquisitório	16
2.2	O sistema acusatório	20
2.3	O sistema misto	23
2.4	O sistema adotado no Brasil	26
3	INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: LEI Nº 13.964/19 E O REFORÇO À ESTRUTURA ACUSATÓRIA	31
3.1	A Investigação Preliminar: conceito, finalidade e natureza jurídica	32
3.2	Outros conceitos elementares: objeto, atos investigatórios e graus de cognição	37
3.3	Sistemas e sujeitos envolvidos na Investigação Preliminar	41
3.4	Lei nº 13.964/19 e o reforço à estrutura acusatória	52
4	A PRODUÇÃO DE PROVAS <i>EX OFFICIO</i> DO JULGADOR	58
4.1	A imparcialidade e a busca da verdade no processo penal: uma tensão	58
4.2	A atuação probatória <i>ex officio</i> do juiz na investigação preliminar	63
4.3	A (in)compatibilidade da atuação probatória <i>ex officio</i> do juiz na fase pré- processual face à Lei Anticrime	71
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
	REFERÊNCIAS	79

1 INTRODUÇÃO

O artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP – Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), com a redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008, dispõe sobre a possibilidade de produção probatória de ofício pelo juiz na fase de investigação preliminar, observada a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida.

A atual redação conferida ao dispositivo supramencionado se deu em um momento marcado por intensas mudanças na legislação processual penal, bem como pela proeminência da atuação judicial no pretense combate à corrupção. No entanto, a referida norma suscitou questionamentos acerca da conformação da medida com o sistema de processo penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, até o ano de 2019, o Código de Processo Penal ainda não adotava uma posição clara no que tange ao sistema de condução do processo, o que gerava insegurança jurídica em torno da norma contida no art. 156, inc. I, do CPP. Por outro lado, os operadores do Direito extraíam a opção pelo sistema acusatório por meio de uma interpretação extensiva do art. 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Esse panorama foi profundamente alterado pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como “Lei Anticrime”, responsável por promover modificações estruturais na legislação penal, processual penal e de execução penal. Especificamente quanto à lei adjetiva penal, o diploma normativo em referência não apenas inseriu novas figuras e institutos na dinâmica pré e processual, a exemplo do juiz das garantias, como também marcou a escolha expressa do legislador ordinário pelo sistema acusatório no CPP, consoante se extrai do art. 3º-A deste Código.

Nesse sentido, o debate sobre a compatibilidade do art. 156, inc. I, do CPP, com a ordem jurídica vigente ganhou novos contornos, notadamente em face das divergências sobre as funções na dinâmica pré-processual e a hipertrofia judicial que resulta do reconhecimento da possibilidade de uma postura ativa por parte do magistrado na busca pela verdade através da produção probatória, em inegável substituição às autoridades competentes para tanto, a saber, a autoridade policial e o Ministério Público, incumbidos da presidência e destinatário do inquérito policial, respectivamente.

A princípio, ressalte-se que a primazia de um modelo acusatório de processo, com estrutura adversarial, moderada por um terceiro imparcial – o magistrado –, que decide através do convencimento racional e motivado advindo da livre valoração das provas elaboradas pelas partes, torna contraditória a iniciativa probatória judicial, haja vista a capacidade dessa

proatividade de não só macular a imparcialidade do julgador, mas também enfraquecer a relação dialética e paritária existente entre defesa e acusação.

Todavia, apesar dos acertos da Lei nº 13.964/19 quanto à introdução da figura do juiz das garantias e o reforço à estrutura acusatória do processo, os artigos que tratam dessas e outras matérias tiveram a sua eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por tempo indeterminado, *ad referendum* do Plenário, por medida cautelar admitida nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e outros, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Diante do contexto apresentado *retro*, é possível perceber a necessidade da discussão acerca da aplicabilidade do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal face ao arranjo acusatório extraído do texto constitucional e reforçado pela Lei Anticrime. Para tal intento, a presente pesquisa utilizará metodologia básica, de cunho teórico-bibliográfico e documental, a ser feita por meio de referências teóricas já analisadas e anteriormente publicadas em meios escritos e eletrônicos, tais como livros, artigos em revistas científicas, entre outros.

Ademais, com o objetivo de uma melhor abordagem do tema proposto, dividiu-se o projeto em três tópicos principais. Inicialmente, pretende-se delimitar a opção do constituinte quanto ao modelo de processo penal por intermédio da apresentação dos sistemas processuais penais tradicionalmente apontados pela doutrina – o inquisitório, o acusatório e o misto –, demonstrando as principais diferenças entre eles, bem como verificar a influência da Lei nº 13.964/19 nesse aspecto. Em seguida, objetiva-se estabelecer as posições e funções dos sujeitos integrantes da fase pré-processual, refletindo quanto à introdução da figura do juiz das garantias na relação. Da mesma forma, propõe-se analisar a produção de provas e a postura do órgão julgador, investigando, por fim, a compatibilidade da produção probatória pelo juiz na investigação preliminar face ao sistema acusatório.

2 OS SISTEMAS DE PROCESSO PENAL

A história das penas não raro se confunde com as próprias alterações do curso da humanidade e do Estado, da mesma forma que as modificações estruturais pelas quais estes passaram influenciam diretamente a política punitiva. Foucault (2016, p. 21) assegura que a severidade no trato penal acompanhou o deslocamento do objeto da ação punitiva do corpo à realidade incorpórea.

Em outras palavras, hodiernamente, os métodos de punição, assim como os meios para se chegar até as sanções são pensados e fundamentados sob um viés de racionalidade com o propósito de serem menos autoritários e violentos, haja vista a consagração de inúmeros direitos e garantias fundamentais inerentes à condição humana¹.

Sob essa ótica, a aplicação das penas se encontra condicionada, como regra, à existência de um processo por meio do qual o Estado analisa, via exercício da Jurisdição, os elementos do crime para então decidir acerca da condenação ou absolvição do acusado à sanção estatal². Por consequência, afirma-se que o Direito Processual Penal é não apenas o caminho necessário à aplicação da pena e sua respectiva execução, como também “o instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado” (PACELLI, 2017, p. 19).

Por seu turno, a atuação judicial, bem como a definição do papel do juiz e sua respectiva postura institucional sofrem influência direta das garantias orgânicas e das garantias procedimentais que fundamentam o processo, as quais, por sua vez, estão condicionadas ao caráter acusatório ou inquisitório do sistema processual ao qual pertencem e que em conjunto caracterizam (FERRAJOLI, 2002, p. 451).

Da mesma forma, os atos de persecução penal, a exemplo de investigar, processar, julgar e punir, estão essencialmente relacionados à reposta do processo penal frente às

¹ No Brasil, até o século XVIII, a previsão de tortura e penas corpóreas, comum na Europa medieval e inquisidora, foi herdada de nossos colonizadores lusitanos, como é possível observar no Quinto Livro das Ordenações, Título LXIII, que, dentre outras penas, determinava a aplicação de açoites àqueles que assistissem escravos cativos na fuga. Esse tema só ganhou novo tratamento com a promulgação da Constituição Política do Império do Brasil, que aboliu a aplicação de qualquer flagelo físico como método de punição. Cf. RAYOL, Rafael Ribeiro. **Princípio acusatório e alguns reflexos de sua aplicação**. In: Desafios contemporâneos do sistema acusatório. / Associação Nacional dos Procuradores da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão e 7ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Org.: Lívia Nascimento Tinôco, Luiza Cristina Frischeisen, Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva, Silvio Amorim Junior e Vladimir Barros Aras. Brasília: ANPR, 2018, pp. 75-109.

² Trata-se do consagrado brocardo latino *nulla poena sine iudicio*, segundo o qual a sanção penal não é autoexecutável e, por conseguinte, somente ganha concretude para aplicação a partir do pronunciamento feito pelos órgãos jurisdicionais por intermédio do processo, afigurando-se, em verdade, uma coação indireta. Cf. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 27-28.

exigências do Direito Penal e do Estado da época (LOPES JUNIOR, 2012, p. 115), isto é, em um modelo de Estado autoritário, o processo penal tende a seguir uma dinâmica pouco democrática e transparente, na qual o investigado é mero objeto do rito. A partir dessa lógica, pode-se inferir qual o sistema de processo penal foi adotado por um Estado em uma determinada época.

Em síntese, o processo penal é um sistema constituído por regras e princípios com força normativa que, simultaneamente, instrumentaliza a repressão dos delitos e protege o acusado contra o risco de abusos da parte do Estado (BOSCHI, 2020, p. 517). Através das características que constituem esse conjunto de normas jurídicas, o juiz pode atuar de maneiras variadas para solucionar a querela penal, resultando daí a relevância do sistema escolhido.

Nessa esteira, a noção contemporânea de Estado Democrático de Direito está intimamente relacionada a uma ordem jurídica fundamentada nos conceitos de direitos humanos e exercício legítimo do poder soberano, expressão da vontade popular (PRADO, 2001, p. 31). Especificamente no que concerne ao Brasil, a Constituição da República de 1988 funda as bases do Estado nas premissas intrínsecas ao paradigma democrático, sem as quais o exercício do poder soberano se torna ilegítimo. Como decorrência da supremacia da Constituição, dá-se a inarredável necessidade de que todo o ordenamento jurídico esteja em conformidade com os seus preceitos.

Com efeito, Prado (2001, pp. 37-38) assinala que o processo é expressão do microcosmo democrático, haja vista a necessidade de submeter a uma solução institucionalizada a tensão dialética decorrente do conflito de interesses relativo aos direitos de liberdade e de punir, titularizados pelo investigado e pelo Estado, respectivamente. Para além disso, o modelo democrático de processo confere maior legitimidade ao juiz quanto à enunciação das decisões. Todavia, conforme ficará demonstrado a seguir, por influência da dinâmica contingente e não-linear da História, nem sempre essa estrutura se fez referência, de modo a prevalecer sobre as demais.

Assim, considerando a relação simbiótica que se dá nos dias atuais entre direito, processo e democracia, bem assim a influência desses elementos na dinâmica processual, em específico no que tange à atuação judicial, este capítulo abordará os principais modelos de processo penal desenvolvidos no curso da história e tradicionalmente apontados pela doutrina, demonstrando as diferenças essenciais entre eles para, ao fim, delimitar qual dos sistemas foi o acolhido pelo Código de Processo Penal do Brasil, buscando a sua conformação com a ordem constitucional vigente, assim como a repercussão das modificações advindas da Lei nº 13.964/19 na matéria.

De imediato, esclarece-se que, frequentemente, os estudiosos da seara processual penal indicam e desenvolvem a existência de três modelos de sistemas processuais penais: o inquisitório, o acusatório e o misto³, sendo este último objeto de controvérsias que serão analisadas adiante. Nessa perspectiva, conforme leciona Ferrajoli (2002, p. 451), essas espécies de sistemas sofrem variações de ordem teórica e histórica, as quais não necessariamente têm uma relação de coincidência e/ou conexão. Tendo em vista o foco teórico do presente trabalho quanto à situação jurídica da ordem processual penal brasileira vigente, este aspecto será objeto de maior atenção, ao passo que o desenvolvimento histórico ficará em um plano secundário.

Ainda, a seleção de características tidas como essenciais nos dois modelos indubitavelmente se subordina aos juízos de valor decorrentes da relação que se faz entre o sistema acusatório e o modelo garantista e, por outro lado, entre o sistema inquisitório, o modelo autoritário e a eficiência repressiva (FERRAJOLI, 2002, p. 452). Por conta disso, será adotada uma postura de maior cautela e rigor metodológico no que diz respeito à simplificação desses modelos e suas eventuais distinções teóricas e históricas.

Sem embargo do exposto, para Santos e Santiago (2020, p. 216), o que distingue esses modelos é não somente as funções que são exercidas pelos atores processuais, como também a gestão da prova adotada. A seguir os sistemas processuais penais serão descritos a fim de que, posteriormente, seja feita a análise do modelo escolhido para o Brasil.

2.1 O sistema inquisitório

As primeiras manifestações do processo inquisitório ocorreram na Roma Imperial com os procedimentos de ofício para os *delicta publica*⁴, em especial pelos *crimina laesae majestatis* de subversão e conspiração (FERRAJOLI, 2002, p. 453). Apesar da incidência, o rito inquisitório nessa época tinha caráter extraordinário, destinando-se tão somente aos crimes cuja ofensa aos interesses do príncipe era direta. A regra era a aplicação do procedimento de natureza acusatória. Todavia, com a queda do Império Romano, essa forma embrionária de

³ Nesse sentido, remete-se o leitor às seguintes obras: LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pp. 44-61; LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, pp. 41-45; ALENCAR, Rosimar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, pp. 54-57.

⁴ O delito público consistia na violação de norma jurídica considerada de relevante importância social para o Estado. A punição para os autores destes delitos configurava a chamada “pena pública”, imposta por Tribunais especiais, e que consistia na morte, ou na imposição de castigos corporais ou em multa que era revestida em benefício do Estado. Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 579. Ressalte-se, no entanto, que os *crimina laesae majestatis* aqui mencionados têm um caráter ainda mais específico que os delitos públicos propriamente ditos, uma vez que implicavam em ofensa direta ao príncipe.

processo inquisitório desenvolvida e aplicada ainda que de maneira excepcional entra em declínio, reaparecendo apenas séculos mais tarde.

Conforme Khaled Junior (2010, p. 295), o modelo inquisitório de processo será desenvolvido precipuamente no contexto da Baixa Idade Média, a partir do século XIII, época em que o aparato repressivo era influenciado pela cosmovisão religiosa com fundamento em verdades consideradas absolutas e poder centralizado. Ferrajoli (2002, p. 453) leciona que durante o século XIII, nos processos por crimes de lesa-majestade, assim como nos processos de natureza eclesiástica, o rito inquisitório voltou a ter prestígio e ganhou contornos de recrudescimento, uma vez que esses delitos passaram a ser considerados ofensas diretas contra Deus e, por isso, a acusação era não só obrigatória, mas também pública, inadmitindo-se a incerteza na busca da verdade ou mesmo manifestação do contraditório, de modo que o acusado era forçado a colaborar com o regular deslinde do processo. A generalização do modelo de processo inquisitório para todos os delitos e a assunção do caráter ordinário ocorreram especialmente a partir do século XVI em todo o continente europeu (FERRAJOLI, 2002, p. 454).

Sob o ponto de vista histórico, percebe-se que o sistema inquisitório surge posteriormente ao sistema acusatório, com o fim de superar as deficiências que inevitavelmente advieram da aplicação deste modelo, mormente em face das críticas relativas à efetividade, à celeridade e à publicização do procedimento, conforme se verá adiante, bem assim como decorrência de uma concepção de Estado específica da época com tendências para a concentração de poderes.

Quanto aos caracteres orientadores do sistema inquisitório, Coutinho (1998, p. 166) destaca que essa estrutura de processo é norteada por dois elementos, a saber, o princípio inquisitivo, pelo qual a atuação judicial se dá de maneira proeminente, inclusive de ofício, seja para iniciar o processo ou para o seu natural desenvolvimento, e “a extrema concentração de poderes nas mãos do órgão julgador, o qual detém a *gestão da prova*”.

Como mencionado anteriormente, as propriedades identificáveis no plano teórico não coincidirão sempre com aquelas verificáveis no plano histórico, porquanto inexiste uma implicação lógica necessária entre ambas, de forma que a cada período histórico em que foi adotado, serão observadas pequenas singularidades a ele correspondentes. Nesse sentido, do panorama teórico, são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução, ao passo que são atributos eventuais ou contingentes do modelo inquisitório a obrigatoriedade e a irrevogabilidade da ação penal, o caráter público dos órgãos de acusação, a

pluralidade dos graus de jurisdição e a obrigação do juiz de motivar as suas decisões (FERRAJOLI, 2002, p. 451).

Pela perspectiva teórica ou estrutural, o processo de natureza inquisitória tende a desconsiderar a possibilidade de se construir de maneira participativa um caso que envolva pessoas concretamente consideradas (SABOIA, 2018, p. 67). Isso ocorre porque nesse modelo não existe propriamente uma estrutura adversarial baseada em uma dialética racional moderada por um terceiro imparcial, não havendo que se falar em convencimento motivado (LOPES JUNIOR, 2012, p. 122). Em suma, é um rito que desconsidera o contraditório e a configuração tripartite do processo (*actum trium personarum*)⁵.

Diversamente, no modelo inquisitório, tem-se como característica determinante a centralização das funções processuais (acusar, defender e julgar) na figura de um juiz denominado “inquisidor” (HAMILTON, 2002, p. 251), o qual desempenha um papel ativo e ativo na busca por uma verdade tida como real ou absoluta, atuando até mesmo contra o processado. Desse modo, a concentração das funções processuais em um só sujeito e o seu consequente protagonismo ocasionam a impossibilidade de exercício efetivo ou potencial do contraditório.

Ademais, com fundamento no conceito de verdade real e na sistemática de gestão da prova nas mãos do órgão jurisdicional, o modelo orientado pelo princípio inquisitivo despreza a noção de livre convencimento motivado quando da reconstrução do fato criminoso tanto pela fase investigatória quanto pela etapa instrutória e da prolação da decisão, privilegiando um sistema tarifário ou legal de provas, pelo qual cada elemento probante adquire um valor determinado previamente. Essa mecânica tem como efeito a instituição de relações hierárquicas entre as provas produzidas, sendo a confissão a maior delas (NEVES; RESENDE, 2020, p. 127), de maneira que ao juiz cumpre apenas um raciocínio silogístico a respeito do valor das provas acostadas aos autos para proferir um juízo acerca dos fatos no sentido de condenar ou absolver o acusado.

Outro corolário dessa configuração estrutural do sistema inquisitório é a perda da condição de sujeito processual por parte do acusado, que, nas palavras de Coutinho (1998, p. 166), é reduzido à “mero objeto de investigação e tido como detentor da verdade de um crime,

⁵ Por esses motivos, há quem critique a expressão “processo inquisitivo”, como é o caso de Juan Montero Aroca em seu livro *Principios del proceso penal*, por considerar que não se trata verdadeiramente de um processo. Sob essa ótica, o uso da expressão consubstancia uma contradição em termos. Contudo, parcela da doutrina entende que o processo de natureza inquisitiva é, sim, um processo, apesar do abandono das garantias constitucionais ao acusado por confusão entre autor e julgador. Cf. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 48-49.

da qual deverá dar contas ao julgador”, recaindo sobre si as atenções e os esforços do juiz. Em vista disso, não apenas a prisão cautelar passou a ser utilizada de maneira indiscriminada, até mesmo usurpando o seu caráter excepcional, fazendo as vezes de instrumento ordinário para se dispor do acusado, como também a tortura ganhou importância e legitimação em função da sua aplicação como relevante ferramenta de obtenção da confissão, a rainha das provas (*regina probationum*) (LOPES JUNIOR, 2006, p. 171).

O espírito persecutório e de sujeição é tal que a declaração do estado de inocência do acusado não existe enquanto possibilidade concreta, uma vez que o juiz inquisidor se limita ao “mero reconhecimento da insuficiência de provas para a sua condenação” (KHALED JUNIOR, 2010, p. 295). Dessa forma, a inocência permanece em um estado de latência, podendo ser questionada a qualquer momento, mormente pela inaplicabilidade da coisa julgada.

A despeito da preponderância do sistema inquisitório durante todo o período que vai da Baixa Idade Média ao século XIX, esse modelo tornou-se em parte incompatível com os ordenamentos jurídicos modernos, o que resultou na sua paulatina preterição em detrimento ao sistema acusatório. Tal fenômeno ocorre muito em virtude das disfunções inerentes à operação do próprio rito inquisitório e da sua insustentabilidade frente aos anseios epistêmicos e organizacionais do Estado na contemporaneidade.

Com efeito, Lopes Junior (2012, p. 126) explica que toda a estrutura do processo inquisitório foi operada a partir de instrumentos e conceitos falaciosos, especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na lição do autor, a intolerância é um aspecto indissociável da concepção de verdade absoluta, uma vez que se assim não o for, corre o risco de perder o seu caráter “absoluto”. Em consequência, segundo esclarece Saboia (2018, p. 70), a verdade real acaba sendo utilizada como instrumento de dominação e legitimação de procedimentos insidiosos, inclusive por meio da concessão de poderes investigatórios e instrutórios ao órgão julgador, que passa a poder determinar de ofício a coleta de provas, ainda que no curso das investigações e independentemente de sua proposição pela acusação ou pela defesa, assim como pela autorização do emprego de tortura como meio válido e legítimo de prova.

Além disso, nomeadamente no que interessa a este trabalho, o acúmulo de funções que identifica o sistema inquisitório traz consigo o inconveniente da vinculação psicológica do julgador ao resultado da causa, porque o juiz que realizou investigações e formulou a acusação já tem convicção formada e, ao atuar dessa maneira, está propício a condenar o réu (MOREIRA; CAMARGO, 2016, p. 4), fato que por si só tende a macular a imparcialidade do magistrado. Não apenas a vinculação psicológica surge como inconveniente, mas também a ampla margem para abusos e arbitrariedades decorrentes da concentração de funções em um só sujeito.

Percebe-se que, na verdade, o sistema inquisitório possui inclinações para privilegiar estruturas judiciárias burocratizadas e procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz, compensados pelos vínculos das provas legais (FERRAJOLI, 2002, p. 453), notadamente pelos anseios de concentração e manutenção do poder, razão pela qual costuma encontrar guarida em governos dotados dessas características, como é o caso, por exemplo, da Monarquia e do Império de Roma, da Inquisição realizada pela Igreja Católica, do governo autoritário de Napoleão na França e da ditadura militar brasileira (SABOIA, 2018, p. 66). Na atualidade, costuma-se recorrer aos postulados inquisitórios sempre que se busca fundamentação na eficiência processual e na qualidade repressiva dos atos, em especial nos momentos de recrudescimento no combate ao crime.

2.2 O sistema acusatório

As origens do processo estruturado segundo o princípio acusatório⁶ remontam à Antiguidade clássica, notadamente na Grécia e na Roma republicana, onde a acusação tinha natureza predominantemente privada, além de o juiz e o júri serem dotados de caráter arbitral. Como consequência dessa dinâmica, o processo tinha como características a atribuição da titularidade da acusação ao ofendido ou ao seu grupo familiar, a discricionariedade do exercício da ação, o ônus acusatório da prova, a estrutura dialética das partes e o seu tratamento baseado na noção de paridade de armas, a distinção das funções de acusar e julgar, a publicidade e a oralidade do debate, dentre outras (FERRAJOLI, 2002, p. 453).

Todavia, de acordo com Lopes Junior (2012, p. 118), na época do Império de Roma, o sistema acusatório foi gradualmente se mostrando insuficiente para as novas necessidades repressivas, em especial pelo seu caráter privatístico, do qual decorria a limitação investigatória e a frequente omissão no exercício da ação, e pela inércia judicial, tornando cada vez mais frequente a postura ativa dos juízes em relação à investigação. Em contrapartida, dá-se a já mencionada ascensão do modelo inquisitório, que passa a operar na qualidade de procedimento extraordinário, com duração até a queda do Império romano.

Após isso, novamente o procedimento penal reveste-se das propriedades

⁶ Este trabalho adota a posição de Geraldo Prado, para quem são inconfundíveis o sistema acusatório e o princípio acusatório. Este é parte daquele, razão pela qual mostra-se equivocada a justaposição de ambos. O sistema acusatório compreende o conjunto de normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, o acusatório. Por outro lado, o princípio acusatório é informado por todos aqueles elementos que historicamente vão compondo o sistema acusatório, mas cuja eliminação não afeta o núcleo básico deste tipo. Cf. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001, pp. 123-127.

acusatórias, perdurando assim até meados do século XII, quando ganha seus contornos clássicos por meio do Direito inglês e a consequente instituição do *trial by jury*, pelo qual o julgamento se dividia em duas fases, sendo uma de admissão da acusação e outra da aplicação do direito material (RODRIGUEZ, 2017, p. 15)⁷. Contudo, a partir do século XIII, diante dos aspectos deficitários deste modelo e das novas orientações de Estado, passa a ter protagonismo o sistema inquisitório.

O retorno à tradição acusatória ocorre por intermédio do reformismo penal iluminista com o seu pensamento antropocêntrico e organizado em torno das codificações (KHALED JUNIOR, 2010, p. 296). Na esteira do que foi analisado *supra*, percebe-se que a história dessas categorias não é estanque, afigurando-se muitas vezes acidentada e marcada por idas e vindas, uma vez que a persecução penal, enquanto opção política, está sujeita às vontades do poder soberano que a institui. Dito isso, procede-se à análise do sistema acusatório sob outro enfoque.

No plano teórico, o sistema acusatório tem como ponto nevrálgico a separação absoluta das funções processuais, além de basear-se na dinâmica adversarial de convencimento racional do órgão julgador, o qual, constituído previamente e segundo as normas constitucionais, encontra-se em posição de distanciamento em relação ao objeto e às partes, funcionando como figura limitada às funções de julgar e de zelar pelo exercício dos direitos fundamentais (SANTOS; SANTIAGO, 2020, p. 216).

Ferrajoli (2002, pp. 451-452) ensina que são propriedades intrínsecas ao modelo acusatório, verificáveis no âmbito histórico e teórico, a separação das funções, em especial quanto ao juiz e acusação, o tratamento paritário entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento. De outro lado, constituem elementos contingentes desse sistema, dentre outros, a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo.

De acordo com Oliveira (2016, p. 106), para o sistema acusatório, a imparcialidade do juízo é requisito essencial, sem o qual o processo se torna viciado. Tendo isso em vista, o sistema preconiza a impossibilidade de envolvimento psicológico do juiz criminal com a causa e, por conseguinte, afigura-se inconformável com a realização direta e pessoal de diligências investigatórias e/ou instrutórias de ofício pelo julgador. Em outras palavras, demanda a presença

⁷ Além disso, no modelo inglês, a figura do representante do rei, próxima ao que se tem hoje por juiz-presidente, não podia intervir no curso do processo, estando limitado à manutenção da ordem, uma vez que o julgamento era palco de um debate entre acusação e defesa. Cf. RODRIGUEZ, Bruno Augusto Psendziuk. *O direito de defesa no sistema processual penal inquisitivo*. Porto Alegre, 2017. [Monografia (Especialização)]. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/165620>>.

de um juiz que não conduz por si a investigação factual, mas, ao contrário, decide baseado nos fatos e argumentos aduzidos pelas partes.

Nesse sistema, a atividade de persecução penal estatal é conferida a órgão diverso daquele que julga, dotado de independência em relação ao poder central. A existência desse órgão público acusador independente e autônomo garante que os suspeitos do cometimento de crime e os já acusados não sejam perseguidos, além de permitir uma análise impessoal das provas, preservando o juiz da vinculação subjetiva, uma vez que é a separação de funções que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive.

Entretanto, só o fato de haver um órgão de acusação distinto daquele que julga não é suficiente para caracterizar um sistema enquanto acusatório. Reiterando o exposto *retro*, a acusatoriedade depende da imparcialidade do julgador consubstanciada na possibilidade de o magistrado decidir a causa de maneira consciente e meditada, optando entre duas alternativas, em relação às quais se manteve equidistante (PRADO, 2001, p. 128). Entende-se, pois, que a melhor solução só é possível por meio da contraposição entre acusação e defesa perante um juiz imparcial.

Além da separação de funções e do alheamento do órgão julgador, o processo penal de cunho acusatório não é erigido sobre os pilares da verdade real ou absoluta, senão sobre os pressupostos da verdade processual. Trata-se de conceito relativo ao modo de construção do convencimento, pelo qual a gestão da prova é atribuída às partes, restringindo a cognição do juiz àquilo que foi produzido nos autos do processo por acusação e defesa.

Em síntese, a noção de verdade processual é pautada por um formalismo protetor, respeitando a forma enquanto valor e tratando a condenação ou a absolvição como equivalentes axiológicos para o resultado (LOPES JUNIOR, 2012, p. 545). Além disso, com fundamento no conceito de verossimilhança, entende-se que os fatos deduzidos no processo possuem cognição limitada e, em consequência, não se confundem com a verdade substancial, uma vez que no processo só é possível a reprodução de uma verdade considerada historicamente, reconstruída e formal (SABOIA, 2018, p. 75).

Deveras, o sistema acusatório retira o foco do acusado e da aplicação da pena para se concentrar na validação dialética das provas entre a acusação e a defesa (RAYOL, 2018, p. 88). Refere-se a um Direito Penal do fato em contraposição ao Direito Penal do autor que geralmente caracteriza o modelo inquisitório. Em decorrência não se admite o sistema de prova tarifada, porquanto baseia-se nas proposições do livre convencimento motivado, segundo as quais o juiz é livre para valorar as provas produzidas nos autos sob o crivo do contraditório, decidindo de maneira fundamentada (NEVES; RESENDE, 2020, p. 128).

Essa conjunção visa preservar a justiça das decisões judiciais criminais, dando ampla margem ao acusado não só para questionar todos os pontos que lhe imputa a acusação, como também para buscar a produção de todas as provas que entenda cabíveis e úteis para demonstrar os fatos alegados em sua defesa, tendo por instrumento a inércia do julgador desde a fase investigativa até a prolação da sentença (RAYOL, 2018, p. 84).

As críticas ao sistema acusatório historicamente estão relacionadas à eficiência deste procedimento e à inércia judicial que decorre da sua aplicação⁸. Argue-se que, ao deixar a produção probatória exclusivamente nas atribuições das partes, o modelo acusatório obriga o juiz a se conformar com as consequências de uma atividade incompleta, decidindo com base em um material defectivo (LOPES JUNIOR, 2006, p. 164). Este argumento figura entre as principais justificativas para a atribuição de poderes instrutórios ao juiz.

Contudo, por óbvio, não se trata de exigir um sujeito processual inteiramente passivo, inerte ou até mesmo omissor. Na verdade, pelo modelo acusatório, postula-se que o juiz deve concentrar seus esforços no controle da legalidade da investigação criminal e do curso do processo, além de salvaguardar os direitos individuais dos envolvidos, nomeadamente aqueles submetidos à reserva de jurisdição, relegando a atividade investigatória e instrutória aos atores competentes para tal, isto é, os litigantes. Em última análise, é uma garantia em prol não apenas do acusado, mas também da acusação e do próprio magistrado.

Não bastasse, a inércia judicial deve estar intimamente relacionada à proatividade dos demais atores, haja vista o interesse destes no resultado do processo, diversamente do que ocorre com o órgão julgador, que figura nesta relação como mero árbitro.

2.3 O sistema misto

Ante os horrores observados no período da Inquisição, por influência do Iluminismo humanitário, a tradição política e intelectual inaugurada pela Revolução Francesa redescobriu os valores garantistas da doutrina acusatória, optando por esse sistema (FERRAJOLI, 2002, p. 454). Sucede que a experiência acusatória não perdurou, notadamente pela orientação do Código Termidoriano de 1795 e do Código Napoleônico de 1808.

⁸ Nos primórdios do sistema acusatório, o caráter predominantemente privado da acusação era frequente submetido a críticas em razão do corriqueiro uso desta ferramenta com ânimo revanchista, ou mesmo pela constante omissão no exercício do direito de ação, do qual resultava a impunidade. Porém, como já exposto, posteriormente ocorre a publicização do processo, o que torna sem razão as críticas acima. Cf. LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, pp. 163-164.

De maneira mais específica, segundo Lopes Junior (2006, pp. 173-174), sob o prisma histórico, o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, usualmente referido como “Código Napoleônico”, é indicado como o diploma normativo responsável por fundar o sistema misto, pois inaugurou a cisão das fases de investigação e juízo, incluindo a figura de um terceiro distinto do juiz, detentor do múnus de realizar a acusação⁹. Nessa lógica, o Código de 1808 foi editado para promover uma ruptura com o sistema inquisitório puro, herança dos Estados absolutistas, porque visava combater os excessos do princípio inquisitivo (RODRIGUEZ, 2017, p. 23). Na prática, porém, essa descontinuidade não ocorreu de modo efetivo.

O sistema misto pode ser definido como aquele no qual há uma combinação temperada de características dos dois sistemas referidos no tópico anterior, com organização dividida em duas fases procedimentais. De acordo com Rangel (2015, p. 52), a primeira etapa, identificada pelo procedimento de instrução preliminar e orientada pelo princípio inquisitivo, é conduzida pelo juiz, que procede às investigações, colhendo os elementos para que, posteriormente, seja formalizada a acusação. Em complemento, o autor destaca que a segunda fase, de natureza judicial e direcionada pelo modelo acusatório, é onde as partes iniciam o embate oral e público, com a acusação feita por um órgão distinto do que irá julgar.

De seu turno, o desenvolvimento dos dois sistemas processuais penais analisados outrora demonstra que ambos estão fundamentados em anseios e paradigmas distintos, não raro conflitantes e até mesmo opostos, inclusive no que tange aos momentos históricos em que surgiram. Apesar disso, o processo penal misto nasce de uma tentativa de conciliar os elementos positivos dos modelos inquisitório e acusatório, ao passo em que busca superar os aspectos deficitários destes sistemas. Logo, a estrutura processual mista visa respeitar as garantias inerentes à condição humana, ao mesmo tempo em que preserva a eficiência preconizada pelo modelo inquisitório (SABOIA, 2018, p. 77). O conseqüente inevitável dessa tentativa de adequação de modelos teoricamente inconciliáveis é a estruturação de um sistema necessariamente bifásico.

O sistema misto ou bifásico agrega em torno de si controvérsias infundáveis, inclusive em relação à possibilidade de existir como modelo autônomo. Malgrado parcela considerável da doutrina defenda a existência de um modelo híbrido, como é o caso de Guilherme de Souza Nucci e Fernando Capez, ampla corrente sustenta a insuficiência de um

⁹ A acusação continua como monopólio do Estado, apenas a titularidade do seu exercício que passa para um órgão diverso daquele que julgará. É a partir disso que nasce a instituição do Ministério Público, encarregada de exercer a acusação e pretensamente garante da imparcialidade do juiz. Cf. LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 173.

sistema eclético de processo penal, porquanto, na verdade, deve-se identificar a essência dos atos de determinado sistema processual para então classificá-lo.

Nesse sentido, Rosa (2015, p. 56) entende que a compreensão de sistema “decorre da existência de um princípio unificador, capaz de derivar a cadeia de significantes dele decorrente” – se dispositivo ou inquisitivo –, a fim de alcançar a estrutura que norteia o processualismo, razão pela qual é incongruente falar em terceiro gênero que tão somente aglutina características de dois sistemas autônomos. Do mesmo modo, Lopes Junior (2012, p. 129) consigna que a classificação de um sistema enquanto misto peca por não identificar o núcleo fundante deste, bem como porque a separação dos atos de persecução penal não constitui o núcleo fundante dos sistemas e, por si, não é suficiente para a sua caracterização.

Em contrapartida, por razões semelhantes, mas sob um enfoque pragmático, Coutinho (2009, p. 109) argumenta que os sistemas seriam todos mistos porque são escolhidos por intermédio de uma opção política, pela qual adota-se o modelo de produção de provas e de funções processuais de um sistema, ao passo que se engloba as atividades secundárias de outro. Em suma, “em sendo um sistema regido pelo princípio inquisitivo, tem, agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório; ou, em sendo regidos pelo princípio dispositivo, tem agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório”.

Com o devido respeito, embora na atualidade os sistemas mistos sejam comumente informados pelo princípio dispositivo com alguns elementos secundários próprios do sistema inquisitório, consubstanciando um modelo majoritariamente acusatório, o fato é que qualquer comprometimento na estrutura acusatória do sistema já basta para caracterizá-lo como inquisitório (KHALED JUNIOR, 2010, p. 299). Nessa perspectiva, o sistema misto não pode ser entendido como uma miscelânea dos princípios informadores dos sistemas inquisitivo e acusatório, considerando que estes figuram em lados opostos (SANTOS; SANTIAGO, 2020, p. 217), sob pena de se efetivar a indesejável influência de elementos de um modelo no outro, ainda que incompatíveis, fenômeno que denota a fragilidade do sistema híbrido frente a possibilidade iminente de deturpação dos princípios norteadores de cada fase processual.

Não bastasse, o modelo eclético é incapaz de solucionar de maneira satisfatória o inconveniente da vinculação psicológica do órgão julgador, encarregado de conduzir toda a primeira fase do processo e, posteriormente, realizar o julgamento. Sem embargo de uma estruturação bifásica e protagonismo de diferentes órgãos em cada fase, a etapa processual propriamente dita inclina-se a configurar mera repetição ou encenação da primeira fase, conduzida pelo juiz.

Por fim, convém indicar a posição de Khaled Junior (2010, p. 298), para quem, no

sistema bifásico, a “verdade” obtida, assim como na Inquisição em que o juiz apenas confirmava uma verdade a que ele mesmo havia dado origem, também não corresponde aos fatos, mas sim, às intenções dos investigadores originais.

2.4 O sistema adotado no Brasil

O Código de Processo Penal do Brasil (Decreto-Lei nº 3.689/41) foi inegavelmente influenciado pelo Código de Processo Penal Italiano de 1930, correntemente denominado “*Codice Rocco*”. Uma vez que esta codificação foi elaborada sob a matriz ideológica do inquisitorialismo fascista, sem dúvidas o diploma normativo brasileiro não ficou imune às contaminações advindas dessa condição e, por isso, afirma-se que o sistema adotado no CPP é “de inspiração visivelmente fascista” (SANTOS; SANTIAGO, 2020, p. 216)¹⁰.

Malgrado, a processualística brasileira sofreu paulatinas modificações que alteraram em definitivo a sua estrutura, especialmente na seara penal. A promulgação da Constituição da República de 1988 figura como importante marco no paradigma processual, pois além de consagrar um rol extenso de direitos aplicáveis ao processo, ao inaugurar uma nova ordem jurídica, naturalmente submeteu todas as normas então vigentes ao juízo de recepção dos dispositivos. Da mesma forma, recentemente o processualismo penal experimentou novas alterações sistêmicas em virtude da vigência da Lei nº 13.964/19, o famigerado “Pacote Anticrime”. A seguir serão expostos os resultados dessas mudanças para, finalmente, indicar a escolha do ordenamento jurídico pátrio.

De acordo com o mencionado previamente, a Constituição Federal de 1988 funda as bases do Estado brasileiro nas premissas inerentes ao modelo democrático, que, por sua vez, estrutura o ordenamento jurídico com esteio nos conceitos de direitos humanos, exercício legítimo do poder soberano enquanto expressão da vontade popular e seus consectários.

Nesse contexto, considerando a supremacia que qualifica a Constituição, tem-se como absolutamente impositiva a necessidade de que toda a ordem jurídica esteja em conformidade com os preceitos constitucionais. Em síntese, para analisar a validade do Código de Processo Penal, deve-se examinar os dispositivos nele contidos à luz da Constituição, buscando conformá-los com as normas positivadas no texto constitucional, fundamento de validade das regras e princípios que compõem a ordem normativa pátria. Apenas dessa forma

¹⁰ Os referidos autores explicam que a exposição de motivos do Código de Processo Penal do Brasil preconizava a escolha de um sistema excepcionalmente repressivo e inibidor de garantias, de modo a enaltecer a superioridade do Estado perante a pessoa.

será possível afirmar a existência de uma processualística verdadeiramente democrática.

Ademais, convém destacar que a avaliação do modelo processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro feita de maneira isolada sob a ótica do Decreto-Lei nº 3.689/41 configura não apenas um equívoco epistêmico, haja vista a subversão da hierarquia formal das normas, mas também uma reafirmação do ranço autoritário deste microsistema sob os direitos e garantias implantados pela Constituição Cidadã. Desse modo, antes de passar efetivamente à opção do legislador, é importante dissertar acerca do que se entende por modelo democrático de processo.

Remontando à lição de Piero Calamandrei, Prado (2001, pp. 39-40) aduz que democrático é o processo estruturado e desenvolvido sob a ótica de uma relação de equilíbrio entre os sujeitos (*actum trium personarum*), com vinculações recíprocas no que tange aos direitos e deveres. Essa perspectiva rejeita a estruturação do processo como relação de poder, na qual prevalece a noção de hierarquia entre os envolvidos. O autor complementa a ideia indicando que a concepção de um processo penal democrático impõe uma estrutura que respeite o modelo dialético, reservando ao juiz a função de julgar de acordo com o produto da tensão adversarial que existe entre as partes, ao passo em que retira do órgão julgador a iniciativa da persecução penal.

Outro não poderia ser o raciocínio, uma vez que, segundo Silva; Santos; Magalhães (2020, p. 150), em um Estado Democrático de Direito, o processo penal não funcionará somente como instrumento de efetivação do direito punitivo estatal, senão como um meio de garantia dos direitos individuais do acusado, sobretudo em face do arbítrio do Estado.

Para Renato Marcão (2014, p. 81), o modelo acusatório possui nítida feição democrática, de modo que “o imputado é sujeito de direitos, e não simplesmente objeto de persecução, daí ser presumido inocente, até prova em contrário, do que decorre, como regra, o direito de aguardar o término dos rituais judiciais em liberdade, dentre outras garantias”.

Nessa conjuntura, a opção do constituinte pelo sistema acusatório era usualmente extraída do art. 129, inciso I, que estipulou a competência do Ministério Público para “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (BRASIL, 1988). Todavia, sempre foi possível perceber essa escolha por meio de uma leitura sistemática do texto constitucional, cujos valores norteadores são inegavelmente incompatíveis com um modelo inquisitorial de processo penal. Essa é a razão que também torna inconformável a opção por um sistema eclético, no qual os direitos e garantias do investigado não são considerados em um primeiro momento, assim como não se faz imperiosa a imparcialidade do juiz no âmbito da investigação preliminar, visto a possibilidade de atuação efetiva na produção probatória.

Dessarte, é possível perceber o modelo escolhido pelo constituinte e que impôs a adaptação na legislação adjetiva penal. Isso porque, consoante ensina Oliveira (2016, p. 104), a mera existência de um órgão julgador não justifica a qualificação de um processo penal como democrático aos olhos da Constituição. Para além disso, faz-se necessário o gozo de qualidades mínimas sem as quais o juiz não estará apto a atuar como garantidor, a exemplo da equidistância e da imparcialidade. Essas características somente serão vislumbradas no contexto de uma legislação processual penal que opte pela maximização da dignidade humana e conseqüentemente pelo princípio acusatório.

No âmbito jurisprudencial, a questão do modelo processual penal ganha outros delineamentos. Em sua análise sobre os discursos acerca do garantismo e do sistema acusatório nos tribunais superiores, a partir da Teorização Fundamentada nos Dados (TFD), Saboia (2018, p. 55) explica que as cortes propugnam uma posição no sentido de que “o sistema processual pátrio não adota o modelo acusatório *in totum*, mas transita por ele, não se desvinculando totalmente do modelo inquisitivo”. Prossegue destacando que as cortes superiores acreditam que é próprio do sistema acusatório o fato de o juiz na fase de inquérito não realizar diligências, não produzir provas, limitando-se a autorizar aquelas submetidas a reserva jurisdicional (SABOIA, 2018, p. 59). A despeito desse discurso, com frequência abandonam os princípios orientadores do sistema acusatório para privilegiar a eficiência processual, retornando à noção de um sistema que não é puro.

Em contrapartida, especificamente no plano teórico-doutrinário, até o ano de 2019 a opinião não era uníssona quanto à classificação do sistema processual penal brasileiro. Deveras, como já referido, a corrente majoritária defendia a opção pelo sistema acusatório. Não obstante, considerável parte dos estudiosos, como é o caso de Tourinho Filho (2017), defendia que o sistema adotado era acusatório mitigado, pois mesmo que houvesse a separação de funções, a lei processual penal facultava ao juiz o exercício de poderes instrutórios, consoante se observa na redação do art. 156 do CPP¹¹. Outra parcela, exemplificada por Nucci (2016), entende que o processo penal brasileiro é orientado pelo sistema misto, haja vista a divisão em uma fase pré-processual, de caráter inquisitivo, e outra processual, de natureza acusatória.

Ainda, cumpre mencionar a posição de Lopes Junior (2012, p. 128), para quem o modelo brasileiro era definido como (neo)inquisitório, apesar da posição majoritária que qualifica o sistema como acusatório. O autor chega a essa conclusão por desconsiderar a

¹¹ Art. 156: A prova da alegação incumbirá a quem 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; (BRASIL, 1941)

existência de um princípio misto apto a caracterizar um modelo eclético de processo penal, bem como por esquivar-se de “maquiagens conceituais”.

Da mesma forma, reportando-se à origem do CPP, Coutinho (2009, p. 111) indica que o processo penal brasileiro é regido por um sistema misto de base inquisitorial, agregando elementos acidentários da estrutura acusatória, haja vista a constante sobreposição de funções do órgão jurisdicional, plenipotenciário, e do órgão de acusação, inclusive por meio da iniciativa probatória *ex officio* dos juízes na fase de investigação.

Essa posição parece válida tão somente levando-se em consideração a dinâmica vivenciada antes da vigência da Lei Anticrime, momento em que foi consignada. Porém, hodiernamente não há como se falar em modelo (neo)inquisitório, mormente em face da escolha inaugurada pela Lei nº 13.964/19, que introduziu o art. 3º-A ao Código de Processo Penal, cuja redação determina 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” (BRASIL, 1941).

Segue-se a noção de que o sistema acusatório somente pode ser adotado quando a atuação judicial é orientada pelo princípio dispositivo, vedando-se a iniciativa do juiz quanto a certos atos tanto na fase investigatória quanto na fase processual, no intuito de preservar a sua imparcialidade (NEVES; RESENDE, 2020, p. 130).

A inovação consagrada pelo art. 3º-A do CPP tornaria inquestionável a adoção do sistema acusatório, findando a discussão em torno da temática e modificando o paradigma da persecução penal. Ao mesmo tempo, impor-se-ia a releitura e até mesmo a revogação tácita de diversos dispositivos presentes no CPP e na legislação processual extravagante, cuja manutenção integral constitui afronta à estrutura acusatória de processo, a exemplo do art. 156, inciso I, que dá poderes instrutórios ao magistrado na fase investigatória. Contudo, o dispositivo em comento encontra-se injustificadamente no rol de normas que tiveram a sua eficácia suspensa por força de medida cautelar proferida nos autos de ação do controle concentrado de constitucionalidade que questiona a validade das alterações propostas pela Lei Anticrime, fato que dá mais vigor aos argumentos de quem entende que o modelo adotado pela ordem normativa brasileira diverge do acusatório ou mesmo configura um subsistema desta estrutura.

Por fim, reitera-se que a tradição do sistema inquisitório ainda influencia a legislação processual penal e a jurisprudência sobre a temática. Nesse sentido, Leite (2018, p. 300) leciona que, mesmo após três décadas de promulgação da Constituição Federal de 1988, que é inconciliável com outro modelo que não seja o acusatório, o sistema nela previsto tem encontrado inúmeros entraves para que seja aplicado em toda a sua extensão, permanecendo,

em certa medida, no papel.

Igualmente, Hamilton (2002, p. 250) consigna que o processo penal brasileiro recebeu tratamento acusatório pelo constituinte, porém convive com inúmeros dispositivos que desafiam abertamente o princípio acusatório, apesar da longa vigência da Carta Política de 1988, muitos dos quais subsistem sem receber sequer um questionamento nos tribunais superiores. Por conta dessa antinomia existente entre esses dispositivos – por exemplo, os arts. 127, 133, 156, 311 e outros – e o conteúdo constitucional, o autor defende a sua superação.

3 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: LEI Nº 13.964/19 E O REFORÇO À ESTRUTURA ACUSATÓRIA

Neste segundo capítulo, discorre-se sobre a primeira fase da *persecutio criminis*, isto é, a investigação preliminar, cuja compreensão é fundamental para o desenvolvimento da problemática avaliada no presente trabalho. Mais que isso, parte-se da ideia proposta por Lopes Junior (2012, p. 264), segundo a qual “um processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados básicos do processo penal”.

Dessa forma, pretende-se expor inicialmente os conceitos elementares que circundam a concepção da instrução prévia, a saber, a sua definição, finalidade, natureza jurídica, sistemas, atos e graus de cognição, os quais permitirão delinear aspectos básicos relativos ao tema, como é o caso do objeto dessa fase da persecução penal, do valor probatório dos elementos colhidos por intermédio dela, dos sujeitos que a compõem, dos limites de atuação de cada um desses personagens, com ênfase na atividade desenvolvida pelo juiz, notadamente no que se refere à produção probatória, à colheita dos elementos informativos e a sua influência nas etapas posteriores.

Com efeito, a instrução preliminar é corriqueiramente relegada a um plano secundário da persecução penal, em especial por ser considerada etapa facultativa. Porém, como explica Souza (2016, p. 33), esse panorama teórico vem sendo paulatinamente alterado, pois os atos investigatórios têm cada vez mais funcionado como guia condutor dos atos processuais propriamente ditos, até mesmo influenciando aspectos decisórios do magistrado, o que denota o valor e a repercussão desses atos aparentemente facultativos nas fases seguintes da persecução penal.

Sem prejuízo do exposto, ressalte-se que desde o início da vigência do Código de Processo Penal, em 1941, as alterações no *modus operandi* da investigação preliminar, em especial no Inquérito Policial, previsto entre os artigos 4º e 23 do CPP, mostraram-se pontuais (CAPORAL; SILVA, 2021, p. 7). Isso significa que o funcionamento da fase preliminar ainda é bastante influenciado pela mentalidade inquisitorial que serviu de base ao CPP.

Considerando o ranço autoritário advindo dessa influência inquisitorial, editou-se a Lei nº 13.964/19 (Lei Anticrime), cujo desiderato, ao menos em matéria processual penal, é servir de reforço à estrutura acusatória extraída do texto constitucional e evitar a aplicação mitigada desse modelo no curso da persecução penal, nomeadamente no que tange à postura judicial. Assim, a parte final do capítulo se voltará para a Lei nº 13.964/19 e as profundas

transformações que essa legislação promoveu no âmbito da etapa investigativa e na dinâmica dos sujeitos nela envolvidos.

3.1 A Investigação Preliminar: conceito, finalidade e natureza jurídica

A ausência de eficácia direta das normas de Direito Penal e a sua respectiva atuação numa realidade que só ganha concretude por intermédio do processo correspondente conduzem a uma situação na qual a aplicação das sanções pressupõe, em regra, não apenas a existência de uma lesão a um bem jurídico penalmente tutelado, mas também a submissão do acusado ao devido processo penal (*nulla poena et nulla culpa sine iudicio*), denotando uma relação de complementaridade entre delito, pena e processo.

Malgrado a instrumentalidade que caracteriza o processo, não se pode iniciá-lo de imediato e desarrazoadamente, sem reunir elementos mínimos que o justifiquem, haja vista as consequências sociais e jurídicas deletérias que dele podem advir para o acusado. Por isso, a persecução penal abrange dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Souza (2016, p. 14) explica que a persecução penal segue um juízo progressivo de formação de culpa para que a lei penal com previsão abstrata possa ser aplicada em concreto: nasce com um *juízo de possibilidade* justificado pelas investigações, posteriormente consolida um *juízo de probabilidade* com o final da instrução preliminar e início do processo, e, por fim, encerra-se com um *juízo de convencimento* do julgador sobre o fato investigado, materializado pela sentença penal.

Em outros termos, diante da violação da ordem jurídica apta a ensejar a aplicação do Direito Penal, impõe-se a movimentação de todo um aparato estatal que compreende desde a fase investigatória, pela qual se busca averiguar indícios de autoria e materialidade de um fato tido como delituoso, passando por um processo, em caso de formalização da acusação, até chegar a efetiva execução da pena, na hipótese de condenação do acusado.

Dessa forma, nota-se que basta a mera plausibilidade da existência de uma infração para dar azo à instrução preliminar, fenômeno que, todavia, não ocorre para transmudá-la em ação penal, porquanto esta exige um grau maior de convencimento consubstanciado na probabilidade de cometimento do delito, indicando que a certeza quanto ao grau de convencimento acerca do fato será tanto maior quanto mais avançada for etapa em que se encontra a persecução penal (XAVIER, 2011, p. 14).

A partir do pensamento acima descrito, percebe-se o papel fundante das investigações preliminares para o processo penal, principalmente pela estruturação do Estado

Democrático de Direito em seu viés contemporâneo, constituído por um sistema de implicações deônticas compostas de garantias individuais que condicionam ou vinculam o exercício do poder estatal, sem as quais a incidência do *ius puniendi* é proibida (FERRAJOLI, 2002, p. 74).

Diferentemente do que ocorre em outros países, a legislação processual penal do Brasil não adota um conceito formal para a instrução preliminar. Não obstante, com esteio no entendimento de Lopes Junior (2001, p. 32), é possível defini-la como um conjunto de atividades realizadas de maneira interligada por órgãos do Estado – um procedimento –, a partir de uma notícia-crime¹², com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, cuja pretensão primária é averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com a finalidade de subsidiar o exercício da ação penal ou o seu não processamento. Ou seja, representa importante peça para a apuração de elementos fáticos e de convicção acerca da autoria e materialidade do possível fato delituoso com o desiderato de servir de fundamento à formação da *opinio delicti* do Ministério Público ou do particular, destinatários das investigações preliminares e responsáveis pelo manejo da ação penal.

O mencionado caráter informativo da investigação é primacialmente o que a distingue da instrução existente na ação penal: aquela teria por escopo obter dados informativos para o órgão acusatório examinar a viabilidade de propositura da ação penal, enquanto o objeto desta seria colher provas para demonstrar a legitimidade da pretensão punitiva ou do direito de defesa (MACHADO, 2009, p. 5). Apesar disso, sob uma perspectiva de ordem prática, os atos de investigação preliminar possuem forte influência no curso do processo e no próprio convencimento do julgador, consoante será demonstrado nos tópicos seguintes, razão pela qual não se pode ignorar sua interferência no campo processual.

Porém, não se pode reduzir a função da fase pré-processual aos formalismos típicos da ordem que a instituiu, em meados de 1941, os quais se pretendiam fins em si mesmos. Faz-se necessária a superação dessa influência autoritária e a consequente adequação à ordem constitucional vigente, de nítida inspiração democrática. Logo, sobrelevando a finalidade de proteção do sujeito passivo, a investigação preliminar visa também assegurar a maximização da legitimidade das provas e dos elementos colhidos, assim como evitar que o investigado inocente seja submetido injustamente a um gravoso processo, cuja existência por si só já representa um profundo estigma (GONTIJO, 2016, p. 5).

¹² A notícia do crime (*notitia criminis*) pode ser definida como o conhecimento espontâneo ou provocado que tem a autoridade pública da prática de um fato delituoso (MARQUES, 1997, p. 115). Portanto, não se limita à comunicação de um fato aparentemente delitivo por intermédio de terceiros, senão também através da própria atividade corriqueira da autoridade detentora de poderes investigativos.

Nesse contexto, a investigação preliminar reveste-se cautelaridade, cujo sentido é dúplice: primeiro, indica a necessidade de preservação de eventuais elementos ou meios de provas, mas não se esgota nessa ideia, podendo ser entendida também a partir da finalidade de evitar excessos que a imediatidade de eventual ação penal poderia trazer à honra e à reputação do envolvido no processo penal (SAAD, 2020, p. 31).

Assim, de acordo com Lopes Junior e Gloeckner (2013, p. 98), as três razões que fundamentam a instrução preliminar podem ser resumidas em: i) buscar o fato oculto por meio do esclarecimento probabilístico da autoria e da materialidade; ii) salvaguardar a sociedade da impunidade dos fatos criminosos; e, de preferência, iii) evitar acusações levianas e infundadas, sem o mínimo de verossimilhança.

Por sua vez, como já referido, a investigação preliminar, enquanto etapa pré-processual, não se confunde com o processo penal em si. A rigor, compreende-se tratar de um procedimento, tendo em vista a inexistência de uma relação jurídico-processual fundada no contraditório entre partes (*actum trium personarum*), com o escopo de garantir a prestação de uma tutela jurisdicional. Nesse aspecto, Dinamarco (2001, p. 131) define o procedimento como um sistema de atos concatenados numa relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade de preparar o ato final de confirmação do exercício de poder. Sem embargo do conceito em comento, convém esclarecer que a instrução preliminar não possui uma sequência lógica predeterminada e necessária, pois a autoridade responsável por conduzi-la pode comandar as investigações da forma como julgar mais adequada (ETZBERGER, 2011, p. 21).

No tocante à natureza jurídica, a investigação preliminar desencadeia a prática de atos de diferentes características (administrativos, judiciais e jurisdicionais), de forma que a referida configuração suscita discussões quanto a essência dessa fase, se administrativa ou judicial¹³. Ante a complexidade do tema, é importante elucidar que a natureza jurídica será determinada pela análise de um conjunto de fatores, em especial pela essência predominante dos atos nela contidos, a função desempenhada, a sua estrutura e o órgão encarregado de conduzi-la (LOPES JUNIOR, 2001, p. 32).

Etzberger (2011, p. 21) enfatiza que a instrução preliminar terá natureza de procedimento administrativo quando estiver a cargo da Polícia Judiciária ou de outro órgão estatal que não seja dotado de potestade jurisdicional e, conseqüentemente, não pertença ao

¹³ A título ilustrativo, pode-se mencionar o Inquérito Policial, que é considerado procedimento administrativo, porém, congrega em seu bojo atos tipicamente jurisdicionais que demandam a atuação judicial, a exemplo daqueles que implicam em restrições aos direitos do investigado, como é o caso da prisão preventiva e outras medidas pessoais ou reais de natureza cautelar.

Poder Judiciário. Efeito dessa configuração é que as atividades desenvolvidas no âmbito dessa investigação serão realizadas por autoridades com poderes tipicamente administrativos. *A contrario sensu*, será um procedimento judicial pré-processual quando for de incumbência de um órgão integrante do Poder Judiciário, caracterizado pela prática de atos predominantemente judiciais.

Sales (2014, p. 11) complementa afirmando que, mesmo nos modelos investigativos conduzidos por um juiz de instrução ou outro órgão componente da estrutura do Poder Judiciário, a investigação continua a ter *status* de procedimento e, conseqüentemente, representa uma etapa pré-processual em razão da inexistência de um arranjo pautado no caráter dialético que informa a relação dos componentes do processo sob a supervisão da autoridade judiciária. Além disso, apesar da essência judicial, a maior parte dos atos praticados nesses modelos não são atribuições decorrentes da jurisdição.

Cada sistema processual penal, ciente das suas particularidades, adotou o meio de apuração prévia que lhe pareceu mais adequado em um determinado momento histórico, considerando-se aspectos políticos, sociais e culturais, bem como os respectivos destinatários (GARCIA, 2014, p. 20). No caso brasileiro, em virtude das grandes dimensões territoriais do país, as dificuldades para transporte e atuação célere de um juiz instrutor em locais distantes, a investigação preliminar está estruturada principalmente sob a forma de Inquérito Policial, que recebe esse nome por ser encargo da Polícia Judiciária por expressa determinação legal, a qual encontra-se em posição de subordinação em relação ao Poder Executivo (GONTIJO, 2016, p. 15).

Entretanto, não se limita a esse modelo, uma vez que pode ficar a cargo de diferentes órgãos oficiais (v. g., Ministério Público, Comissões Parlamentares de Inquérito, Unidade de Inteligência Financeira, entre outros)¹⁴. Todas as autoridades e órgãos oficiais então mencionados são dissociados do Poder Judiciário, por isso pode-se afirmar que a etapa pré-processual tem natureza administrativa¹⁵.

¹⁴ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995)

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. (BRASIL, 1941)

¹⁵ A referida conclusão leva em consideração exclusivamente a conjuntura disposta no ordenamento jurídico brasileiro. Pode ocorrer de algum dos órgãos oficiais aqui mencionados integrarem a estrutura do Poder Judiciário em outros países, fenômeno que leva à inevitável conclusão de que a instrução preliminar nesses locais será essencialmente judicial. Na Itália, por exemplo, o Ministério Público está inserido no âmbito do Poder Judiciário, razão pela qual a investigação preliminar conduzida pelo *Parquet* italiano é tida como um procedimento judicial pré-processual. Cf. LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001, pp. 34-36.

Definida a natureza jurídica da investigação preliminar, cumpre destacar as características elementares que permeiam e dão forma a fase inicial da persecução penal, a fim de compreendê-la em sua integralidade. Segundo Lopes Junior (2012, p. 266), a instrução preliminar possui dois caracteres notáveis e dos quais derivam as demais propriedades, a saber: a autonomia e a instrumentalidade.

A esse respeito, Machado (2009, p. 9) ensina que a autonomia que marca a investigação criminal implica independência desta em relação ao processo, ou seja, a sua existência não depende do posterior ajuizamento da ação penal. Muitos são os casos em que as investigações têm o arquivamento como desfecho, sem sequer iniciar a relação jurídica processual, sobretudo pela falta de fundamentos da imputação. De igual modo, é plenamente possível o ajuizamento da ação penal sem que tenha por subsídio a instrução preliminar, desde que o órgão acusatório possua elementos de convicção suficientes sobre a autoria e a materialidade delitiva para apresentar, desde logo, a acusação formal (SOUZA, 2016, p. 32). Tal atributo denota a dispensabilidade dessa etapa.

Não bastasse, a autonomia repercute diretamente na própria natureza da intervenção dos sujeitos, no objeto e nos atos que formam a instrução preliminar (GONTIJO, 2016, pp. 14-15). Em primeiro lugar, o procedimento inicial da persecução penal não é configurado em torno de partes, o que explica o fato de os sujeitos que intervêm nessa fase não serem os mesmos que atuam no processo, como regra – ainda que sejam, o conteúdo da intervenção é de outra natureza. No que tange ao objeto, a investigação preliminar se desenvolve à volta da notícia-crime, ao passo que no processo se tem a pretensão acusatória. Por último, os atos praticados no bojo da etapa pré-processual são essencialmente distintos dos atos desenvolvidos no curso do processo, pois naqueles há uma limitação do contraditório e da ampla defesa, bem como o predomínio da forma escrita e do sigilo, o que teoricamente restringe o seu grau de cognição.

Por seu turno, a instrumentalidade da investigação preliminar é tida como qualificada, pois a consolida como um instrumento a serviço do processo-instrumento (LOPES JUNIOR, 2012, p. 266). Além disso, o caráter instrumental da investigação preliminar defendido por Aury Lopes Junior (2012) confunde-se com o já referido conceito de cautelaridade, desenvolvido por Marta Saad (2020), inclusive no que concerne à função dupla desempenhada por essa característica, tal seja, preparatória e preservadora. Preparatória por acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo, a exemplo das provas cautelares; preservadora não só porque obsta o ajuizamento da ação penal infundada e, com isso, resguarda a liberdade do inocente, mas também por evitar dispêndios inúteis e trabalhos desnecessários para o Estado, representando importante objeto na garantia do eficaz

funcionamento da justiça (MACHADO, 2009, p. 9).

3.2 Outros conceitos elementares: objeto, atos investigatórios e graus de cognição

Estabelecidas as premissas básicas que norteiam o conceito de investigação preliminar e os seus consectários, faz-se necessário entender em torno de quê e de que forma esses elementos se relacionam e se reproduzem, além da intensidade de sua repercussão nas etapas subsequentes da persecução penal. Dito isso, busca-se a compreensão acerca do objeto dessa fase, dos tipos de atos praticados e o grau de cognição desses atos. O estudo desses tópicos é indispensável para o entendimento do foco da instrução pré-processual, os limites de atuação no seu bojo e o próprio *modus operandi* dessa etapa.

De início, importa ter em mente que a primeira fase da *persecutio criminis* não surgirá do nada, da mesma forma que não se desenvolverá a partir do nada. Por conseguinte, há a inarredável necessidade de estar atrelada a algo que, simultaneamente, servirá de ponto de partida e tópico central de todo o procedimento inaugural. Em outros termos, o início e o satisfatório desenlace da investigação preliminar demandam um objeto em torno do qual tudo estará relacionado, desde os atos investigativos até a base para a decretação de medidas e provimentos de cunho cautelar.

Afigura-se como componente fulcral da instrução pré-processual – e, portanto, objeto desta – o fato oculto contido na notícia-crime a ser desvendado após a realização dos atos de investigação e sobre o qual recairá todos os demais atos que a integram, assim como os provimentos no curso da etapa (SALES, 2014, p. 17). O objeto da investigação e os seus corolários são os elementos que irão distinguir de maneira substancial o processo penal em si da fase pré-processual. Isso porque, segundo lição de Lopes Junior (2001, p. 91), na investigação preliminar há o exercício de uma manifestação de poder do Estado, tal seja, a de perseguir as condutas que atacam ou expõem a risco os bens juridicamente tutelados, ao passo que no processo há uma pretensão acusatória justificada pelo complexo de elementos colhidos nesse primeiro momento.

Não por acaso compreende-se que a fase investigatória serve essencialmente para averiguar e comprovar os fatos constantes na *notitia criminis*, isto é, a suposta autoria e materialidade delitivas, no intuito de fornecer elementos que sirvam de subsídio para o exercício da pretensão acusatória que será empreendida no âmbito processual ou para o seu arquivamento (instrumentalidade qualificada). Dessa forma, na investigação preliminar não se pode dispor de uma acusação propriamente dita, porquanto apenas se busca a identificação e aglutinação dos

elementos de prova para, então, chegar-se à conclusão de um processo – iniciado por uma acusação em sentido estrito –, ou de um não-processo (ETZBERGER, 2011, p. 22).

Como já observado, a investigação é o primeiro momento da formação de um juízo escalonado acerca da prática de uma infração penal e o objeto dessa fase desempenha uma função relevante na progressão da convicção quanto ao possível crime noticiado. Essa etapa permitirá a transposição da mera possibilidade, consubstanciada no fato contido na notícia-crime, para uma situação de verossimilitude, representada pela imputação/indiciamento, e posterior probabilidade, materializada na apresentação de indícios racionais da prática do fato delitivo, o que já permite a adoção de medidas cautelares e o recebimento da ação penal (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2013, p. 98).

De acordo com Machado (2009, p. 10), o juízo de possibilidade que incide sobre o objeto da etapa pré-processual é suficiente para a instauração do procedimento investigatório, mas não para iniciar a ação penal ou para permitir a determinação de provimentos de cunho cautelar, pois aquele reveste-se de neutralidade, isto é, as razões positivas ou negativas acerca hipótese delitiva ventilada figuram como equivalentes, de maneira que o início da ação penal só será possível mediante o predomínio das razões positivas a respeito da ocorrência da infração penal.

Nesse contexto, considerando que a mera notícia da prática de um fato aparentemente criminoso está apta a ensejar o início das investigações, mas não a conversão desta em ação penal, questiona-se qual seria o grau de cognição almejado nas investigações preliminares e tido como suficiente para que se possa efetivamente dispor da pretensão acusatória em juízo, assim como o valor probante dos elementos colhidos nessa fase e os consequentes limites impostos a esse material de natureza provisória.

A priori, a investigação não pode ser tão profunda a ponto de pretender formar um juízo de certeza sobre a imputação, uma vez que este é o papel a ser desempenhado na fase processual propriamente dita, cujo desenvolvimento se dá sob o crivo do contraditório, com o resultado materializado pela livre valoração das provas na sentença após a instrução. Assim, é certo que a investigação preliminar não pode ser transmudada em instrução processual (SOUZA, 2016, p. 26). Com efeito, a peça inicial acusatória demanda tão somente um grau de verossimilhança com a realidade, fato que denota o menor rigor da etapa pré-processual no que tange ao juízo sobre a infração penal e o seu autor.

Conquanto seja maior o grau de flexibilidade na instrução preliminar, não se pode ignorar a possibilidade de que a acusação queira estar de posse de elementos mais robustos para ter condições de formar a sua opinião sobre o fato e, por isso, solicite a junção de novos

elementos informativos, visto que o próprio Código de Processo Penal indica a necessidade de exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias na acusação, inclusive, por meio da individualização das condutas e as respectivas responsabilidades penais, conforme disposição expressa do art. 41 do diploma em comento¹⁶.

Por seu turno, na esteira do que foi ressaltado no tópico anterior, a instrução preliminar não serve apenas para a colheita de elementos informativos que irão subsidiar a formação da *opinio delicti* do acusador, senão como instrumento de proteção do sujeito passivo, que não será injustificadamente submetido a um processo, e também para assegurar a máxima legitimidade das provas e informações colhidas. A despeito disso, trata-se de etapa marcada pela inexistência de partes e, igualmente, pela não incidência do contraditório.

Como decorrência da flexibilidade e da provisoriedade que caracterizam essa fase, a cognição no campo da instrução preliminar não é plena, notadamente em face do caráter conjectural das informações e materiais colhidos durante o seu desenvolvimento (SOUZA, 2016, p. 29). Em consequência, a eficácia probatória dos atos da investigação preliminar se esgota, em regra, com a admissão da acusação, não podendo ser valorados isoladamente na sentença, na forma estabelecida pelo *caput* do art. 155 do CPP¹⁷. Sem prejuízo, como exposto outrora, inauguram um juízo hipotético, cuja utilidade fica restrita ao âmbito endoprocedimental para a formação da opinião do acusador sobre o fato delitivo. Na esteira do que aduz Garcia (2014, p. 24), não devem tais elementos ser utilizados para justificar a condenação, sob pena de serem anuladas outras garantias essenciais, como a da ampla defesa e a do contraditório.

O entendimento consolidado é que os frutos dessa fase preliminar são apenas elementos indiciários, os quais devem ser confirmados ou repetidos na fase judicial, a fim de que alcancem o *status* de prova plena (HERCULANO, 2019, p. 27). A exceção desse raciocínio fica por conta das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, que, segundo lição de Gomes Filho (2009, p. 252 *apud* BRENTEL, 2012, p. 43), são instrumentos para assegurar a eficiência da atividade probatória, diante do risco de que a ação do tempo impeça ou dificulte o acesso à fonte de prova.

Nesse ponto em específico surge a necessidade de distinguir os *atos de investigação*

¹⁶ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. (BRASIL, 1941).

¹⁷ Art. 155. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, 1941).

dos *atos de prova*, cujos efeitos poderão ser estendidos às fases subsequentes da persecução penal. Inicialmente, é importante esclarecer que ambas as espécies podem ser praticadas no bojo da investigação preliminar, mas em diferentes circunstâncias e com graus de cognição diversos. Os atos de investigação consistem nos elementos produzidos no curso da etapa pré-processual, sem a observância do contraditório e sem a mediação do juiz (SOUZA, 2016, p. 92). A função precípua dos referidos atos de investigação é servir à formação do juízo de probabilidade que as investigações demandam, por isso estão a serviço dela. Diversamente, os atos de prova integram o processo penal, desempenhando a função de convencer o julgador acerca da verdade de uma afirmação e, por conseguinte, formar um juízo de certeza (MELO, 2020, p. 979). Estes distinguem-se dos primeiros por serem praticados ante o juiz e em respeito ao contraditório, ainda que em momento distinto. A produção de provas cautelares, antecipadas e não repetíveis são exemplos de atos de prova que podem ser praticados no curso da fase preliminar.

Além disso, o procedimento investigatório se submete a restrições de natureza material e temporal. No caso do Inquérito Policial, por exemplo, essas limitações estão contidas nas redações dos artigos 4º e 10 do CPP. O primeiro dispositivo dispõe que o exercício da polícia judiciária para fins de apuração das infrações penais e da sua autoria ficará restrito aos limites do território de circunscrição das autoridades policiais respectivas. Já a segunda norma estabelece um limite temporal para a conclusão do inquérito de 10 (dez) dias, se o indiciado estiver preso, ou 30 (trinta) dias, na hipótese de estar solto¹⁸. Supletivamente, na hipótese de o indiciado estar solto e em sendo fato de difícil elucidação, o art. 10, § 3º, do CPP¹⁹ dispõe sobre a possibilidade de prorrogação do prazo do inquérito a requerimento da autoridade policial perante o juiz, cabendo a ele deferir ou não a dilação²⁰.

Especificamente no que concerne à limitação temporal, ela é inócua nos casos de o indiciado estar solto, consubstanciando mero prazo processual impróprio, ou seja, sem a previsão de consequência processual pela sua inobservância. O tempo para conclusão do

¹⁸ A legislação extravagante traz prazos específicos para a conclusão do Inquérito Policial, que, da mesma forma do disposto no Código de Processo Penal, irão variar conforme o indiciado esteja solto ou preso. Ilustrativamente, pode-se mencionar o art. 51 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), cuja redação determina que “o inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.” (BRASIL, 2006). O parágrafo único da mencionada norma dispõe sobre a possibilidade de duplicação dos prazos pelo juiz a pedido da autoridade de polícia judiciária, após a oitiva do Ministério Público.

¹⁹ § 3º Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

²⁰ A Lei nº 13.964/19 inaugurou outra dinâmica na tramitação do Inquérito Policial, de modo que o dispositivo referido foi afetado, excluindo-se a necessidade de participação do juiz nesse ato em específico, visto que a decisão acerca da dilação ou não do prazo tem natureza meramente administrativa e, portanto, ficará a cargo do órgão de acusação.

Inquérito Policial só ganha relevância no caso de o indiciado estar preso no curso das investigações ou se o prazo prescricional for alcançado nesse interregno e, ainda assim, continuarem as investigações²¹. Na prática, a inexistência de punição pelo não cumprimento do prazo para conclusão do procedimento aliada à impotência do órgão acusador em produzir provas na fase processual resultam no trâmite de Inquéritos Policiais por anos a fio sem uma solução adequada (SOUZA, 2016, p. 31). Ressalte-se que a existência de um prazo é uma proteção ao suspeito, haja vista a necessidade de não tornar o procedimento eterno e possibilitar a fiscalização quanto a eventuais restrições de direitos do investigado (HOFFMANN; COSTA, 2018).

Outrossim, o procedimento investigatório se destaca por ser escrito e sigiloso, sem atuação defensiva proeminente, o que potencialmente debilita o exercício efetivo do contraditório em paridade de armas (MELO, 2020, p. 953). Corolário dessas características é o fato de o processo não raro se afigurar mera reprodução legitimadora do que consta na fase pré-processual.

Ante as limitações de natureza material e temporal, a inexistência de partes e de contraditório, dentre outras propriedades que são resquícios inquisitivos, a tradição processualística em matéria penal restringiu a cognição da fase pré-processual, atribuindo-lhe uma função diminuta dentro do processo. A lógica é simples e necessária, pois, conforme indica Rebouças (2017, p. 518), não se afigura justo e/ou proporcional que o magistrado possa formar a sua convicção, ainda que de maneira parcial, com base em meros elementos informativos unilateralmente obtidos. Eis as limitações que acompanham a etapa investigatória.

3.3 Sistemas e sujeitos envolvidos na Investigação Preliminar

Superado o estudo dos temas acima, convém identificar os sistemas de investigação preliminar, os quais são definidos através dos órgãos encarregados de conduzir os atos investigativos, assim como os sujeitos que protagonizam essa fase, com o fito de delimitar as funções de cada um desses atores e, reflexamente, o foco das investigações e suas respectivas limitações.

De antemão, deve-se ter em mente que a composição do procedimento de instrução prévia varia de acordo com a forma/tipo escolhido, porém, em geral, é composto por uma

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 107.382/SP**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em: 26/04/2011. DJe: 17/05/2011. 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1164577>> . Acesso em: 03 mai. 2022.

autoridade encarregada de presidi-lo, outra responsável por materializar os seus atos, além de uma autoridade a quem se destina a peça informativa produzida pelas investigações e o órgão responsável pela supervisão da legalidade desses atos encadeados e garante dos direitos do investigado, bem como o sujeito passivo e o próprio ofendido. Em algumas hipóteses, os sujeitos aludidos podem desempenhar mais de uma das funções possíveis no âmbito da fase pré-processual, tornando viável, por exemplo, que a autoridade encarregada de presidir a investigação seja a mesma que irá materializar os seus atos.

No entanto, antes de analisar os sujeitos que intervêm efetiva ou potencialmente no curso das investigações preliminares, é de todo conveniente fazer breves apontamentos acerca dos sistemas de investigação possíveis, sobremaneira os que se coadunam com o ordenamento jurídico do Brasil.

Hodiernamente, três são os possíveis sistemas de instrução preliminar, os quais, como referido, serão definidos em conformidade com a titularidade dos atos investigativos. Logo, se a fase pré-processual for titularizada pela Polícia Judiciária, estar-se-á diante de um sistema policial. Do mesmo modo, se a autoridade encarregada das investigações for um Juiz Instrutor, ter-se-á um sistema judicial. Finalmente, quando a instrução preliminar for de titularidade de um Promotor Investigador, restará caracterizado um sistema ministerial.

No sistema policial, é incumbência da Autoridade Policial definir a linha de investigação e praticar diretamente os atos pertinentes ao esclarecimento da imputação, à exceção daqueles que implicarem restrições a direitos fundamentais, por dependerem de manifestação da potestade jurisdicional do Estado (MACHADO, 2009, p. 13). A maior parte dos países adota o sistema em análise porque, via de regra, a polícia, instituição a quem compete cuidar da segurança pública, é a primeira a ter contato com o fato delituoso e, por oportuno, a quem cabe a prática dos atos imediatos, necessários a pronta coleta das evidências ou mesmo a cessação da conduta criminosa (XAVIER, 2013, p. 29).

Além disso, nesse modelo, por atuar como titular, a autoridade policial será dotada de autonomia para dizer as formas e os meios empregados na investigação, sem qualquer subordinação aos juízes e promotores (LOPES JUNIOR, 2001, p. 57). Malgrado a autonomia, a polícia não está dispensada do controle externo de suas atividades, que será executado, geralmente, pelo Ministério Público, ou mesmo do controle de legalidade dos seus atos a ser efetuado pelo órgão jurisdicional.

Dentre as vantagens elencadas para a opção por um modelo policial, Lopes Junior (2001, pp. 58-59) destaca ao menos três: i) a amplitude da presença policial; ii) a teórica celeridade; e iii) a economia para o Estado. Em primeiro lugar, a polícia é ubíqua, dispondo de

capacidade de estar presente em todos os locais, inclusive os mais distantes, razão que a torna atrativa para países de maior extensão territorial. Como resultado, está apta a prestar o serviço investigativo com maior celeridade, preservando os elementos informativos. Da perspectiva econômica, tem-se uma investigação mais barata, tendo em vista a demanda por recursos humanos com menor grau de especialização.

Entretanto, o sistema titularizado pela Polícia Judiciária²² não está imune às críticas. Ao revés, há até mesmo quem defenda a falência do Inquérito Policial, principal peça informativa elaborada pela polícia²³. Nesse aspecto, Etzberger (2011, p. 25) apresenta múltiplos inconvenientes desse modelo, tais como a variação da discricionariedade da polícia conforme a gravidade do delito; o distanciamento entre a realidade social da polícia e a subcultura, de modo a ter uma atuação mais incisiva quando o(s) imputado(s) pertence(m) a grupos marginalizados, dentre outras.

Por sua vez, a investigação conduzida por Autoridade Judiciária tem início quando o magistrado determina a instauração do procedimento investigatório ao tomar conhecimento da imputação, desenvolvendo os atos necessários à elucidação do fato constante da notícia-crime (MACHADO, 2009, pp. 13-14). O juiz instrutor²⁴ assume a presidência da investigação preliminar, que se desenvolve por impulso oficial, com o auxílio da polícia judiciária (ETZBERGER, 2011, p. 25). Em regra, permite-se a solicitação de diligências pelo Ministério Público e pelo defensor, que serão efetuadas a critério do magistrado (MACHADO, 2009, p. 14). Ainda, por ser a única autoridade com poder jurisdicional, apenas o juiz instrutor pode determinar direta e justificadamente a adoção de medidas restritivas aos direitos do acusado.

Como observa Lopes Junior (2001, p. 63), no sistema judicial, o ideal é que o juiz não seja um sujeito ativo, pois a imparcialidade que lhe impõe a lei faz com que sua posição seja distinta daquela que ocupam os demais envolvidos. As principais controvérsias quanto ao modelo judicial advêm dessa noção de um julgador que deve ser responsável por impulsionar

²² A Polícia Judiciária recebe esse nome por prestar auxílio ao Poder Judiciário, todavia, não é um órgão integrante deste poder. Ao contrário, exerce uma das modalidades do poder de polícia, típico da Administração Pública, a saber, aquele relativo à direção da investigação criminal, na busca pela elucidação dos delitos já cometidos. No Brasil, é formada pelas Polícias Cíveis Estaduais e Federal, a quem cumpre a repressão à prática de infrações penais, conforme preleciona o art. 144, §§ 1º e 4º, da Constituição da República. Cf. CORRÊA, Vanessa Pitrez de Aguiar. *O Papel da Polícia Judiciária no Estado Democrático de Direito*. Revista CEJ (Brasília), v. 43, pp. 16-21, 2008

²³ Remete-se o leitor à LOPES JUNIOR, Aury. *A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal*. In: Revista de Direito Penal, n. 4, out/nov 2000, pp. 39-66.

²⁴ Na esteira do que aponta Machado (2009, p. 14), o atual juiz instrutor não se confunde com a antiga figura do inquisidor. Primeiro, porque no modelo judicial há a separação das funções de investigar, acusar e julgar: enquanto o juiz instrutor investiga, o Ministério Público ou o próprio ofendido acusam, um outro juiz - diverso do instrutor - atua no processo. Segundo, porque o juiz instrutor, ao contrário do inquisidor, tem o dever de ser imparcial, recolhendo provas relacionadas a imputação, independentemente de serem favoráveis à acusação ou ao imputado.

e dirigir a investigação e, simultaneamente, imparcial. Entende-se que a garantia da imparcialidade do juízo não se coaduna com a possibilidade de participação ativa nas atividades preparatórias (GARCIA, 2014, p. 133). Em suma, a postura inquisidora do magistrado será tão mais frequente quanto maior for a intervenção do Judiciário nas atividades persecutórias.

Efeito prático resultante da tensão dialética estabelecida entre a imparcialidade do juiz e a instrução judicial é o fato de o modelo em comento estar diretamente relacionado à lógica de que o juiz que instrui não pode julgar e, por decorrência, utilizar o critério da prevenção como causa de exclusão da competência judicial (LOPES JUNIOR, 2001, pp. 68-69). Assim, o processo é dividido em duas fases, de forma que o magistrado que julgará será outro que não o juiz instrutor.

Os argumentos favoráveis à adoção do sistema judicial de investigação criminal estão centrados na ideia de que a investigação será conduzida por um órgão suprapartes, o que dá maior credibilidade ao material recolhido, que servirá tanto para a acusação quanto para a defesa. Outrossim, a jurisdicionalidade do magistrado funcionará como garantia de celeridade, visto que ele mesmo poderá determinar medidas cautelares, ao passo que a sua imparcialidade desempenha função de freio à discricionariedade e à perseguição política (LOPES JUNIOR, 2001, p. 73).

No tocante à instrução preliminar a cabo do Ministério Público, sai a figura do juiz instrutor e entra a do promotor investigador. Por esse sistema, o Ministério Público deve ser notificado direta ou indiretamente sobre a ocorrência de um delito para que oriente a atuação da instituição policial, otimizando o trabalho por esta realizado (XAVIER, 2013, p. 29).

O principal argumento favorável ao modelo do promotor investigador cinge-se ao fato de que, por ser a investigação preliminar direcionada à acusação, o *Parquet* teria maior segurança no oferecimento da denúncia, pois teve contato com a produção dos elementos e provas (XAVIER, 2013, p. 30). Ademais, mantém o juiz longe da investigação, visto que só será instado a se manifestar relativamente aos atos que impliquem restrição aos direitos fundamentais do indiciado, além de implicar maior celeridade e economia processual, assegurando que a etapa pré-processual tenha seu caráter de cognição sumária (LOPES JUNIOR, 2001, p. 81).

A investigação ministerial tem enfrentado resistências de diversas ordens, especialmente sob a justificativa de que a condução das investigações se mostra incompatível com a imparcialidade do Promotor²⁵. Demais disso, aponta-se a tendência deste a colher

²⁵ Sem embargo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula 234, em sentido contrário a crítica supramencionada: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta

elementos que interessem apenas à acusação e o consequente desequilíbrio que essa postura causa na relação dialética entre acusação e defesa a ser desenvolvida no processo (CAMELO, 2017, p. 217).

No Brasil, durante muito tempo houve forte controvérsia sobre a possibilidade de investigação do crime diretamente pelo Ministério Público, em razão da omissão constitucional a respeito do poder investigatório do *Parquet*. Desse modo, para alguns, a atividade investigatória é atribuição exclusiva da Polícia Judiciária, por força do disposto no art. 144, § 4º, da Constituição da República²⁶, cabendo ao órgão ministerial tão somente a participação ativa na investigação por intermédio da requisição de diligências e a fiscalização da atividade policial (MACHADO, 2009, p. 25).

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro sempre dispôs de diversos instrumentos, formas e garantias que permitem concluir pela possibilidade de investigação a ser realizada pelo *Parquet*, como é o caso da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que regula o Procedimento Investigatório Criminal (PIC), a Lei Complementar 75/1993 e a Lei nº 12.850/2013, as quais estabelecem ferramentas de investigação a disposição do órgão ministerial. Partilhando desse entendimento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou, em repercussão geral, a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal (RE 593.727/MG, Repercussão Geral, Relator: Min. Cezar Peluso, Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgamento: 14/05/2015, publicação: 09/09/2015), sepultando a controvérsia em torno da temática.

Essa parece ser a conclusão lógica não apenas porque a atividade investigatória não é uma exclusividade da polícia judiciária, mas também pela aplicação da teoria dos poderes implícitos, a qual, como explica Camelo (2017, p. 233), preconiza que se o legislador atribui ao MP a titularidade da ação pública (atividade-fim), é razoável imaginar que lhe concedeu igualmente os meios necessários para alcançar de forma mais efetiva esse fim. Em outros termos, onde pode o mais, poderá o menos.

Por outro lado, durante a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945 (Lei de Falências),

o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula* 234. Diário da Justiça. Brasília, 07 fev. 2000. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/download/5704/5824>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

²⁶ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (BRASIL, 1988).

dispunha-se do Inquérito Judicial para os crimes praticados na seara falimentar. Contudo, a Lei nº 11.101/05 substituiu a antiga Lei de Falências e extinguiu a figura do Inquérito Judicial para a apuração dos crimes previstos no seu bojo, de forma que a investigação preliminar seria procedida por intermédio do Inquérito Policial ou diretamente pelo Ministério Público, conforme dicção do art. 187 da referida legislação²⁷. Ainda, a Lei nº 14.112/2020, que procedeu com alterações profundas na legislação referente à recuperação judicial, extrajudicial e de falências, manteve a situação inalterada. Desse modo, não há no Direito brasileiro a figura do Inquérito Judicial.

No caso pátrio, o principal sistema de investigação preliminar é aquele presidido por uma autoridade policial – o Delegado de Polícia Judiciária. Porém, a instrução prévia não fica restrita à presidência da autoridade policial, conforme dispõe o do art. 4º, parágrafo único, do CPP²⁸. Evidente, portanto, ser possível que outras autoridades realizem a investigação dos fatos noticiados e, com base nessa apuração, seja proposta ação penal pelo Ministério Público (GONTIJO, 2016, p. 16).

Finalmente, importa pontificar que apesar das várias autoridades que podem vir a presidir os atos da investigação criminal, o que denota a sua volatilidade, as demais não estarão impedidas de participar do desenvolvimento da etapa pré-processual. Ao contrário, é usual que desempenhem funções determinantes na elaboração da peça informativa, em especial a Polícia Judiciária, que não raro é a autoridade que realmente leva a cabo os atos investigatórios, a despeito da classificação de um sistema como judicial ou ministerial (LOPES JUNIOR, 2001, p. 58).

Compreendidos os sistemas de investigação preliminar, avança-se para o tópico relativo aos sujeitos componentes dessa etapa crucial para o desenvolvimento da persecução penal. Advirta-se o leitor que, levando em conta a pertinência para o presente trabalho e a notoriedade da atuação, dar-se-á maior ênfase na acusação, na defesa e no órgão judicial.

Em primeiro lugar, a fase pré-processual objetiva colher elementos para formar a opinião da acusação acerca da autoria e materialidade de um fato hipoteticamente delitivo, bem como para justificar a propositura ou não da ação penal. Assim, atentando para o fato de que a

²⁷ Art. 187. Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial. (BRASIL, 2005).

²⁸ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995)

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. (BRASIL, 1941)

maior parte dos delitos são levados à juízo por ação penal pública, o Ministério Público, na qualidade encarregado do múnus acusatório, é a autoridade a quem se destina a instrução preliminar. Por essa razão, está legalmente autorizado a participar ativamente de qualquer investigação, até mesmo por meio da requisição de diligências e do acompanhamento das atividades investigatórias (art. 13, inc. II, do CPP c/c art. 26, inc. IV, da Lei nº 8.625/93 e art. 7º, inc. II, da Lei Complementar nº 75/93), assim como está imbuído da faculdade de realizar investigações sob sua própria responsabilidade.

Deveras, no Inquérito Policial, a atuação do MP é meramente acessória, restringindo-se à requisição de diligências e ao acompanhamento dos atos da investigação, tendo em vista que é o procedimento investigatório presidido pela Polícia Judiciária, a quem incumbe a coordenação dos trabalhos e a definição dos rumos a serem tomados para a apuração da autoria e da materialidade delitiva (CAMELO, 2017, p. 213). Com isso, tem-se um procedimento marcado pelo distanciamento do órgão acusatório em relação aos fatos investigados. Não obstante, o órgão ministerial tem o poder-dever de dar início a uma investigação, por meio de requisição à autoridade policial, sempre que tiver ciência de uma notícia-crime.

Além da condição de órgão acusatório, a Constituição da República atribuiu ao *Parquet* papel essencial na defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme inteligência do art. 127, *caput*, do texto constitucional²⁹. Em consideração a esse conjunto importante de encargos, o Ministério Público funciona também como autoridade responsável pelo controle externo da atividade policial, por força do art. 129, inciso VII, da CRFB/88³⁰, a fim de garantir a legalidade desta.

Por outro lado, na relação processual que possivelmente se desenvolverá, o Ministério Público figurará como parte contraposta ao então investigado, o que explica a atuação parcial do órgão acusatório direcionada a comprovar a prática da infração penal. Mas, como explica Machado (2009, p. 55), o fato de o *Parquet* ser parte não colide com a necessária isenção imposta a este órgão no desenrolar da instrução preliminar por força do posto de fiscal da aplicação da lei (*custos legis*). Teoricamente, a natureza preservadora da fase pré-processual e o múnus de *custos legis* deverão compelir o MP à não propositura da ação penal, caso os

²⁹ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (BRASIL, 1988).

³⁰ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; (BRASIL, 1988).

elementos colhidos sejam favoráveis ao imputado.

Já a autoridade policial é responsável por presidir a principal forma de investigação preliminar, o Inquérito Policial, que poderá ser instaurado de ofício ou mediante requisição ou requerimento. Representada pelo Delegado de Polícia, é a autoridade policial a quem cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei que tenha por finalidade a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais, segundo dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.830/2013³¹. Nas demais formas de investigação desempenhará papel relevante na materialização dos atos investigativos.

No que toca ao investigado, saliente-se que em vista da natureza sigilosa e da tradição inquisitorial da qual derivam os métodos de investigação, a atuação defensiva é ínfima e pouco incisiva, representando uma quebra de igualdade pretensamente justificada pela centralização dessa etapa na acusação (SOUZA, 2016, p. 49). Não é por acaso que durante parte considerável da vigência do Código de Processo Penal, a regra era a negação do direito de defesa do imputado, nomeadamente em face da crença falaciosa de que o produto da fase pré-processual era peça administrativa de cunho meramente informativo, que ostentava unicamente atos de investigação (SAAD, 2018, p. 59). Contudo, os elementos ali colhidos não apenas informam, como também convencem, pois são base para a transmutação do juízo de possibilidade para o juízo de probabilidade que recai sobre o indiciamento, respaldando a decretação de medidas restritivas aos direitos do investigado e também subsidiando a viabilidade ou não da ação penal.

A Constituição da República de 1988 representa um passo primordial na desconstrução do paradigma inaugurado pelo CPP porque, por meio de seu art. 5º, inciso LV, expandiu o conteúdo do direito de defesa, de modo a assegurá-lo, com todos os meios e recursos a ele inerentes, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e também aos acusados em geral. Nessas circunstâncias, a concepção moderna da garantia da ampla defesa reclama a conjugação de três realidades processuais, a saber, o direito à informação, a bilateralidade da audiência e o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (TUCCI, 2004, p. 176), as quais deverão ser transferidas também para a fase procedimental, ainda que com a aplicação mitigada.

A interpretação literal do art. 5º, inc. LV, da CRFB/88 pode levar a crer que tais

³¹ Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais. (BRASIL, 2013).

direitos fundamentais não se aplicam à fase investigatória, todavia, Saad (2018, pp. 64-65) alude que, por se tratar de uma garantia constitucional de defesa ampla, deve-se estender seu âmbito de incidência para as etapas anteriores ao recebimento da denúncia ou da queixa³². A expressão “acusados em geral” não se encontra no texto aleatoriamente, devendo nela ser compreendida também o indiciamento, que nada mais é do que uma imputação em sentido amplo (GARCIA, 2014, pp. 64-65).

Sedimentando a visão apontada acima, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado de Súmula Vinculante 14, que assegura ao defensor, no interesse do representado, “ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão de competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. De forma idêntica, o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994) inclui essa e outras garantias no rol de direitos do advogado, utilizados no interesse do representado, aplicáveis à instrução prévia.

Como já referido, não se pode confundir o exercício do direito de defesa com o contraditório. Ordinariamente, o princípio do contraditório tem sua incidência reservada à fase processual propriamente dita, razão pela qual não encontra espaço para aplicação na etapa preparatória, sob pena de convertê-la de modo contraintuitivo em processo. Ilustrativamente, pode-se mencionar que há diligências praticadas no bojo da investigação preliminar que, para se tornarem bem-sucedidas, demandam o sigilo em relação a sua efetivação, explicando a não aplicação do contraditório nessa fase.

Por sua vez, relativamente à vítima, em termos históricos, assim como o ocorreu com o imputado, possui atuação diminuta na fase procedimental da persecução penal. Entretanto, essa referência tem sofrido modificações nos últimos tempos, de maneira a valorizar mais o ofendido e a sua contribuição para as investigações, inclusive considerando-o sujeito de direitos.

A intervenção da vítima na investigação preliminar tem sido considerada cada vez mais importante para auxiliar na coleta dos elementos informativos necessários à formação da *opinio delicti*, seja sua, nos casos de ação penal privada, seja do órgão acusador, quando o crime for perseguido por ação penal pública (MACHADO, 2009, p. 66). Mas não é só, deve-se levar em conta o próprio interesse do ofendido em ver o autor do delito responsabilizado.

³² Compartilha dessa opinião Rogério Lauria Tucci, para quem a garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, enquanto corolário do devido processo legal, se estende ao indiciado, ao acusado e ao condenado. Cf. TUCCI, Lauria Rogério. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 174.

Nessas circunstâncias, a vítima pode atuar na instrução prévia através do requerimento fundamentado de diligências à autoridade encarregada dos atos investigatórios, como ocorre no Inquérito Policial, por força do art. 14 do CPP³³. Outrossim, a sua oitiva tão logo se tenha ciência do fato reputado criminoso é imperiosa para o início das atividades investigativas e para a busca dos elementos de informação. Sem contar que diversos atos estão condicionados a sua presença pessoal, *v. g.*, o reconhecimento de pessoas ou de coisas, a reprodução simulada dos fatos, dentre outros.

Não bastasse, a nova conotação dada à vítima no processo penal impõe o direito de informação acerca de todos os atos praticados no curso da persecução penal e que possam lhe dizer respeito, a exemplo de audiências, decisões judiciais, oferecimento de acordos de não persecução penal *etc.* (ETZBERGER, 2011, p. 30).

Por último, a posição do juiz frente à instrução preliminar varia em cada ordenamento jurídico, uma vez que os diferentes sistemas de investigação pré-processual demandam o exercício de funções dissemelhantes (PASSOS, 2012, p. 51). Não obstante, segundo esclarece Rosa (2015, p. 46), normalmente o magistrado desempenha dupla incumbência: coordenar e decidir, garantindo o cumprimento das regras processuais e salvaguardando os direitos submetidos à reserva de jurisdição. Nesse último aspecto, a figura judicial é imprescindível, notadamente em sendo uma etapa comumente marcada pelo não reconhecimento de direitos fundamentais ao investigado.

Portanto, a atividade judicial na fase investigatória deve estar restrita à tutela da legalidade do procedimento, qualquer que seja o órgão que processe a investigação, autorizando-se a sua intervenção somente em incidentes que protestem por jurisdicionalização (GARCIA, 2014, p. 130). Isso ocorre em função do modelo de instrução preliminar acolhido pelo ordenamento jurídico pátrio, que está centrado nas figuras da Polícia Judiciária e do Ministério Público, aos quais compete a atuação ativa na investigação do possível injusto penal, ao passo que reclama a figura de um juiz inerte, cuja postura enérgica estará voltada para a preservação dos direitos fundamentais do investigado (CARDOSO, 2019, p. 35).

Ainda, uma das regras do processo em sentido amplo, tida como garantia fundamental do acusado e pressuposto para o exercício da jurisdição, é a imparcialidade do órgão julgador, de maneira que a sua observância é tão essencial que não se pode conceber o risco de estar ameaçada em circunstância alguma (OLIVEIRA, 2016, p. 154). Nessa perspectiva, consoante expõe Garcia (2014, p. 134), o afastamento das atividades preparatórias é primordial

³³ Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade. (BRASIL, 1941).

para a manter a isenção do magistrado em relação aos preconceitos que a formulação antecipada da tese produz e, por conseguinte, resguardar a própria imparcialidade judicial.

Todavia, em que pese a relevância dispensada à tutela dos direitos e garantias fundamentais do indiciado previstos na Constituição da República, a atuação judicial na fase anterior ao processo ainda detém traços autoritários, inquisitivos e antagônicos aos vetores constitucionais. O Código de Processo Penal não somente permite o contato direto e pessoal do julgador com as provas colhidas na fase investigatória, como ainda possibilita a este ordenar diligências na produção de provas, dotando-o de poderes instrutórios, além de determinar a sua intervenção em questões que dizem respeito apenas ao órgão acusador, como é o caso do arquivamento do inquérito policial e da dilação de prazo desta peça informativa.

Igualmente censurável é o fato de que esse juiz que atuou positivamente na investigação preliminar estará prevento para o julgamento da causa, nos termos do art. 83 do CPP³⁴, o que resultará na contaminação dos atos até seja esgotada a sua jurisdição e na própria degeneração da acusatoriedade (CARDOSO, 2019, p. 36). *A priori*, o correto seria a desautorização de uma atuação positiva na fase preliminar, contudo, uma vez que esta é permitida, mostra-se razoável ao menos o afastamento da figura do juiz atuante na etapa pré-processual da ação penal, ou seja, a opção por um critério de prevenção como causa de exclusão da competência.

Sob o prisma da teoria garantista, a intervenção judicial durante a fase pré-processual configura, em sentido amplo, uma forma de acusação, pois acaba por representar um prejulgamento de caráter imputativo, sendo a prevenção deste juízo para atuar no julgamento de eventual ação penal absolutamente incompatível com o sistema acusatório (GONTIJO, 2016, p. 22).

Atento a possibilidade de mácula à imparcialidade do juiz que atua nas fases pré-processual e processual de um mesmo processo por influência de aspectos subjetivos inconscientes, o legislador ordinário reforçou a estrutura acusatória por intermédio da Lei Anticrime, que inseriu o art. 3º-A no CPP, cuja redação faz constar expressamente a vedação a iniciativa do juiz na fase de investigação. Ademais, introduziu no Código de Processo Penal a figura do juiz das garantias (art. 3º-B e ss.), diretamente relacionada à noção de sistema acusatório, além de modificar sensivelmente dispositivos que interferem diretamente na etapa

³⁴ Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3o, 71, 72, § 2o, e 78, II, c). (BRASIL, 1941)

pré-processual, os quais serão expostos a seguir.

3.4 Lei nº 13.964/19 e o reforço à estrutura acusatória

O Código de Processo Penal do Brasil (Decreto-Lei nº 3.689/1941), como já afirmado, foi fortemente influenciado pelo Código *Rocco* de 1930, de nítida inspiração fascista. Por conta disso e para superar a inevitável obsolescência de alguns dispositivos, o diploma processual penal sofreu diversas reformas pontuais, setoriais e estruturais ao longo dos anos. Todavia, nenhuma dessas modificações foi suficientemente profunda a ponto de adequar a legislação processual às premissas democráticas trazidas pela Constituição da República.

Considerando o contexto supraexposto, assim como o crescimento exponencial da mentalidade punitivista e dos movimentos de lei e ordem, surge o famigerado Pacote Anticrime, cuja apresentação ao público se deu em 4 de fevereiro de 2019 pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Fernando Moro. O seu extenso conteúdo não propunha a edição de um novo Código Penal ou Código de Processo Penal, mas tinha a pretensão de alterar diversos pontos não apenas nesses diplomas normativos, como também em uma gama de leis extravagantes em matéria penal, processual e de execução penal, a exemplo da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13), entre outras.

Segundo explica Lebre (2020, pp. 13-15), o texto do projeto de lei que daria forma ao Pacote Anticrime, tido como autoritário e punitivista por importantes segmentos da sociedade, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)³⁵ e a Associação Juízes para a Democracia (AJD)³⁶, foi costurado pelos deputados com trechos de outra proposta (PL nº 10.372), elaborada em 2018 por uma comissão de juristas coordenada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes. Em seguida, após a tramitação nas Casas Legislativas e a alteração textual operada na Câmara dos Deputados, foi então promulgada a Lei nº 13.964, no dia 24 de dezembro de 2019, com *vacatio legis* de trinta dias a serem contados de sua publicação.

Oportuno esclarecer que o produto iniciado pelo Ministério da Justiça e da

³⁵ **Análise do projeto de lei anticrime:** OAB Nacional / coord.: Felipe Santa Cruz, Juliano Breda. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/oab-rejeita-pontos-projeto-anticrime.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2022.

³⁶ AJD divulga nota técnica sobre projeto anticrime. **Associação Juízes para a Democracia**, São Paulo, 04 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.ajd.org.br/noticias/2429-ajd-divulga-nota-tecnica-sobre-projeto-anticrime>>. Acesso em: 07 mai. 2022.

Segurança Pública (MJSP) foi sensivelmente retocado pelas Casas Legislativas, de forma que, consoante estimativas, 30% (trinta por cento) do texto original foi alterado só na Câmara dos Deputados³⁷. Alguns dos institutos aprovados no texto promulgado, como é o caso do juiz das garantias, não faziam parte do projeto proposto originariamente pelo MJSP. Inicialmente, o documento buscava o endurecimento do arcabouço jurídico penal brasileiro, considerado pelas autoridades do Poder Executivo demasiado brando (CAPORAL; SILVA, 2021, p. 3).

Entretanto, em atenção ao foco teórico deste trabalho na etapa pré-processual, nomeadamente quanto à atuação judicial nessa fase, é imprescindível superar a contextualização histórico-social acerca do Pacote Anticrime e avançar à análise dos elementos introduzidos por esse diploma normativo, com ênfase especial naqueles que irão refletir na instrução preliminar e na postura do magistrado designado para atuar nessa etapa.

Antes de tudo, importa atentar ao fato de que em razão da extensão das modificações efetuadas e da opção legislativa por não explicitar os artigos incompatíveis com a reforma previstos nas leis antigas e a sua consequente revogação, o legislador ordinário pôs em discussão a unidade do próprio ordenamento jurídico, o qual passa a conviver com normas aparentemente conflitantes, originando a excessiva judicialização dessas questões simplórias para resolver o problema da antinomia. Dito isso, convém analisar a primeira grande mudança entabulada pela Lei nº 13.964/19: a inclusão do artigo 3º-A ao Código de Processo Penal³⁸.

A primeira parte do artigo 3º-A introduzido no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/19 faz menção expressa à opção legislativa pela estrutura acusatória de processo, o que, na lição de Lopes Junior e Rosa (2020a, p. 165), implica radical separação das funções de acusar e julgar, mantendo a gestão e iniciativa probatória nas mãos das partes. Com efeito, a inovação do dispositivo fica por conta do caráter explícito dessa escolha, visto que o modelo acusatório sempre foi a opção constitucional, independentemente de complemento ou regulamentação em lei ordinária, embora estivesse previsto implicitamente e aplicado de maneira mitigada (BOSCHI, 2020, p. 527).

Já a segunda parte da norma pode ser subdividida em outras duas situações que são decorrência direta da sua parte inicial. Em primeiro lugar, tem-se a vedação à atuação de ofício do juiz na fase de investigação. Após o que, impõe-se a proibição de substituição da atuação probatória do órgão acusador pelo juiz. Isso ocorre muito em função de o processo penal

³⁷ O QUE sobrou do pacote anticrime de Moro após aprovação na Câmara. **BBC News**, Brasil, 5 dez. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50673251>>. Acesso em: 07 mai. 2022.

³⁸ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941).

brasileiro, até a vigência da Lei nº 13.964/19, permitir ao magistrado o exercício de funções anômalas, que transcendiam a de julgar e de zelar pelos direitos fundamentais submetidos à reserva de jurisdição (NEVES; RESENDE, 2020, p. 130). Em verdade, a atuação judicial era marcada por hipertrofia, de modo que usualmente os juízes eram tão protagonistas da fase pré-processual quanto o órgão acusador.

É nessa toada que entra a figura do juiz das garantias, elemento renovador do sistema acusatório incorporado ao CPP pela Lei Anticrime. Nos moldes do art. 3º-B do Código de Processo Penal³⁹, o juiz das garantias exerce função dúplice consubstanciada no controle da legalidade da investigação criminal e na salvaguarda dos direitos individuais sujeitos à reserva de jurisdição. A inclusão dessa nova figura representa a efetiva separação entre as funções judiciais relacionadas à investigação e ao processo, ensejando o devido distanciamento do juiz que enfrentará o mérito da causa (juiz da instrução) da fase de investigação (FIGUEIREDO, 2020, p. 113).

Inegável a possibilidade de aquele juiz que teve contato com os elementos colhidos na investigação, em que há forte limitação do contraditório e da defesa do investigado, tenha seu convencimento formado de maneira prematura e, posteriormente, no momento adequado, vicie a sua análise acerca das provas que produzidas sob o crivo do contraditório (FIGUEIREDO, 2020, p. 113). Segundo Goldschmidt (2002, p. 63 *apud* OLIVEIRA, 2016, p. 149), é importante ter um julgador diferente nas fases pré e processual, visto que o princípio inquisitivo que impera na fase de investigação criminal pode corromper o predomínio do princípio acusatório, informador do processo. Essas são as premissas que guiam a incorporação dessa nova função judicial.

Além do que consta no *caput* do art. 3º-B do CPP, diversas outras funções foram atribuídas ao juiz das garantias em um rol não taxativo constante nos incisos do aludido dispositivo, como é o caso de receber informação a respeito da instauração de qualquer investigação criminal (inciso IV), decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis (inciso VII), decidir sobre os requerimentos de medidas submetidas à cláusula de reserva de jurisdição (inciso XI), decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa (inciso XIV), dentre outras. Embora seja extensa a lista de atribuições do juiz garante, este também só deverá atuar na fase investigatória quando necessário.

A respeito da competência do juiz que atuará na fase pré-processual, ela é de

³⁹ Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941).

natureza funcional e, por conseguinte, absoluta ou inderrogável, cuja inobservância é causa de nulidade. De acordo com a redação do art. 3º-C do CPP⁴⁰, a sua atuação abrange todas as infrações penais, com exceção daquelas de menor potencial ofensivo, cessando com o recebimento da denúncia ou queixa, momento em que a relação processual não evoluirá ou será formada sob a supervisão do juiz de instrução e julgamento. Não bastasse, o juiz das garantias ficará impedido de atuar em qualquer outra fase do processo (art. 3º-D do CPP). Com esse postulado, tem-se nova mudança de paradigma operada pela Lei Anticrime como reforço à estrutura acusatória, tal seja, a adoção da prevenção como critério de exclusão da competência. Busca-se evitar que o magistrado responsável pelo julgamento do acusado na fase processual seja induzido de maneira inconsciente por decisões anteriores que lhe cabiam (NEVES; RESENDE, 2020, p. 132).

No entanto, conforme esclarece Figueiredo (2020, pp. 115-116), a criação desse novo elemento renovador do sistema acusatório, isto é, o juiz das garantias, não é medida suficiente para assegurar a não contaminação subjetiva do juiz que enfrentará o mérito, de modo que também deve vir acompanhada da exclusão dos autos de competência do juiz garante dos autos principais processados pelo juiz da instrução e julgamento, na forma prevista no art. 3º-C, § 3º, do CPP⁴¹.

Da mesma forma, ainda seguindo a lógica de reduzir a atuação inconveniente do magistrado na fase investigatória, a Lei Anticrime alterou de maneira significativa a dinâmica de arquivamento do Inquérito Policial, consoante a nova redação atribuída ao art. 28 do CPP⁴². Atualmente, o poder de decisão acerca do arquivamento do IP é exclusivamente do *Parquet*, autorizando o Poder Judiciário a exercer tão somente o controle da legalidade sobre esta decisão, não mais podendo adentrar nas razões, ressalvada a hipótese de haver iniciativa da parte investigada em trancá-lo (CAPORAL; SILVA, 2021, p. 10)⁴³. Em síntese, o arquivamento da

⁴⁰ Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941).

⁴¹ § 3º 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941).

⁴² Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941).

⁴³ Anteriormente, o Ministério Público deveria requerer o arquivamento ao juiz, que poderia concordar ou não com as razões invocadas pelo acusador. Nesse sentido é a antiga redação do art. 28 do CPP: "Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do

investigação policial passa a ser questão *interna corporis* do Ministério Público, o titular da ação penal, não estando mais submetida à homologação judicial⁴⁴.

No que toca às prisões preventivas e demais medidas cautelares, como já mencionado, o art. 3º-B, inciso V, do CPP atribui ao juiz das garantias a competência para apreciar o pedido de prisão provisória ou de outra medida cautelar. Nesse aspecto também há relevante alteração na redação do art. 311 do CPP⁴⁵ no intuito de impedir a atuação de ofício do magistrado na decretação da prisão preventiva sem o requerimento expresso da parte interessada. Igualmente, modificou-se o texto do art. 282, § 2º, do CPP⁴⁶ para obstar a decretação de ofício das medidas cautelares.

Sucedem que a maior parte das modificações com influência direta na etapa pré-processual e na atuação judicial em geral foram objeto de questionamentos relativos a sua conformação constitucional no Supremo Tribunal Federal por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.298⁴⁷, nº 6.299⁴⁸, nº 6.300⁴⁹ e nº 6.305⁵⁰, cada qual empregando os mais variados argumentos. O Ministro Dias Toffoli, à época na presidência do Supremo Tribunal Federal, no uso das atribuições conferidas pelo art. 13, inciso VIII, do Regimento Interno do STF (RISTF)⁵¹, suspendeu a vigência dos dispositivos que tratam do juiz

inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender." (BRASIL, 1941).

⁴⁴ Caso o ofendido ou o seu representante legal discordem da decisão de arquivamento, poderão submeter a questão à revisão da instância competente do órgão ministerial (art. 28, § 1º, do CPP). Por sua vez, se a ação penal versar sobre crime praticado em detrimento dos entes federados, a revisão do arquivamento do Inquérito Policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial (art. 28, § 2º, do CPP).

⁴⁵ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941).

⁴⁶ § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941).

⁴⁷ Ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) para impugnar: a) o artigo 3º da Lei nº 13.964/19, que acrescentou os artigos 3º-A a 3º-F ao Código de Processo Penal e instituiu a figura do juiz das garantias; e b) o artigo 20 da Lei nº 13.964/19, que determina o prazo de *vacatio legis* para a vigência respectiva.

⁴⁸ Ajuizada pelos partidos políticos Cidadania (anteriormente conhecido como Partido Popular Socialista – PPS) e Podemos (anteriormente conhecido como Partido Trabalhista Nacional – PTN) para impugnar os mesmos dispositivos questionados pela AMB e AJUFE, além do artigo 157, § 5º, do CPP, que instituiu impedimento de que o juiz que conheceu prova inadmitida profira sentença na respectiva ação penal.

⁴⁹ Ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL) para impugnar os artigos 3º-A a 3º-F do CPP.

⁵⁰ Ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) para impugnar: a) os artigos 3º-A, 3º-B, incisos IV, VIII, IX, X e XI, 3º-D, parágrafo único, do CPP; b) o artigo 28, *caput*, do CPP, que altera o procedimento de arquivamento de inquéritos policiais e procedimentos investigatórios; c) o artigo 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º, do CPP, que tratam do acordo de não persecução penal; e d) o artigo 310, § 4º, do CPP, que determina a liberdade imediata do preso em caso de não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas.

⁵¹ Art. 13. São atribuições do Presidente:

[...]

das garantias e outros por 180 dias, sob a justificativa de que o seu prazo de *vacatio legis* era exíguo e, por outro lado, sua inserção “enseja completa reorganização da justiça criminal no país”⁵².

Posteriormente, o Ministro Luiz Fux, sorteado relator das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que questionam as alterações da Lei nº 13.964/19, cassou a liminar concedida pelo Min. Dias Toffoli, a fim de suspender por tempo indeterminado e *ad referendum* do Plenário não só os arts. 3º-A a 3º-F, mas também outros, a exemplo da nova dinâmica de arquivamento do inquérito policial. A medida cautelar exarada pelo relator é criticável por diversas razões, mas especialmente por suspender sem apresentar motivação específica o dispositivo que alude à estrutura acusatória do processo (art. 3º-A do CPP).

Mesmo após mais de dois anos de aprovação, os dispositivos da Lei Anticrime seguem suspensos, sem previsão de que esse *status* venha a ser alterado em um futuro próximo. Trata-se de manobra jurídico-política do atual presidente do Supremo e relator das ADIs nº 6.298, nº 6.299, nº 6.300 e nº 6.305, que vem sendo pressionado nos bastidores para manter a situação como está, porquanto o Congresso Nacional tem debatido a aprovação de um novo Código de Processo Penal com a figura do juiz das garantias e outras dinâmicas já implementadas pelo Pacote Anticrime, as quais seriam melhoradas, na visão dos congressistas⁵³.

Por derradeiro, convém expor a opinião de Lopes Junior e Rosa (2020b), para quem, por meio da medida cautelar concedida em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o Ministro Luiz Fux sepultou anos de lutas, de pesquisas, de debates e discussões acadêmicas para livrar o processo penal brasileiro do seu ranço inquisitório e torná-lo democrático, em compasso com o estabelecido na Constituição da República.

VIII - decidir questões urgentes nos períodos de recesso ou de férias; (*Redação dada pela Emenda Regimental n. 26, de 22 de outubro de 2008*)

⁵² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.298 MC/DF**. Autores: Associação dos Magistrados Brasileiros e Associação dos Juízes Federais do Brasil. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, dia da publicação.

⁵³ Nesse sentido, remete-se o leitor à BRANT, Danielle; MARQUES, José. **Juiz das garantias ultrapassa 2 anos na gaveta de Fux sem nenhum sinal de solução**. Folha de S.Paulo. São Paulo, 18 abr. 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/04/juiz-das-garantias-ultrapassa-2-anos-na-gaveta-de-fux-sem-nenhum-sinal-de-solucao.shtml>>. Acesso em: 08 mai. 2022.

4. A PRODUÇÃO DE PROVAS *EX OFFICIO* DO JULGADOR

As premissas de um processo penal democrático partem de um instrumento de limitação do poder punitivo estatal, ao mesmo tempo em que se baseiam na tutela da dignidade humana e demais direitos fundamentais constantes no texto constitucional (SAMPAIO; MARCELLE; MELO, 2016, p. 14). Nesse contexto, a hipertrofia da atuação judicial consubstanciada na produção de provas de ofício pelo magistrado suscita inúmeras discussões acerca da sua conformação constitucional e infraconstitucional, em especial pelo aparente conflito com garantias processuais previstas na Constituição e em outras normas de hierarquia infraconstitucional, como a imparcialidade do órgão julgador, o contraditório e a paridade de armas.

Por certo, a imparcialidade daquele que julgará a contenda penal afigura-se como pressuposto da atividade jurisdicional, tendo em vista a configuração do processo sob a forma de heterocomposição de conflitos e aplicação da lei (BADARÓ, 2019, p. 24). Ao mesmo tempo, a legislação também consagra autorização para atuação instrutória do magistrado na etapa pré-processual, quando os fatos objeto do processo e conseqüentemente da atividade epistêmica probatória ainda não foram delineados, permitindo a produção de provas por aquele que julgará. Por essa razão, este capítulo se ocupará, inicialmente, de abordar a questão da tensão que se estabelece entre a imparcialidade e a busca da verdade no processo, fundamento de validade da atuação probatória do juiz, estipulando os limites e os efeitos desse conflito.

Em seguida, será analisada a atuação probatória *ex officio* pelo juiz na investigação preliminar, com ênfase na redação do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, norma que representa o permissivo legal para essa atividade judicial e dispõe sobre os requisitos do incidente procedimental, bem como as balizas para a sua aplicabilidade.

Por fim, será explorada a compatibilidade do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, com as inovações legislativas trazidas a efeito pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964, de 2019), legislação que alterou de maneira profunda e profícua a dinâmica pré-processual, particularmente no que tange à estrutura acusatória, à centralização da persecução penal e à atuação do julgador.

4.1 A imparcialidade e a busca da verdade no processo penal: uma tensão

Como mencionado no tópico 1.4, o sistema que conduz o processo penal em um Estado Democrático de Direito não funciona somente como um instrumento de efetivação do

direito punitivo estatal, mas também como uma garantia dos direitos individuais dos envolvidos, sobretudo em face do arbítrio estatal. Não por acaso, a ordem jurídica inaugurada pela Constituição da República de 1988 se coaduna muito mais com um modelo acusatório de processo, no qual o imputado é sujeito de direitos e garantias, além da separação das funções processuais funcionar como uma condição sem a qual a persecução criminal é inválida.

Na esteira do que leciona Garcia (2014, p. 125), com a opção por um processo de tipo acusatório, a Lei Fundamental visa assegurar que o órgão que julga não desempenhe funções de investigação e acusação, em especial por serem atividades que podem e devem ser levadas a efeito por outra(s) entidade(s). Especificamente no que tange à investigação, como apontado no capítulo anterior, tem-se que o Ministério Público assume o papel de condutor da ação penal e destinatário da peça informativa produzida na fase preliminar, podendo contar com o auxílio da Polícia Judiciária, de modo que ao juiz é reservado o posto de garante da cláusula do devido processo legal e dos preceitos constitucionais que tutelam a liberdade e o regular exercício do direito de acusar.

Essa conjuntura de separação das atribuições abrange não somente o processo, mas também acompanha toda a etapa procedimental de instrução preliminar, com o escopo de preservar a imparcialidade do órgão julgador e, por reflexo, as garantias do acusado (GARCIA, 2014, p. 128). É dizer, compreende-se que a garantia da jurisdição não é medida suficiente para o desenrolar de um processo penal de natureza democrática, é preciso ir além e dotar o magistrado de qualidades mínimas para estar apto a desempenhar o papel de garante (LOPES JUNIOR, 2012, p. 187). Em outros termos, não basta a presença do juiz, faz-se impositivo que o julgador seja imparcial.

Assalin (2018, p. 22) pontifica que a imparcialidade constitui componente essencial e multifacetado da atividade jurisdicional, pois apresenta-se como valor e propriedade estruturante desta, operando na qualidade de princípio-garantia, cujo objetivo é evitar que o julgador decida conforme a sua opinião, fundamentado em critérios pessoais e não com base no conteúdo produzido nos autos. De igual forma, assume importante garantia para o magistrado, uma vez que impede a sua contaminação subjetiva e a consequente desconfiança social sobre a atividade jurisdicional que desempenha.

Saliente-se que o princípio da imparcialidade do julgador não foi positivado de maneira expressa na Constituição da República. Todavia, o direito a um julgamento conduzido por juiz imparcial decorre implicitamente da cláusula do devido processual legal (art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88), da proibição aos juízos de exceção (art. 5º, inciso XXXVII, da CRFB/88), bem como de uma série de garantias e vedações aplicáveis aos magistrados, afora a complexa

dinâmica de competências previamente fixadas na legislação e no próprio texto constitucional.

Não bastasse, o direito a uma decisão emanada por órgão julgador imparcial vem sendo paulatinamente construído, mormente nas normas internacionais de proteção aos direitos humanos, no intuito de garantir a efetividade deste princípio no plano interno a partir da aplicação dos ditames dos tratados internacionais à legislação pátria (GARCIA, 2014, p. 136). Nesse aspecto, o Brasil é signatário de diversos tratados e convenções internacionais que expressamente preveem tal garantia, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Ademais, o direito em comento é consequência lógica da adoção da heterocomposição como forma de solução dos conflitos, por meio da qual um terceiro imparcial substitui a autonomia das partes. Hodiernamente, pode ser subdividido em outras duas espécies, as quais serão fundamentais para a análise da problemática sugerida por este trabalho: a imparcialidade subjetiva e a imparcialidade objetiva⁵⁴. Lopes Junior (2012, p. 190) leciona que a acepção subjetiva está relacionada à convicção pessoal do juiz em concreto, ou seja, à ausência de juízos preconcebidos que possam contaminar o julgamento. Por outro lado, o sentido objetivo da imparcialidade, que alude à teoria da aparência, preconiza que o julgador deve ser dotado de garantias bastantes para eliminar qualquer dúvida razoável acerca da sua condição de imparcial, de modo a ratificar o prestígio público da função jurisdicional (ASSALIN, 2018, p. 26). Em síntese, não basta estar subjetivamente protegido, é preciso parecer imparcial – ou, como prescreve o aforismo inglês, *justice must not only be done; it must also seem to be done*.

Sobrevém que um dos maiores desafios do processo penal moderno é compatibilizar o impreterível princípio da imparcialidade do juízo com a pretensão da busca da verdade e a sua consecutiva efetividade. Esta última, inclusive, tem funcionado como o fundamento de validade da atribuição de poderes investigatórios e instrutórios ao magistrado, fato que suscita controvérsias acerca da possibilidade de manutenção da imparcialidade judicial após a designação desse ambicioso encargo. Para o desenvolvimento desta monografia, torna-se imprescindível a análise da tensão que se estabelece entre a busca pela verdade e a imparcialidade do órgão julgador, nomeadamente com a outorga de poderes instrutórios a serem

⁵⁴ A classificação da imparcialidade em subjetiva e objetiva, em forma de definição, foi dada no julgamento do caso *Piersack vs. Belgium* pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em 1982. Trata-se de caso relativo ao reconhecimento de perda da imparcialidade de um juiz que, antes de se tornar o julgador do processo, havia atuado como órgão do Ministério Público responsável pela condução da investigação sobre o fato que posteriormente julgara. Cf. ANDRADE, Mauro Fonseca. *O Juiz das Garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 40, fev. 2011. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html>. Acesso em: 22 mai. 2022.

desempenhados ainda na fase pré-processual, o que justifica a avaliação dessa polêmica no presente item.

Por óbvio, a questão da verdade e a função que ela desempenha no processo cumprem relevante papel na definição do sistema processual penal adotado e no próprio exercício da atividade jurisdicional, demarcando os limites de atuação judicial. De seu turno, a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório e, acima de tudo, da imparcialidade (LOPES JUNIOR, 2012, p. 188).

A possibilidade de se atingir a verdade por meio do processo é um tópico que há muito permeia os debates jurídicos. Conforme Badaró (2003, p. 20), a teoria dominante aponta que o processo é o instrumento que permite ao julgador conhecer a verdade sobre os fatos. Todavia, há aqueles que negam com veemência a possibilidade de o processo atingir a verdade, assim como os que consideram a verdade irrelevante para a decisão judicial.

O inconveniente da verdade está consubstanciado na cultura inquisitiva disseminada por todos os órgãos responsáveis pela persecução penal, por meio da qual práticas probatórias questionáveis ficaram autorizadas pela nobreza de seu propósito (OLIVEIRA, 2016, p. 76). Ressalte-se que advém dessa noção os poderes do juiz que rompem com a estrutura democrática do sistema acusatório e permitem a permanência velada de uma mentalidade inquisitória dentro de um modelo que se pretende acusatório (KHALED JUNIOR, 2013, p. 167).

Com efeito, a verdade que informa um processo de natureza garantista condiz mais com uma verdade processual ou formal, isto é, aquela que está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa (OLIVEIRA, 2016, p. 78). Por isso, diz-se que é controlada quanto ao método de aquisição, ao passo que é reduzida quanto ao conteúdo informativo, impondo a superação da crença de que o processo teria a missão de revelar a verdade. Consequentemente, no processo penal de feição acusatória, a busca da verdade deve ser orientada para a obtenção da verdade provavelmente admitida, entendida sob viés aproximativo, vez que inevitavelmente condicionada à falibilidade dos meios de reconstrução histórica, além de ser perseguida respeitando as regras e as garantias processuais (BADARÓ, 2003, p. 122).

Entretanto, mesmo em concepções que admitem outros escopos para o processo que não a busca pela verdade, a prova cumpre papel persuasivo-racional relevante, de forma que a absoluta impossibilidade de se descobrir a verdade significaria, juridicamente, que todo processo deveria ser decidido unicamente com base nas regras sobre o ônus da prova (BADARÓ, 2003, p. 21-23).

Assim, considerando que a decisão processual unicamente com base nas regras

sobre o ônus da prova é a *ultima ratio*, o imbróglio surge quando a busca pela verdade é tão valorizada a ponto de se legitimar a possibilidade da adoção de uma postura ativa do juiz nesse intento em substituição à atividade probatória a ser protagonizada pelas partes. Nessa perspectiva, Giacomolli (2014, p. 240) esclarece que o ativismo judicial probatório atrelado à busca da verdade apresenta-se como um dos principais modos pelos quais um juiz pode ser subjetivamente contaminado, abandonando a preceituada imparcialidade.

Da mesma forma, para Assalin (2018, p. 11), o juiz imparcial deve se posicionar como um terceiro observador da relação erigida segundo a estrutura dialética formada entre o órgão acusador e o acusado, abstendo-se de quaisquer interferências que possam prejudicar seu desinteresse na causa, sob pena deturpar as atribuições próprias de cada um desse envolvidos na persecução judicial do crime.

Em sentido diverso, há aqueles que preconizam a relação da imparcialidade do juiz mais com o modo pelo qual exercita os seus poderes no caso concreto do que pela adoção de uma postura passiva. Badaró (2003, pp. 83-84) defende que é a efetividade do contraditório, e não a inércia judicial, que assegura a imparcialidade no momento do julgamento, de modo que a consagração de poderes instrutórios ao magistrado, ao menos na etapa judicial da persecução penal, não se mostra incompatível com a determinada ausência de parcialidade, máxime em razão da superação da dicotomia existente entre verdade material e verdade formal.

De maneira suplementar, Grinover (2016, pp. 4-5) obtempera que a essência do modelo que confia ao juiz a iniciativa instrutória está na concepção publicista do processo e na percepção de sua função social, os quais estão intimamente relacionados à questão da verdade, visto que nesse modelo é inadmissível que o juiz aplique as normas de direito substancial sobre fatos esclarecidos de modo insuficiente. Por essas razões, o órgão julgador não poderia se limitar a proceder com a mera análise dos elementos fornecidos pelas partes, estando autorizado a agir sem a provocação dos interessados.

A compreensão de um processo de natureza publicista, nos moldes indicados por Ada Pellegrini Grinover, parece ter influenciado o Decreto-Lei nº 3.689/41 (Código de Processo Penal do Brasil), visto que o seu propósito original era o fortalecimento do magistrado, tornando-o figura central do processo. Esse protagonismo era ainda mais acentuado na instrução, haja vista a outorga de amplos poderes probatórios ao juiz para viabilizar a obtenção da verdade real. A título ilustrativo, no Item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, que diz respeito às provas, ficou consignado que o juiz deixaria de ser um espectador inerte da produção de provas, podendo ordenar, de ofício, as provas que lhe parecessem úteis ao esclarecimento da verdade (BRASIL, 1941). Além disso, propugnava-se a impossibilidade de

pronunciar o *in dubio pro reo* ou mesmo o *non liquet*, enquanto estivesse pendente de averiguação a matéria das partes e houvesse uma fonte de prova ainda não explorada (BRASIL, 1941).

Desde então, a doutrina tem adotado posição firme no sentido de restringir a atuação probatória do órgão julgador, especialmente após o paradigma inaugurado pela Constituição da República de 1988. No entanto, mesmo após a promulgação da Constituição Cidadã, o artigo 156 do Código de Processo Penal desponta como um dos dispositivos que têm suas bases fincadas na busca pela verdade por meio da atuação judicial, ainda que na fase de instrução preliminar. O referido dispositivo, apesar de atribuir o ônus da prova da alegação a quem a fizer, faculta ao juiz agir de ofício não só para ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, mesmo antes de iniciada a ação penal, como também permite ao magistrado determinar no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto processual relevante. Com isso, representa o ápice da tensão que se estabelece entre a busca pela verdade e a garantia da imparcialidade judicial, motivo pelo qual é o tópico central deste trabalho e objeto de estudo do tópico subsequente.

4.2 A atuação probatória *ex officio* do juiz na investigação preliminar

A concepção que orientou a elaboração do Decreto-Lei nº 3.689, de 1941, tem suas bases fincadas na centralização do processo na figura do juiz, inclusive por meio da concessão de poderes instrutórios a este sujeito processual. O artigo 156 do CPP representa o principal cânone desse viés, no sentido de fortalecer a onipotência judicial pela possibilidade de ativismo probatório, ainda que na fase de investigações preliminares. Porém, embora problemático, nem sempre foi assim: a redação original do dispositivo em comento dispunha tão somente sobre o ônus da prova e a possibilidade de o magistrado determinar, sem a provocação das partes, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, limitando essa atuação ao curso da instrução ou ao momento que antecede à sentença, isto é, à etapa judicial⁵⁵.

Essa noção de um processo concentrado e direcionado ao órgão julgador se justificava pela diretriz na qual se baseou o Código de Processo Penal e pelos fins que o Estado Novo almejava. Nas palavras de Santos e Santiago (2020, p. 216), foi um modelo de processo sobremodo repressivo e inibidor de garantias, marcado pela superioridade do Estado perante o indivíduo. Contudo, como já anunciado, por meio da Constituição Federal de 1988 foi

⁵⁵ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 1941).

determinada uma nova referência de processo a ser levada a cabo pelo Estado, cuja premissa de um processo de partes é inconciliável com a primazia da atuação judicial.

O legislador ordinário, no entanto, não acompanhou a tendência constitucional e doutrinária, de modo que a Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008, foi aprovada para alterar dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prova. O referido diploma normativo, fruto de uma reforma pela qual passou o CPP, não apenas regulamentou o uso das provas produzidas na etapa investigativa, que carecia de regramento, como também consagrou permissivo legal de atuação probatória judicial *ex officio*, inclusive na fase anteprocessual.

Destaque-se que, com o advento da Lei nº 11.690/08, o artigo 156 do CPP teve sua redação alterada, passando a contar com o acréscimo de dois incisos⁵⁶. De maneira geral, o conteúdo anterior foi mantido, como se depreende da leitura do *caput* da norma e do seu inciso II, os quais referem-se, respectivamente, à regra do ônus probatório e à produção de provas de ofício pelo juiz na etapa judicial para dirimir dúvida sobre ponto relevante. A mudança significativa do dispositivo ficou a cargo do acrescido inciso I, cuja aplicação faculta ao juiz atuar sem provocação das partes mesmo antes de iniciada a ação penal – portanto, na fase de investigação preliminar –, a fim de ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observada a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida.

Em suma, significa uma inovação ampliativa dos poderes instrutórios do magistrado, com múltiplos efeitos de ordem prática e teórica, mas questionável à luz da ordem constitucional vigente, uma vez que reforça o caráter inquisitivo da fase pré-processual e a sua influência no decorrer do processo, viabilizando outros modos de contaminação subjetiva do órgão julgador, posição que não parece se conformar com o sistema acusatório adotado no Brasil. Segundo avalia Garcia (2014, p. 131), na ocasião, o legislador perdeu a oportunidade de solidificar a cultura acusatória de processo, agindo para fortalecer a posição diametralmente oposta e, com isso, legitimar um retrocesso.

Porque funcionará como controlador da legalidade e garantidor dos direitos fundamentais do sujeito passivo, a atuação do juiz na instrução preliminar deve ser diminuta, sob o risco de se afastar da esfera de mero espectador e assumir a postura de ator, fragilizando a estrutura dialética do processo penal (SAMPAIO; MARCELLE; MELO, 2016, p. 11). Todavia,

⁵⁶ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, 1941).

a dinâmica do art. 156, inc. I, do CPP conduz fatalmente à figura do juiz ator, núcleo do sistema inquisitório, destruindo o contraditório, a igualdade de tratamento e, por derradeiro, a imparcialidade.

Antes de passar à ponderação acerca da norma que autoriza o ativismo judicial probante na fase pré-processual, convém ressaltar conceitos primordiais para a compreensão da atuação probatória na etapa investigativa. De início, reitere-se que a fase de instrução preliminar congrega elementos informativos e provas como fenômenos probatórios, os quais têm naturezas e valores distintos no âmbito da etapa subsequente.

Os elementos informativos são dados colhidos durante as investigações e que servem de suporte mínimo para a propositura da ação penal (ou o seu arquivamento) pelo órgão acusador, bem como para fundamentar a decretação de medidas cautelares na fase que antecede ao processo (BRENTTEL, 2012, p. 39). Em contrapartida, de acordo com Tavares e Casara (2020, p. 22), “prova é o instrumento de busca da verdade possível e juridicamente admissível no processo”. Consubstancia um direito público subjetivo que é resultado do direito de ação e de defesa, destinando-se ao julgador, que a utilizará para fundamentar a escolha por uma das versões dos fatos levados a juízo (TAVARES; CASARA, 2020, p. 95). Também poderá ser colhida na fase investigativa, porém de modo excepcional.

Como já mencionado, por conta da ausência de contraditório nos atos de investigação, os elementos informativos colhidos na etapa pré-processual não podem ser utilizados de maneira isolada na fundamentação da decisão judicial. Para tal intento, seria necessário a rediscussão e a reavaliação pelo juiz competente, com a incidência do contraditório. Diversamente, as provas produzidas durante essa fase poderão servir de fundamento exclusivo para o ato decisório, haja vista a produção incidental mediante contraditório, ainda que em momento ulterior. Essas são as conclusões possíveis extraídas do conteúdo do artigo 155 do Código Adjetivo Penal⁵⁷, que versa sobre o tema.

No caso do artigo 156, inciso I, do CPP, é o lapso temporal representado pelo senso de urgência e a relevância da prova que justificam a atuação do juiz na instrução preliminar para colher provas. A norma aludida consagra a produção antecipada de provas, um procedimento incidental de natureza cautelar que tem por escopo assegurar a eficiência da atividade probatória, diante do risco de que o transcurso do tempo impeça ou dificulte que

⁵⁷ Art. 155. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, 1941)

pessoas ou coisas possam servir como fonte de prova⁵⁸ (BRENTTEL, 2012, p. 43). São produtos desse incidente procedimental as provas cautelares em sentido estrito, as provas antecipadas e as provas não repetíveis.

Segundo as definições de Mendonça (2008, p. 80), as provas cautelares em sentido estrito são caracterizadas pela existência de um risco de desaparecimento do objeto sobre o qual a atividade probante recairá e nas quais o contraditório é diferido, isto é, efetivado em momento posterior à formação da prova, a exemplo de uma interceptação telefônica. Já as provas antecipadas são definidas como aquelas produzidas em observância ao contraditório real, perante autoridade judicial, mas, por conta da sua urgência e relevância, antes do momento processual em que ordinariamente são colhidas, como é a hipótese da oitiva de uma testemunha que presenciou um crime, porém encontra-se com a saúde debilitada em razão de doença incurável. Por último, o autor (2008, p. 85) qualifica como não repetíveis as provas que não podem ser produzidas novamente na fase processual, tal qual ocorre, *exempli gratia*, com o exame de corpo de delito em alguém que foi vítima do crime de lesões corporais de natureza leve⁵⁹.

Estabelecidos os conceitos das espécies de provas cautelares, avança-se para a compreensão dos seus requisitos de admissibilidade, os quais encontram-se indicados no texto do artigo 156, inciso I, do CPP, a saber, a urgência e a relevância. Brentel (2012, p. 44) discorre sobre a urgência, definindo-a a partir da sua identificação com o conceito de *periculum in mora*, tal seja, “a necessidade da constatação judicial de que eventual retardo na prestação jurisdicional inviabilizaria a obtenção da fonte de prova ou de elemento de prova importante para o processo”. Por sua vez, a autora (2012, p. 45) indica que a relevância decorre da indispensabilidade da prova para a solução do processo, aproximando essa noção à caracterização do *fumus boni iuris*, isto é, à avaliação da importância da prova e da fidedignidade dos motivos justificadores do requerimento de produção antecipada.

⁵⁸ Nessa ocasião, é deveras importante ter em mente a diferença entre meios e fontes de prova. Segundo Badaró, as fontes de prova são os elementos probatórios que existem antes do processo e com independência deste, decorrendo do fato em si, independentemente da existência do processo. De outro lado, os meios de prova são atuações judiciais com as quais as fontes se incorporam ao processo, isto é, são instrumentos por meio dos quais as fontes de prova são levadas para o processo. Em suma, as fontes destinam-se às partes e os meios ao juiz, cabendo às partes buscar as fontes de prova e levá-las ao processo, oportunidade na qual o magistrado receberá e valorará os meios de prova para conhecer os fatos da causa. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 165-168.

⁵⁹ A proximidade conceitual ocorre porque as provas cautelares em sentido estrito, as provas antecipadas e as provas não repetíveis são espécies do gênero “provas cautelares” – em sentido amplo, por certo. O traço distintivo entre essas espécies de provas, além do momento de efetivação do contraditório, é a exigência de prévia autorização judicial: tanto as provas cautelares em sentido estrito quanto as provas antecipadas demandam o pronunciamento judicial permissivo, ao passo que as provas não repetíveis podem ser levadas a cabo independentemente de prévia autorização judicial.

Portanto, verifica-se que a utilidade da atividade probatória propriamente dita no contexto da instrução preliminar está associada ao lapso temporal entre o fato criminoso e a colheita da prova que é menor, possibilitando o contato do interessado com as circunstâncias fáticas e temporais mais próximas à conjuntura original do acontecimento e, por consequência, um juízo aproximativo mais confiável e autêntico. Afora o impedimento de que esses elementos sejam perdidos pelo decurso do tempo.

Sem prejuízo dos benefícios aludidos, o problema não se relaciona à produção antecipada de provas na etapa investigativa, mas sim à atuação de ofício do órgão julgador, produzindo a própria prova em substituição aos demais sujeitos do procedimento (LOPES JUNIOR, 2012, p. 294). Nesse caso, a atuação judicial não é meramente subsidiária, mas, ao contrário, típica de parte/interessado, o que contrasta com as normas constitucionais em vigor. Ora, a persecução penal moderna é de caráter centrífugo, assentada na atividade das partes como sujeitos democráticos pertinentes e protagonistas da decisão penal, aos quais cabe a proposição dos meios de prova, bem como a metodologia de busca da prova (GIACOMOLLI, 2014, pp. 182-183).

As sucessivas alterações legislativas pelas quais passou o Código de Processo Penal evidenciam a pertinência da atuação dos sujeitos da instrução preliminar em detrimento da onipotência judicial, porquanto atualmente não só o *Parquet* e a Polícia Judiciária podem realizar diligências com o propósito de elucidar os fatos e colher elementos informativos, mas também o ofendido e o próprio investigado estão autorizados a proceder com o requerimento dessas medidas, como se estabelece, *verbi gratia*, no artigo 14 do CPP⁶⁰. E quem melhor do que aqueles que estão envolvidos diretamente com a investigação e com o fato aparentemente criminoso para indicar os fenômenos probatórios urgentes e relevantes? Logo, o alheamento do juiz em relação à iniciativa probatória tem como efeito imediato o fortalecimento da estrutura dialética.

Decerto, a substituição da atividade argumentativa e probatória das partes consolidada na concentração de tarefas nas mãos do magistrado, sendo uma delas plenamente realizável e atribuída a sujeito diverso, degenera o princípio contraditório e, em decorrência, não se coaduna com o sistema acusatório adotado constitucionalmente, o qual consagra o Ministério Público como órgão de Estado responsável pelo exercício da pretensão punitiva, segundo se extrai do art. 129, inc. I, da CRFB/88. Essa percepção é reforçada pela atribuição

⁶⁰ Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade. (BRASIL, 1941)

do ônus da prova⁶¹ indicada no art. 156, *caput*, do CPP, que é inconteste ao afirmar que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. A partir de uma interpretação teleológica desse trecho da norma, entende-se que o *onus probandi* quanto à autoria e à materialidade delitiva recai, em regra, sobre o órgão acusador, enquanto o ônus de demonstrar a existência de situações excludentes da ilicitude ou mesmo da culpabilidade é atribuído ao imputado (DE JESUS; SILVA, 2017, p. 54).

O ativismo judicial probatório atenua a importância do encargo que recai sobre as partes no intuito de direcionar essa atividade epistêmica voltada a convencer o magistrado. Todavia, essa não é a única degeneração. Conforme reputa Badaró (2019, p. 24), sempre que o juiz realiza uma atividade afeita a uma das partes, corre o risco não só de consciente ou inconscientemente contaminar-se, como também de colocar em dúvida o prestígio externo acerca da sua capacidade de julgar de maneira imparcial, maculando conjuntamente as imparcialidades subjetiva e objetiva.

Além disso, a postura ativa do juiz na busca de provas ignora por completo o estado de inocência do acusado, visto que cabe à acusação não somente o ônus de prova acerca da culpa do réu, mas também o encargo de reunir elementos indiciários mínimos quanto a autoria e a materialidade delitiva. Desse modo, a existência de dúvidas sobre os fatos impõe o resultado absolvição, o que expressa o próprio sentido do princípio *in dubio pro reo* e do ônus objetivo. No entanto, nessa conjuntura, ante a incerteza, o juiz parte em busca de provas, violando a presunção de inocência (KHALED JUNIOR, 2013, p. 151).

Outro ponto que intensifica a disfunção da atuação probatória do juiz na etapa pré-processual é a inexistência de ação penal instaurada ou mesmo acusação formal veiculada e, por conseguinte, a ausência de delimitação quanto aos fatos objeto do processo, o que só ocorrerá com o oferecimento da denúncia ou queixa. Consoante esclarece Mendonça (2008, p. 82), a produção de provas pelo magistrado antes mesmo do início da ação penal implica formulação de juízo antecipado no que tange à *opinio delicti*, em clara afronta à atribuição constitucional do Ministério Público de promover a ação penal pública. É dizer, em razão da inexistência de imputação ou de delimitação do tema probatório, ao exercer seus poderes

⁶¹ O ônus é um imperativo do interesse do próprio onerado, cujo exercício é imprescindível para a obtenção de um resultado favorável, ao mesmo tempo em que o seu descumprimento não gera a aplicação de qualquer sanção, embora acarrete risco ao interesse do detentor. Pode ser compreendido sob o aspecto subjetivo, representado pelo encargo que recai sobre as partes no intuito de direcionar a atividade probatória, visando o conhecimento do juiz acerca da verdade dos fatos. Mas não só: também possui uma acepção objetiva, que funciona como regra de julgamento em função do *non liquet*, e determina o modo de decisão judicial ante a existência insuperável de uma dúvida. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 168-190.

instrutórios, o órgão julgador estará investigando os fatos que possivelmente serão levados a juízo e poderão servir de fundamento para a condenação ou absolvição do acusado, isto é, serão objeto de apreciação pelo mesmo juiz que os investigou.

Saliente-se que mesmo entre aqueles que defendem o exercício da atividade judicial probatória independentemente de provocação das partes, a antecipação desses poderes para a etapa de investigação preliminar mostra-se inconcebível. Badaró (2019, p. 30), por exemplo, contesta a possibilidade de o magistrado praticar qualquer ato de investigação nessa etapa, haja vista a não existência de imputação com a respectiva delimitação dos fatos a serem objeto do processo e subsidiariamente da prova. O autor entende que a atuação judicial na investigação conduzirá à antecipação mental de uma hipótese a ser investigada e, com isso, o envolvimento psicológico do juiz, culminando na perda da sua imparcialidade.

Como resumiram Santos e Santiago (2020, p. 222), o inciso I, do artigo 156, do Código de Processo Penal possibilita a persecução probatória pelo juiz antes mesmo de estabelecida a relação processual, o que indubitavelmente remonta à figura do juiz inquisidor. Nesse cenário, o juiz passa a operar a partir do primado das hipóteses sobre os fatos, decidindo para, a partir disso, ir atrás das provas que embasarão a decisão (LOPES JUNIOR, 2006, p. 183). Destarte, tem-se que a consequência inevitável dessa onipotência judicial não é outra senão a contaminação subjetiva do julgador, a qual pode ser melhor compreendida a partir dos conceitos desenvolvidos pela teoria da dissonância cognitiva, de Leon Festinger, objeto de análise do próximo item.

Por outro lado, para atenuar a onipotência judicial concretizada na atuação probatória na investigação, o legislador impôs a tomada de decisão fundamentada, conforme se conclui da leitura da parte final do art. 156, inc. I, do CPP, tendo em vista o comando legal de se observar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida de produção antecipada de provas⁶². Deveras, a motivação nas decisões judiciais é primordial para o controle da eficácia das garantias relacionadas ao direito de defesa, bem como para a aferição da suficiência de um elemento probante colhido. Lopes Junior (2006, p. 263) aponta que apenas por meio da fundamentação é possível avaliar se a racionalidade predominou sobre o poder em um ato judicial decisório, condição inafastável de um processo penal de natureza democrática. Por isso, a dimensão do poder – materializada como a coação que afeta o sujeito passivo da

⁶² Trata-se de consagração expressa dos três subprincípios da proporcionalidade, idealizados pela jurisprudência alemã, teorizados por Alexy e frequentemente utilizados como instrumentos retóricos que, no caso do dispositivo em questão, permitem argumentar a primazia da dimensão racional do saber em detrimento da força típica do poder no que concerne ao pronunciamento judicial.

persecução penal – tem de ocupar um lugar secundário, sujeitando-se a regras estritas, presididas pelos princípios da necessidade (e respeito aos direitos fundamentais) e proporcionalidade (racionalidade meio/fim).

Entretanto, mesmo o princípio da proporcionalidade e seus corolários não contribuem de maneira efetiva no controle da subjetividade ou da discricionariedade nas decisões judiciais, especialmente em situações de colisão entre normas de direitos fundamentais (NEPOMUCENO, 2019, p. 111), funcionando muito mais como elemento discursivo para dar caráter racional a decisões que não raro são absolutamente discricionárias e baseadas na falaciosa dicotomia entre o interesse público e o direito individual do imputado, como se verá a seguir.

O subprincípio da adequação impõe uma análise empírica que relaciona meios e fins, de sorte a preconizar que determinada medida é adequada se tiver aptidão para fomentar o fim pretendido (ÁVILA, 2005, p. 116). Nos termos expostos, consoante Nepomuceno (2019, p. 115), o sentido do subprincípio fica esvaziado, pois são escassas as situações em que uma intervenção não contribuiria em nada para fomentar a realização de um fim pretendido. Nesse caso, a intervenção teria de ser teratológica para assim se afigurar nula.

Relativamente à necessidade, subprincípio que consiste na verificação de alternativas menos restritivas aos direitos fundamentais e capaz de promover o fim pretendido na mesma intensidade (SILVA, 2002, p. 38), tem-se outro problema, porquanto dificilmente uma restrição mais suave irá promover o fim pretendido na mesma medida (NEPOMUCENO, 2019, p. 116).

Por sua vez, no exame da proporcionalidade em sentido estrito, o julgador procede a um “sopesamento” entre os princípios envolvidos no caso, atribuindo maior peso a um em detrimento do outro, de forma fundamentada (ÁVILA, 2005, p. 124). No entanto, de acordo com Nepomuceno (2019, p. 119), é neste momento que se vislumbra a incidência da subjetividade, pois a atribuição valorativa de vantagens ou desvantagens é conduzida por uma racionalidade que pode mensurada tão somente a partir de determinada visão de mundo, cuja variação é enorme.

Aliás, enfatize-se que o legislador ordinário parece ter cometido um equívoco ao estabelecer que se fará um exame da necessidade, da adequação e da proporcionalidade da medida, porque, conforme Silva (2002, p. 34), “a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito”.

Dessa forma, fica evidente que a própria vagueza das noções que circundam o princípio da proporcionalidade, positivado no art. 156, inc. I, do CPP, por meio dos seus

subprincípios, não o torna imune aos decisionismos cotidianos. Pelo contrário, apenas ressaltam a degeneração do seu uso através de ponderações vazias de conteúdo jurídico, assim como a falibilidade do método proposto pela jurisprudência alemã e consequente insuficiência para o caso, de tal sorte que a produção de provas pelo juiz antes de iniciada a fase judicial e sem a provocação das partes continua representando a principal forma de contaminação subjetiva do órgão julgador.

4.3 A (in)compatibilidade da atuação probatória *ex officio* do juiz na fase pré-processual face à Lei Anticrime

A atribuição de prerrogativas instrutórias ao juiz a serem exercidas na fase de investigação, como visto, enseja críticas razoáveis no tocante à preservação da imparcialidade deste mesmo magistrado, a quem incumbe decidir o mérito da causa, pois, conforme Santos e Santiago (2020, p. 227), a posição ativa na produção probatória acarretará contaminações e prejulgamentos, o que não se harmoniza com a expectativa de equidistância que recai sobre o órgão julgador e funciona como *conditio sine qua non* para a consumação do postulado da imparcialidade.

Nesse cenário de críticas a um modelo de processo penal com resquícios autoritários surge a Lei nº 13.964, de 2019, que, dentre outras coisas, cumpre o desiderato de reduzir a atividade judicial, estruturando a persecução penal em torno do protagonismo das partes. Com efeito, o legislador ordinário atentou-se a possibilidade de mácula à garantia do julgamento por um juiz imparcial quando este atua na fase pré-processual em busca de provas, por isso proibiu de maneira assertiva a iniciativa do magistrado na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (art. 3-A do CPP).

Inúmeros outros dispositivos mencionados no tópico 2.4 demonstram que, por intermédio da Lei Anticrime, o legislador atuou para mitigar a centralidade do órgão julgador nas diferentes etapas da *persecutio criminis*, bem como para reforçar o caráter acusatório do modelo de processo penal brasileiro, estabelecendo novas diretrizes de atuação para os envolvidos e atenuando inconvenientes da antiga sistemática. Os efeitos nefastos da onipotência judicial são explicados a partir dos conceitos desenvolvidos pela teoria da dissonância cognitiva, que influenciou de maneira consciente ou inconsciente boa parte das novidades legislativas do Pacote Anticrime.

A referida teoria é originalmente uma aplicação da psicologia social desenvolvida por Leon Festinger, a qual foi adaptada para o campo do direito processual penal a fim de

explicar o poder contaminador dos atos de investigação e demais fenômenos probatórios da etapa pré-processual na cognição do magistrado e conseqüentemente servir de fundamento para a instituição da figura do juiz das garantias. Neste trabalho, além do escopo já apresentado, a teoria da dissonância cognitiva servirá de base para explicar como a atuação de ofício do magistrado pode surtir efeitos funestos ao contraditório e à imparcialidade, notadamente se não houver órgãos julgadores distintos para as fases pré-processual e processual.

Para Festinger (1975, p. 12), os indivíduos convivem com crenças e comportamentos pessoais que, pela multiplicidade, podem ser harmônicos ou desarmônicos entre si. O autor salienta que o esforço natural do ser humano se dá no sentido de realizar um estado de coerência consigo mesmo em relação a esses elementos. Não por acaso, as atitudes de uma pessoa são, em sua maioria, reflexo daquilo que ela sabe ou crê. Malgrado, a incoerência entre cognições é um estado latente com o qual o indivíduo tem de conviver, cujo agravamento ocorre ao se defrontar com situações que coloquem em colisão duas ou mais convicções.

Ante a percepção das incoerências internas, o esforço das pessoas se voltará para buscar racionalizações no intuito de eliminá-las ou ao menos atenuá-las (FESTINGER, 1975, p. 12). O malogro na eliminação dessas incongruências internas e a conseqüente subsistência desse estado de desacordo faz surgir um desconforto psicológico, denominado por Festinger de “dissonância cognitiva”, cujo grau será tão mais intenso quanto maior for o valor ou a importância dos elementos cognitivos contrastantes (ANDRADE, 2019, pp. 1.654-1.655). Nesse contexto, a dissonância cognitiva funcionará como uma condição antecedente que leva a esforços orientados para a redução de dissonância (FESTINGER, 1975, p. 13).

No mesmo sentido, Andrade (2019, p. 1.655) explica que a existência de dissonância origina pressões para reduzi-la e para evitar o seu recrudescimento, as quais serão materializadas por meio de mudanças comportamentais, alterações de cognição e busca de novas informações. Como aduz Lopes Junior (2014), trata-se de mecanismo de defesa do ego que se esforça para manter o equilíbrio no sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradições entre aquilo que se conhece e aquilo que se crê.

Em complemento, Da Silva; Santos; Magalhães (2020, p. 154) mencionam que “o indivíduo busca eliminar ou diminuir a dissonância mais através de mudanças de atitudes pessoais do que pelo abandono da crença ou da opinião anterior”. Além disso, o sujeito da dissonância passa a adicionar de maneira seletiva novas informações com o fito de manter uma coerência lógica entre as cognições conflitantes por meio de uma espécie de viés da confirmação (FESTINGER, 1975, p. 35). Por essa razão, quanto mais alguém estiver comprometido com uma ideia, mais difícil será abandoná-la.

A dissonância cognitiva é efeito quase inexorável da tomada de decisões e, ressalte-se, a sua magnitude é diretamente proporcional à importância da decisão a ser tomada (FESTINGER, 1975, pp. 40-41). Não obstante, é um fenômeno que influencia ou distorce em demasia o processo decisório, porquanto gera um impulso de manutenção da coerência interna e de preservação da autoimagem, culminando em atitudes que podem não ser as mais racionais ou até mesmo simuladas (ANDRADE, 2019, p. 1.658).

Em virtude disso, a teoria em análise tem sua aplicabilidade ampliada para os domínios do processo penal, com o propósito de refletir sobre o atual sistema de processo penal e suas limitações. Na persecução penal, além das convicções pessoais, o juiz lida com cognições destoantes, típicas do modelo processual dialético pautado pela atuação contraposta de acusação e defesa. Não bastasse, estará diante de uma dinâmica estruturada pelo escalonamento do juízo acerca da culpabilidade do fato delitivo consubstanciada inicialmente na possibilidade, passando pela probabilidade e tendo como desfecho o juízo de convencimento.

No campo processual, conforme explica Andrade (2019, p. 1.661), a dissonância cognitiva pode ocorrer quando o juiz, a partir do que decidiu em sede de cognição sumária, na fase pré-processual ou mesmo no início da lide, posteriormente percebe, na cognição exauriente, elementos diversos que não corroboram a avaliação inicial. Nessas situações, o julgador estará mais propenso a manter o viés da decisão anteriormente expedida.

Isso ocorre porque a partir do primeiro contato com o caso, ainda que na etapa precedente ao processo, o juiz começa a construir uma imagem mental dos fatos, mesmo que involuntariamente, e, portanto, um pré-julgamento quanto às decisões que serão tomadas ao longo da investigação, como aquelas atinentes às prisões preventivas, medidas cautelares *etc.* (LOPES JUNIOR, 2014). Com o abandono da inércia pelo juiz em busca da prova, até mesmo sem objeto delimitado, independentemente de provocação das partes, esses juízos preconcebidos serão ainda mais sólidos e terão cada vez mais potencial de repercussão nos âmbitos processuais subsequentes, inclusive por meio da busca seletiva de informações, autorizada pelo art. 156, inciso II, do CPP. Assim, quanto maior for o envolvimento do juiz com a investigação preliminar, maiores são as chances de contaminação do processo.

Sem contar que o juiz que teve o seu primeiro contato com o caso penal através da investigação preliminar, antes de se estabelecer balizas sobre o fato aparentemente criminoso, estará sob influência de uma imagem mental pouco democrática, pois os elementos colhidos nesta fase não obedecem aos ditames da legalidade estrita e da conformidade constitucional (OLIVEIRA, 2016, p. 143), além de servirem em sua maioria à acusação. Verifica-se, então, que a previsão legal de poderes instrutórios ao juiz na fase de investigações preliminares,

marcada pela inquisitorialidade, refletirá diretamente no curso do processo penal, regido por valores garantistas, e, conseqüentemente, pelo princípio do juiz natural, já que a competência para julgar a ação penal segue a regra da prevenção, impondo ao mesmo magistrado a atuação tanto na fase inquisitiva quanto na etapa judicial.

Nessas circunstâncias, o disposto no art. 156 do CPP é um terreno fértil para, simultaneamente, criar uma convicção no julgador e permitir a redução da dissonância em torno dela por meio da adição de novos elementos consonantes ou com a evitação de elementos dissonantes (SOUZA, 2016, p. 115), uma vez que permite ao juiz formar a hipótese sobre os fatos, em substituição ao órgão acusatório, bem como proceder de ofício com uma busca seletiva de informações que se coadunarão com a convicção já formada em momento anterior, ao passo em que será possível se esquivar das fontes informativas com potencial de acentuar a dissonância existente.

Não foi por acaso que o legislador ordinário procedeu com as alterações desempenhadas pela Lei nº 13.964/19. Além de reforçar a escolha pelo sistema acusatório (art. 3º-A, primeira parte, do CPP), o legislador cuidou de proibir de maneira taxativa a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição probatória do órgão de acusação (art. 3º-A, segunda parte, do CPP), assim como dispôs sobre a necessidade de exclusão física dos autos do inquérito policial (art. 3º-C, § 3º, do CPP), introduziu no ordenamento a figura do juiz das garantias com a conseqüente adoção do critério de prevenção como causa de exclusão da competência (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), dentre outras mudanças.

A intenção legislativa de eliminar o ativismo judicial probatório torna-se indubitável, particularmente pelas novas funções atribuídas ao juiz das garantias, com destaque para a do art. 3º-B, inciso VII, do CPP, que dispõe ser da competência do juiz das garantias “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”. Ao expressar que o magistrado deve decidir sobre o *requerimento* do referido incidente procedimental, ao invés de tão somente colocá-lo ao alvedrio do órgão julgador, para atuar mesmo sem o prévio pedido das partes, como ocorre na hipótese do artigo 156, inciso I, do CPP, o legislador torna inequívoco o foco da investigação preliminar nas partes, com a secundarização da figura judicial⁶³.

⁶³ Mesmo antes da Lei Anticrime, alguns juristas já se posicionavam contrariamente ao conteúdo do art. 156, inc. I, do CPP, propugnando a necessidade de se adotar uma interpretação conforme a Constituição para o dispositivo em comento, no sentido de que o “ordenar do Juiz” pressuporia um pedido das partes, quando se der na fase inquisitorial, só podendo o juiz agir de ofício se já houver processo. Nesse sentido, remete-se o leitor para LIMA, Marcellus Polastri. *A chamada “verdade real” sua evolução e o convencimento judicial*. In: Verdade e prova no

Percebe-se que, visando preservar a posição do juiz de sujeito suprapartes, manteve-se o magistrado tão somente com a tarefa de julgar, abstendo-se da prática de atos investigatórios, os quais foram constitucional e infraconstitucionalmente outorgados às partes. Assim, a partir das alterações procedidas pela Lei Anticrime, torna-se evidente a incompatibilidade do artigo 156, inciso I, do CPP com a nova dinâmica inaugurada pela Lei Anticrime, em particular no que toca aos artigos 3º-A e 3º-B, inciso VII, ambos do CPP. Mais que isso, é possível afirmar que há uma antinomia entre o disposto no art. 3º-B, inciso VII, e o art. 156, inciso I, ambos do Código de Processo Penal, de modo que, pelo critério temporal, é inquestionável a revogação tácita procedida pela Lei Anticrime em relação à norma que atribui poderes instrutórios ao juiz ainda na etapa de instrução preliminar, fato que reforça a impossibilidade de aplicação do dispositivo comentado.

No entanto, convém reiterar que a maior parte das modificações operadas pela Lei Anticrime com influência na etapa pré-processual e no reforço à estrutura acusatória encontram-se com a aplicação suspensa por tempo indeterminado, pendente de aprovação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decorrência de medida cautelar do relator das ADIs nº 6.298, nº 6.299, nº 6.300 e nº 6.305, o Ministro Luiz Fux, de sorte que, por ainda não ter sido reconhecida a inconstitucionalidade do art. 156, inc. I, do CPP, este encontra-se atualmente sem embaraços para surtir seus efeitos, o que representa indiscutível retrocesso na luta para expurgar os resquícios autoritários do processo penal brasileiro e torná-lo mais próximo do modelo democrático proposto pelo texto constitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República de 1988 representa importante marco na concepção democrática da ordem jurídica, inaugurando um paradigma processual penal de natureza garantista em contraposição à origem repressiva do Código de Processo Penal de 1941, em vigor no Brasil. Isso significa que o modelo penal de processualística, então influenciado pela superioridade do Estado frente ao indivíduo, passa a ser estruturado e desenvolvido com fundamento na relação de equilíbrio entre os sujeitos envolvidos, por meio de vinculações recíprocas quanto aos direitos e deveres, o que se estende, inclusive, para o órgão julgador.

Outrossim, a ordem constitucional vigente optou pelo sistema acusatório de processo penal, que tem como pontos fulcrais a separação das funções processuais de acusar e julgar, a dinâmica dialética de convencimento racional do órgão julgador, bem como a gestão da prova entre as atribuições das partes, com o consequente alheamento do juiz em relação à atividade instrutória, reservando a este sujeito processual tão somente o controle da legalidade da persecução penal e a salvaguarda dos direitos individuais dos envolvidos, em particular os que estão subordinados à reserva de jurisdição. Por implicação lógica, qualquer disposição infraconstitucional que venha a subverter essa conjuntura, não poderá subsistir na ordem jurídica pátria por manifesta incompatibilidade com a Constituição da República.

Assim, mesmo na etapa pré-processual, de natureza inquisitiva, a separação das atividades de acusar e julgar é absolutamente imperativa, do mesmo modo que a atividade probante centralizada nos interessados. Contudo, apesar da inequívoca opção constitucional pelo sistema acusatório, o Código de Processo Penal ainda consagra o permissivo legal para a atuação probatória *ex officio* do magistrado na fase de investigações preliminares, o qual se encontra positivado no artigo 156, inciso I, da referida codificação e representa indubitável ranço inquisitório na lei. A perplexidade torna-se ainda maior porque a sua adição ao conteúdo do CPP se deu por meio das reformas levadas a efeito em 2008, anos após a promulgação da Constituição Cidadã.

Com efeito, a separação das funções processuais e o correlato protagonismo das partes na gestão da prova representam dinâmicas que visam assegurar a condição de alheamento e equidistância do magistrado em relação às partes, bem como ao objeto processual, de sorte a evitar a ocorrência consciente ou inconsciente de contaminações subjetivas e, por derradeiro, garantir a necessária imparcialidade para decidir a contenda. Parte-se da ideia de que o juiz imparcial deve se posicionar como um terceiro observador da relação adversarial formada por

acusação e defesa, abstendo-se de interferências passíveis de afastar o seu desinteresse na causa.

No entanto, a iniciativa probatória do magistrado torna insuficiente a separação inicial das atividades de acusar e julgar, intrínseca aos preceitos acusatórios, haja vista a aquiescência da assunção de papel ativo na busca da prova pelo julgador, ato típico da parte acusadora, afastando-o da função de garantidor e espectador para se transformar em juiz-ator. Demais disso, a ingerência no curso da etapa pré-processual não apenas deturpa os encargos dos interessados, como também prejudica a igualdade dos sujeitos e a imparcialidade judicial.

Por certo, na fase anteprocessual tem-se a atuação de diversos sujeitos com maior capacidade de indicar provas que correm o risco de perecimento pelo transcurso do tempo, como o Ministério Público, a Polícia Judiciária, o ofendido e, inclusive, o investigado, fato que denota o inconveniente da atividade probatória judicial nessa etapa sem a provocação das partes.

Sem contar que a hipertrofia judicial na colheita de provas fragiliza a dialética processual preconizada pelo princípio do contraditório, uma vez que substitui o encargo das partes de direcionar a atividade epistêmica de esclarecimento dos fatos voltada ao convencimento racional do magistrado. Além disso, suprime o estado de inocência do acusado, pois retira do órgão acusador o ônus de reunir elementos indiciários mínimos quanto a autoria e a materialidade delitiva, bem como as provas de culpa do réu, e, com isso, sua atuação acaba por favorecer à acusação, de modo a debilitar a paridade de armas inerente ao modelo democrático de processo.

Ademais, o desempenho da atividade instrutória pelo juiz na fase investigatória não se dá de maneira subsidiária, mas sim como típica de parte, notadamente por ser uma etapa em que ainda não há uma relação processual com a respectiva delimitação dos fatos aparentemente criminosos que serão objeto de debate judicial acerca da culpa do acusado. É dizer, sequer há uma imputação com a definição formal da hipótese a ser investigada. Dessa forma, o juiz estará atuando na produção ampla de provas, com a possibilidade de antecipação mental da hipótese a ser investigada, encargo que é do órgão acusador, o que fatalmente conduzirá ao comprometimento psicológico de quem julga.

Todos os prejuízos mencionados acima têm como efeito imediato o envolvimento psicológico do juiz, o que culminará na perda da imparcialidade, aqui entendida sob os aspectos objetivo e subjetivo, pois este passará a operar com base no primado das hipóteses sobre os fatos, como explica a teoria da dissonância cognitiva, decidindo para, então, buscar de maneira seletiva evidências que confirmem a tese formada. Os efeitos funestos dessa condição são mais intensos nos modelos processuais penais em que a persecução penal é conduzida por um único magistrado para as etapas pré-processual e processual.

Por conseguinte, verifica-se a incompatibilidade do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal com a estrutura processual acusatória consagrada constitucionalmente, o que revela a inconstitucionalidade do aludido dispositivo, em especial por debilitar em demasia as garantias processuais, contrariando os preceitos constitucionais de maximização dos direitos e garantias individuais. Ainda que se defenda a sua conformação constitucional, a impossibilidade de conservação dos poderes instrutórios do juiz na fase investigativa tornou-se evidente com a vigência da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), que expressamente adotou o sistema acusatório, vedando a atuação do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (art. 3º-A do CPP).

Essa posição é reforçada pelo rol exemplificativo das atribuições do juiz das garantias, constante no art. 3º-B do CPP, porquanto estabelece a competência do magistrado que atua na fase pré-processual para decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, nos termos do inciso VII da referida norma. Em posição oposta à dinâmica observada anteriormente, o legislador tratou de atribuir o encargo de levar a cabo o incidente procedimental às partes, mantendo o juiz em condição de terceiro alheio aos interesses probatórios, atuando como garante do devido processo legal e dos preceitos constitucionais que tutelam a liberdade e o regular exercício do direito de acusar.

Nesse contexto, não fosse a suspensão dos efeitos das alterações promovidas pela Lei Anticrime, por força de medida cautelar em sede de ação do controle concentrado de constitucionalidade, o artigo 156, inciso I, do CPP estaria revogado de maneira tácita, tendo em vista a patente antinomia existente entre o dispositivo aludido e as inovações legislativas operadas pela Lei nº 13.964/19.

Sem embargo, uma vez que não apresenta conformação com a Constituição Federal, deve ter a sua aplicação rechaçada, sob pena de subverter a hierarquia formal do ordenamento jurídico, que conta com a Lei Fundamental como fundamento de validade de toda a ordem normativa posta.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1651-1677, set.-dez. 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.227>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

ASSALIN, Bruno Bueno. **A problemática imparcialidade objetiva do juiz-instrutor e a figura do juiz das garantias prevista no projeto de lei 8045/2010**. 2018. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, São Paulo. 2-18. Disponível em: <<https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/20751>>. Acesso em: 20 mai. 2022.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BOSCHI, José Antonio Paganella. O sistema acusatório na Lei 13.964/2019. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, pp. 516–534, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/50>>. Acesso em: 7 mai. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF. Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 25 fev. 2022.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2022.

_____. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 04 mai. 2022.

_____. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 04 mai. 2022.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 05

mai. 2022.

_____. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. **Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 05 mai. 2022.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6.298 MC/DF.** Autores: Associação dos Magistrados Brasileiros e Associação dos Juizes Federais do Brasil. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, dia da publicação.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6.299 MC/DF.** Autores: Podemos e Cidadania. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, dia da publicação.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6.300 MC/DF.** Autor: Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL). Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.305 MC/DF.** Autor: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno.** Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020.

BRENTEL, Camilla. **As provas não repetíveis no processo penal brasileiro.** 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02102012-145142/pt-br.php>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

CAMELO, Thiago Freitas. O Ministério Público na investigação criminal. **Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará,** Ceará, ano 1, n. 1, vol. 2, pp. 209-253, 2017. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2017/07/5-O-Minist%C3%A9rio-P%C3%ABlico-na-Investigac%C3%A7%C3%A3o-Criminal.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

CAPORAL, Hugo Chaves; SILVA, Guilherme Amorim Campos. O juiz das garantias como elementos renovador do sistema acusatório brasileiro. **Revista de Direito,** [S. l.], v. 13, n. 3, pp. 01–26, 2021. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/12815>>. Acesso em: 07 mai. 2022.

CARDOSO, Pedro Bruzzi Ribeiro. **O juiz de garantias e o Projeto de Lei nº 8045/2010: a função jurisdicional na investigação preliminar à luz da Constituição Federal.** 2019. Monografia (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2019. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/est_conteudo.php?strSecao=resultado_todos_anos&nrSeq=45886@1&ord=1>. Acesso em: 05 mai. 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198. 1998. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v30i0.1892>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

_____. **Sistema acusatório**: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul.-set. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

DA SILVA, Cristian Kiefer; SANTOS, Mayza Kethone; MAGALHÃES, Priscilla Cândida. O juiz das garantias e a teoria da dissonância cognitiva. **Revista de Estudos Jurídicos UNA**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 142-157. 2020. Disponível em: <<http://revistasgraduacao.una.emnuvens.com.br/rej/article/view/103>>. Acesso em: 14 mai. 2022.

DE JESUS, Vanysson Dias; SILVA, Rony Rei do Nascimento. Os atos de investigação no inquérito policial e os aspectos da reforma processual penal de 2008. **Interfaces Científicas - Direito**, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 51-62, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/3655>>. Acesso em: 27 maio. 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ETZBERGER, Carolina. **Investigação preliminar sob a ótica defensiva**: os direitos do investigado na fase pré-processual. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/10721>>. Acesso em: 24 abr. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**, trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras. **Juiz das garantias**: um embarque rumo ao sistema acusatório. In: Bruna Martins Amorim Dutra; William Akerman. (Org.). Pacote anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, pp. 109-128.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; trad. de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GARCIA, Alessandra Dias. **O juiz das garantias e a investigação criminal**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23092015-092831/pt-br.php>>. Acesso em: 27 abr. 2022.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GONTIJO, Maria Letícia Nascimento. **A investigação preliminar no processo penal**

brasileiro: a crise do inquérito policial. Brasília: IDP/EDB, 2016. 94f. [Monografia (Especialização)]. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, Distrito Federal. Disponível em: <<https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2048>>. Acesso em: 27 fev. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Verdade real e verdade formal? Um falso problema.** *In:* Verdade e prova no processo penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo; coord. Flávio Cardoso Pereira. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-14.

HAMILTON, Sergio Demoro. **A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro:** uma falácia. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, n. 2-3, p. 247-273. 2001-2002. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/25494/ortodoxia_sistema_acusatorio_processo.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2022.

HERCULANO, Lara Raquel Soares. **O contraditório na investigação preliminar como garantia de um processo penal constitucional.** 2019. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, Ceará. 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/44525>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

HOFFMANN, Henrique; COSTA, Adriano Sousa. **Prazo de conclusão do inquérito existe para a proteção do suspeito.** Consultor Jurídico, 31 out. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-31/academia-policial-prazo-conclusao-inquerito-existe-protecao-suspeito>>. Acesso em: 05 mai. 2022.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro:** acusatório, misto ou inquisitório? Civitas – Revista de Ciências Sociais, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-agosto, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/handle/1/3561>>. Acesso em: 26 fev. 2022.

_____. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

LEBRE, Marcelo. **Pacote Anticrime:** anotações obre os impactos penais e processuais. Curitiba: Editora Aprovar, 2020.

LEITE, André Estima de Souza. **O sistema acusatório já positivado no Brasil e os entraves à sua efetivação.** *In:* Desafios contemporâneos do sistema acusatório. / Associação Nacional dos Procuradores da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão e 7ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Org.: Lívia Nascimento Tinôco, Luiza Cristina Frischeisen, Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva, Silvio Amorim Junior e Vladimir Barros Aras. Brasília: ANPR, 2018, pp. 291-326.

LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

_____. **Introdução crítica ao processo penal** (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 9. ed. rev. e atual.

São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz. **Consultor Jurídico**, 11 jul. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória (CPP, art. 3º-A, Lei 13.964) e a resistência acusatória. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, pp. 163–178, 2020a. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/30>>. Acesso em: 7 mai. 2022.

_____. **A liminar de Luiz Fux na ADI 6.299 revogou decisão do Plenário na ADI 5.240?**. **Consultor Jurídico**, 24 jan. 2020b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-24/limite-penal-liminar-ministro-fux-revogou-decisao-plenario>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/pt-br.php>>. Acesso em: 24 abr. 2022.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I.

MELO, Marcos Eugênio Vieira Melo. Neoinquisitorialismo processual penal e a contaminação do julgador com os atos de investigação: a burla interna no processo penal brasileiro como obstáculo ao contraditório. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 951-992, mai.-ago. 2020.

MENDONÇA, Andrey Borges. Os elementos produzidos durante o inquérito e as provas antecipadas, cautelares e irrepetíveis, segundo a reforma do CPP. **Revista da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, ano 1, v. 2, n. 1, jul.-dez., p. 75-88, 2018. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/issue/view/28>. Acesso em: 21 abr. 2022.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; CAMARGO, Margarida Lacombe. **Sistemas processuais penais à luz da Constituição**. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 97, n. 4, set./out. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.05_1.PDF>. Acesso em: 25 fev. 2022.

NEPOMUCENO, Raul Carneiro. **O controle da subjetividade nas decisões judiciais em casos de colisão entre direitos fundamentais: hermenêutica, método e a tensão entre o racional e o irracional**. 2019. 154 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/49195>>. Acesso em: 02 mar. 2022.

NEVES, Lícia Jocilene das; RESENDE, Raissa Cupertino. **O Código de Processo Penal brasileiro e o sistema acusatório implementado pela Lei n. 13.964/19**. Dom Helder Revista de Direito, Minas Gerais, v. 3, n. 6, p. 123-141, maio/agosto. 2020. Disponível em: <<http://revista.domhelder.edu.br/index.php/dhrevistadedireito/article/view/1914>>. Acesso em: 26 fev. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Walter. Reforma do Código de Processo Penal: Leis n. 11.689, n. 11.690 e n. 11.719, de 2008. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIII, n. 44, p. 20-24, jan.-mar. 2009.

OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A atuação do julgador no processo penal constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PASSOS, Fábio Presoti. **A participação do investigado na instrução preliminar como manifestação dos direitos fundamentais**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012. Disponível em: <https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/PUC_MINS_d0c24ea6dae6a21f94da7288192d211a>. Acesso em: 05 mai. 2022.

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

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RAYOL, Rafael Ribeiro. **Princípio acusatório e alguns reflexos de sua aplicação**. *In: Desafios contemporâneos do sistema acusatório. / Associação Nacional dos Procuradores da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão e 7ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Org.: Livia Nascimento Tinôco, Luiza Cristina Frischeisen, Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva, Silvio Amorim Junior e Vladimir Barros Aras. Brasília: ANPR, 2018.*

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

RODRIGUEZ, Bruno Augusto Psendziuk. **O direito de defesa no sistema processual penal inquisitivo**. Porto Alegre, 2017. [Monografia (Especialização)]. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/165620>>. Acesso em: 09 abr. 2022.

ROSA, Alexandre Moraes da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SAAD, Marta. Defesa no inquérito policial. **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2, n. 4, pp. 59-83, jul.-dez. 2018. Disponível em:

<<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/article/view/604/358>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

_____. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” - Investigação preliminar: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira De Direito Processual Penal**, 6(1), pp. 29–40. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/348>>. Acesso em: 27 abr. 2022.

SABOIA, Jéssica Ramos. **Garantismo e sistema acusatório no processo penal democrático: os discursos acerca da acusatoriedade no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, a partir da Teorização Fundamentada nos Dados**. 2018. (Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza. Fortaleza, Ceará. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=107095>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

SALES, Fernando Muniz Gadelha. **Investigação preliminar no processo penal: A (in)validade probatória dos atos de investigação** Conteúdo Jurídico, Brasília/DF: 26 dez. 2014. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42705/investigacao-preliminar-no-processo-penal-a-in-validade-probatoria-dos-atos-de-investigacao>>. Acesso em: 25 abr. 2022.

SAMPAIO, André Rocha; MARCELLE, Joana; MELO, Marcos Eugênio Vieira. A iniciativa probatória do juiz como elemento impeditivo do pleno exercício democrático da jurisdição penal. **Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet**, v. VII, p. 10-24, 2016. Disponível em: <<https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/edicao-n15.php>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

SANTOS, Teodoro Silva; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Garantismo, sistema acusatório e a produção de prova ex officio pelo magistrado**. Revista Jurídica Unicuritiba, Curitiba, v. 02, n. 59, p. 210-233, abril-junho. 2020. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i59.4088>>. Acesso em: 25 fev. 2022.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159>>. Acesso em: 11 mai. 2022.

SOUZA, David Tarciso Queiroz de. **A permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar**. 2016. (Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/10923/8548>>. Acesso em: 26 fev. 2022.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. 1 Mb: *e-book*.

TUCCI, Lauria Rogério. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

XAVIER, Andressa Collares. **A atuação do Ministério Público na investigação preliminar**. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Federal Fluminense. Niterói, Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/handle/1/8729>>. Acesso em: 18 abr. 2022.