

# O NOVO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

## THE NEW BRAZILIAN ACCUSATORY SYSTEM

**Ionilton Pereira do Vale<sup>1</sup>**

Professor de Processo Penal (ESMEC, Fortaleza/CE, Brasil)

**Teodoro Silva Santos<sup>2</sup>**

Professor de Processo Penal (UNIFOR, Fortaleza/CE, Brasil)

**ÁREA(S):** Direito constitucional; direito processual penal; direito público; direitos humanos; direito comparado.

**RESUMO:** O Brasil não possuía um sistema acusatório puro, mas sim um sistema acusatório impuro ou misto,

em que a função julgar se confundia, algumas vezes, com a investigação do fato delituoso. O legislador, de maneira muito apropriada, resolveu dar um basta em uma situação por demais criticada pela maioria da doutrina e parte da jurisprudência. Já não existe a figura do

<sup>1</sup> Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa (2015), Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2003), Investigador do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa (CIDPCC), Investigador da Fundação de Ciência e Tecnologia de Portugal, Especialista em Direito Processual Penal pela UNIFOR, Especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Atualmente é Professor do Ministério Público do Estado do Ceará. Docente em diversas instituições de ensino públicas e privadas. Atualmente exerce o cargo de Promotor de Justiça, tendo sido assessor do Procurador Geral de Justiça por dois biênios. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando, principalmente, nas seguintes áreas: Direito Processual Penal, Direito Penal, Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Garantias Fundamentais, Direitos Humanos, Execução Penal e Criminologia, dentre outras. É autor de diversos livros e artigos nas áreas do Direito e da Literatura. Membro do Conselho Editorial da Revista *Quaestio Iuris*, da Universidade do Rio de Janeiro, e da *Revista de Direito da Cidade*, da mesma Instituição, e da *Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa*. E-mail: ionilton@uol.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/6899042895354484>>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0001-9324-1652>>.

<sup>2</sup> Desembargador do Tribunal de Justiça/CE, Doutorando em Direito Constitucional, Docente e Colaborador Honorário da Escola Superior do Ministério Público, Especialista e Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR, Especialista em Direito Processual Penal pela UFC. E-mail: profteodoro@ig.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/2852430237093879>>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0002-0481-025X>>.

juiz proativo, que enfeixa em suas funções a tarefa de investigar e julgar, encerra resquícios do processo inquisitivo e determinando de ofício a produção da prova e dos expedientes na fase da *persecutio criminis*. Desapareceu, com efeito, o art. 3º-A do CPP, que declara que o processo penal terá estrutura acusatória, sendo vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Com o advento da Lei nº 13.964/2019, desapareceu a figura do juiz investigador e produtor de provas, dando margem a uma magistratura mais independente e imparcial. O presente ensaio sob relação visa a traçar breves contornos do processo acusatório em geral e da reforma processual, em busca do sistema acusatório puro.

**ABSTRACT:** *Brazil did not contemplate a pure accusatory system, but an impure or mixed accusatory system in which the judging function was sometimes confused with the investigation of the criminal act. The legislator very appropriately decided to put an end to a situation that was overly criticized. by most of the doctrine and part of the jurisprudence. The figure of the proactive judge who embodies the task of investigating and judging, contains traces of the inquisitive process and officially determines the production of evidence and files during the persecutio criminis phase. It has disappeared. who declares that the criminal proceeding will have an accusatory structure, the initiative of the judge in the investigation phase and the substitution of the probationary role of the prosecuting body being prohibited. With the advent of Law 13964/2019, the figure of the investigating judge and evidence producer disappeared, giving rise to a more independent and impartial judiciary. The present study aims to outline brief outlines of the accusatory process in general and the procedural reform in search of the pure accusatory system.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistemas; sistema acusatório; contraditório; igualdade de armas; juiz de garantias; procedimento investigatório criminal; publicidade; Ministério Público; sigilo-requerimento.

**KEYWORDS:** *Systems; accusatory system; contradictory; equal weapons; guarantee judge; criminal investigative procedure; advertising; Public Prosecutor's Office; secrecy-requirement.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Do sistema acusatório; 2 Do sistema acusatório no direito comparado; 3 A igualdade de armas como postulado do sistema acusatório; 4 Distinção entre o princípio do contraditório e a paridade de armas; 5 A inércia do juiz como postulado do processo acusatório; 6 Processo acusatório e iniciativa probatória do juiz; 7 O juiz imparcial como corolário do processo acusatório; 8 Do juiz de garantias; 9 Impossibilidade do juiz em colher a prova e decretar a prisão provisória *ex officio*; 10 O requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa

em audiência pública e oral; 11 Decisão sobre os requerimentos de interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; 12 Decisão sobre os requerimentos de afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; 13 Decisão sobre os requerimentos de afastamento da busca e apreensão domiciliar; 14 Decisão sobre os requerimentos de acesso a informações sigilosas; 15 Decisão sobre outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The accusatory system; 2 The accusatory system in comparative law; 3 Equality of arms as a postulate of the accusatory system; 4 Distinction between the contradictory principle and arms parity; 5 The Judge's inertia of the accusatory process; 6 Accusatory process and evidentiary initiative of the judge; 7 The impartial judge as a corollary of the accusatory process; 8 The Guarantee Judge; 9 Impossibility of the judge to collect the evidence and decree provisional arrest ex officio; 10 The request for advance production of evidence considered urgent and non-repeatable, ensuring the adversary and the wide defense in public and oral hearing; 11 Decision on the requirements for telephone interception, the flow of communications in computer and telematics systems or other forms of communication; 12 Decision on the requirements for removing tax, banking, data and telephone confidentiality; 13 Decision on requirements for removal from home search and seizure; 14 Decision on requirements for access to confidential information; 15 Decision on other means of obtaining evidence that restrict fundamental rights of the person under investigation; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

O modelo acusatório procura promover uma igualdade de poderes entre a acusação e a defesa na atuação processual, estando o juiz numa atitude passiva, de modo que o julgamento decorra com o juiz em uma posição *super partes*, preocupado com a apreciação de maneira objetiva do caso concreto<sup>3</sup>.

Com efeito, sobraram vedados pelo legislador, sob pena de nulidade absoluta e insanável: a) a iniciativa do juiz na fase de investigação; b) o juiz proativo como substituto da atuação probatória do órgão de acusação.

De bom alvitre remansou a iniciativa do legislador, que fortaleceu os dois órgãos que atuam no processo de uma forma mais constante.

<sup>3</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, t. I, 2002. p. 39.

O juiz passa a ter a distância necessária da investigação, para tornar-se o Órgão *super partes* que sempre foi a sua verdadeira natureza. Por outro lado, o Ministério Público teve fortalecida a sua atuação na fase da investigação, sendo facultado a este órgão conduzir uma investigação criminal por meio da instauração de um PIC (procedimento investigatório criminal).

Com o advento do pacote anticrime (Lei nº 13.964/19), que “aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”<sup>4</sup>, foi, de forma explícita, acolhido o sistema acusatório puro, que, no entanto, encontra-se ainda equidistante desse importante modelo processual, porquanto erigido nas ruínas do Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941. Contudo, pensamos que o mais correto seria fornecer à sociedade um novo Código de Processo Penal, mais moderno e consentâneo com as necessidades de uma sociedade complexa e pós-moderna.

O próprio Cristo falou em Mateus 9:16-17:

Ninguém coloca remendo novo em roupa velha; porque o remendo força o tecido da roupa e o rasgo aumenta. Nem se põe vinho novo em odres velhos; se o fizer, os odres reventarão, o vinho derramará e os odres se estragarão. Mas põe-se vinho novo em odres novos, e assim ambos ficam conservados.

Na doutrina, tem prevalecido a opinião de que a nova reforma vai exigir mais dos operadores do Direito, um maior esforço exegético para conciliar a nova legislação com os dispositivos antagônicos a esta.

É dentro desse contexto de debate democrático do Congresso Nacional, logo, da própria sociedade brasileira, sobre segurança pública, direito penal e direitos fundamentais, que surge a Lei nº 13.964/2019. Se o ideal de todo e qualquer diploma normativo é, em tese, a criação de dispositivos legais que sejam ao menos harmônicos e coerentes entre si, fato é que o embate entre forças antagônicas existentes dentro e fora do Congresso Nacional durante a tramitação do Projeto de Lei nº 6.341, de 2019 (nº 10.372/18 na Câmara dos Deputados) resultou na aprovação de uma lei cujos preceitos são absolutamente contraditórios entre si<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Rubrica marginal da lei.

<sup>5</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Pacote anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 38. Ressalte-se, recentemente, a soltura do traficante “André do Rap” pelo Ministro Marcos Aurélio, cuja liminar foi caçada por outro

Apesar das exigências de um novo código, não há dúvidas de que houve relativo avanço na legislação penal e processual penal. Daqui para frente, resta o desafio dos juízes e tribunais, que certamente será de se adequarem a essa nova legislação, que impactou a doutrina e jurisprudência nacionais.

O presente trabalho, portanto, é bastante atual e tem como escopo principal a análise do sistema acusatório ideal, bem como o que foi erigido ao *status* de lei ordinária, que será examinado detidamente nas próximas linhas.

## 1 DO SISTEMA ACUSATÓRIO

O processo penal do tipo acusatório vai buscar a sua designação no fato de se iniciar com uma acusação – isto é, de ser instaurado mediante pedido e de, no seu desenvolvimento, se estabelecer um vivo debate entre o pretense criminoso e o adversário que o causa. A estrutura processual acusatória pura dá larga margem ao sentimento popular e reduz a pouca coisa a atividade técnica e o conteúdo dos códigos. É o processo do povo, mais acessível aos leigos em matéria jurídica. Não obstante, e precisamente sob o aspecto jurídico, pode ser caracterizado em três planos: a) princípios a que obedece; b) titularidade do impulso processual; c) organização judiciária que implica<sup>6</sup>.

Esclarece, ainda, o autor que são cinco os princípios que representam o sistema acusatório puro: publicidade, oralidade, contraditório, verdade formal e presunção de inocência. No que tange à titularidade do impulso oficial, declina o autor, expressa que, nos sistemas acusatórios puros, essa designação fica a cargo do Ministério Público, que deduz a acusação. Por fim, no que tange à organização judiciária, esta deve ficar ao cargo de um órgão distinto da acusação, o terceiro imparcial – o juiz – com posição *super partes*, que atua em nome da comunidade e no âmbito do exercício dos poderes públicos<sup>7</sup>.

O modelo reducionista, que consiste, tão somente, na separação das funções de acusar e julgar, é insuficiente para caracterização do sistema acusatório. É necessário mais, ou seja, que o juiz se limite a decidir, deixando as interposições

---

Ministro do STF, Luiz Fux, causando uma polêmica acerca da aplicação do novel art. 316 do CPP. (Plenário do STF vai decidir se referenda decisão sobre prisão de “André do Rap”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-13/fux-manda-plenario-decisao-prisao-andre-rap>>. Acesso em: 13 out. 2020)

<sup>6</sup> PIMENTA, José da Costa. *Processo penal*. Sistemas e princípios. Lisboa: Petrony, t. I, 2003. p. 88.

<sup>7</sup> PIMENTA, José da Costa. *Processo penal*. Sistemas e princípios. Op. cit., p. 91.

de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, as partes<sup>8</sup>.

Digno de registro é que o princípio do contraditório implica que cada uma das partes seja chamada a deduzir suas razões (de fato e de direito), a oferecer as suas provas, a controlar as provas do adversário e a discutir sobre o valor e resultados de umas e outras<sup>9</sup>.

Trata-se, por evidente, do contraditório. O contraditório é sempre apontado como um dos princípios estruturantes do processo criminal, baseado no modelo acusatório, uma vez que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal erigiram ao *status* de garantia constitucional esse importante princípio.

A doutrina tradicional identifica o contraditório como uma extensão da ampla defesa. Nada mais errado. No Direito Processual moderno, não se deve dar ênfase a qualquer dos sujeitos processuais, pois todos têm importante papel a desempenhar no processo. O contraditório diz mais respeito à paridade de armas, à igualdade entre acusação e defesa. Correta é a lição de Francisco Dirceu Barros, quando exprime:

Alguns doutrinadores definem o princípio do contraditório como corolário da ampla defesa. Entendo ser um grande equívoco, pois o princípio em estudo é consequência lógica da igualdade. De forma analógica, podemos dizer que, em uma guerra, devem-se propiciar as mesmas armas aos contendores, e, em nenhuma hipótese, será possível conceder um melhor armamento a uma das partes. Veja que o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa; portanto, qualquer restrição ilegal poderá acarretar: a) cerceamento de defesa; b) cerceamento de acusação.<sup>10</sup>

## 2 DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO DIREITO COMPARADO

O sistema processual penal alemão, quando refere a necessidade de separar as funções institucionais de juiz e de Ministério Público, o faz de

<sup>8</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 108.

<sup>9</sup> ANDRADE, Manuel de Andrade. *Noções elementares [sic] de processo civil*. Nova edição revista com a colaboração de Antunes Varela. Coimbra, I, 1963. p. 352.

<sup>10</sup> BARROS, Francisco Dirceu. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, v. 1, 2006. p. 23.

modo “a garantir amplamente, na medida do possível, a neutralidade do juiz” (sublinhado por Claus Roxin). A admissibilidade desta interconexão de sistemas deve, no entanto, atentar para os inúmeros riscos dos sistemas anglo-americanos, nomeadamente os perigos de amplificar uma luta de partes, em que o acusado depende demasiado da qualidade e habilidade do seu defensor<sup>11</sup>.

Outros pontos de relevo são a preponderância das partes e a inércia do juiz, em face da filosofia do *adversary system*, que domina o processo penal britânico e estado-unidense. Não obstante o virtual desaparecimento do júri, ao juiz só compete decidir o litígio que lhe é submetido, levando em consideração exclusivamente as pretensões contidas nos *pleadings* das partes e as provas por estas ministradas e oferecidas ao tribunal. O juiz não tem poder algum de ordenar *ex-officio* medida de instrução. Tampouco lhe é dado ordenar de ofício a correção dos requerimentos ou o comparecimento pessoal das partes. Se, no plano teórico, o juiz pode conhecer de ofício de questão de puro direito, sob a condição de respeitar ele próprio o princípio do contraditório, configura-se aí um poder limitado. Efetivamente, a procura das regras de direito aplicáveis à espécie não há de ultrapassar o âmbito das alegações de fato constantes dos requerimentos (*pleadings*), das quais as partes querem se valer<sup>12</sup>.

O método acusatório de processo penal considerado mais vetusto, tradicional e dominante, que influencia diversas organizações do sistema de justiça criminal, é o anglo-saxão. Essa metodologia arrosta o juiz como figura passiva e neutra, no que diz respeito à busca das provas, atividade a ser

---

<sup>11</sup> ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal alemán*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007. p. 129.

<sup>12</sup> FAIRCHILD, Erika S. *Comparative criminal justice systems*. California: Wadsworth Publishing Company, 2005. p. 46. Discorrendo acerca da figura central do *adversary system*, aduz MacDONALD que o Ministério Público nos países anglo-saxões é uma instituição ético-conservadora, visando à aplicação da lei e abraçando valores e identificando como seu dever à proteção da comunidade contra os infratores, em uma atuação que se projeta em sua atuação profissional. Em conformidade com Skolnick, o procurador “procura manter, na medida do possível, uma reputação de credibilidade absoluta, com uma verdade inevitável, quase de invencibilidade” (Skolnick, 1967:57). E desta forma, zelando pela sua reputação, incluindo a derrota no tribunal ou a evidência de uma posição conciliatória nas relações criminais, deve ser evitada. Essa postura baseia-se em parte de um conceito defensável, de responsabilidade territorial, mas também é evidente em abraçar uma ideologia de aplicação da lei, e da ética, como uma força institucional do Ministério Público, frente às vulnerabilidades políticas. As qualidades do Ministério Público, neste sistema, abrangem a negociação, a tenacidade e o endurecimento da política criminal, como forma de minimizar as ocasiões para o risco político. (MACDONALD, William Frank [Hrsg.]. *The Prosecutor ed.* – Beverly Hills [u.a.]: Sage Publ., 1979. 279 S. (Sage criminal Justice System Annuals; 11), 1979)

desempenhada exclusivamente pelas partes<sup>13</sup> e, assim, nos demoramos um pouco mais a examinar o referido modelo.

Deve-se enfatizar o fato de que o processo penal nos Estados Unidos da América tem um caráter marcadamente acusatório, em função do papel predominante do promotor, o promotor de justiça (*prosecutor*), em detrimento do papel do juiz de direito, que tem as suas funções inquisitoriais praticamente anuladas. A pessoa acusada (*accused*), contra quem há um indício, inclusive pela imprensa, sem qualquer formalidade procedimental, tem a seu favor a proteção do *due process*, ou seja, as salvaguardas constitucionais que garantem os direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de anulação por completo do processo penal (*reversal of a conviction*), nos procedimentos recursais<sup>14</sup>.

Nesse País, a principal garantia é a da igualdade de condições (*fairness*) no esforço pela descoberta da verdade. O confronto, ainda que violento, faz com que a verdade apareça das provas durante os debates apresentados durante o julgamento. Trata-se da demonstração prática daquilo que os jusfilósofos estado-unidenses de teoria do Direito já haviam delineado em seus trabalhos, como Oliver Holmes e Roscoe Pound. O segundo concede uma visão bastante clara dessas ideias, quando descreve o que considera as três características dos padrões legais: (1) que eles envolvem um julgamento moral sobre a conduta certa, que é ser “justo” de acordo com a “consciência”, “razoável”, “prudente” ou “diligente”; (2) que eles não exigem conhecimentos jurídicos exatos para sua aplicação, mas o senso comum sobre coisas comuns ou a intuição sobre as coisas referentes à experiência de todos; (3) eles não são formulados de maneira absoluta e têm um conteúdo preciso, seja por legislação ou por decisão judicial, mas são relativos ao tempo e lugares e circunstâncias e são aplicados ao fazer referência aos fatos do caso. Eles reconhecem que, dentro dos limites fixados pela lei, cada caso é até um certo ponto único<sup>15</sup>.

Na Espanha, a adoção de resoluções no procedimento principal não responde a uma configuração de um sistema exclusivo, portanto, não inquisitório,

---

<sup>13</sup> PRADO, Geraldo. *O sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 48.

<sup>14</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 126-127.

<sup>15</sup> ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, E. Ricardo. O Tribunal do Júri nos Estados Unidos - Sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 4, n. 15, p. 210, jul./set. 1995.

nem adversarial ou contraditório, senão misto. Em princípio, as partes solicitam ao juiz instrutor primeiro a prática de diligências de investigação (art. 311, I, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), e depois o Tribunal determina a prática de determinados meios de prova (arts. 656, I, 728, 790.5, II y 791.2, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), decidindo e decretando sua admissão, sempre que são pertinentes (arts. 24.2 de la Constitución española y 659, I y 792.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por sua parte, o juiz instrutor pode praticar de ofício todas as diligências que considere necessárias para alcançar os fins próprios do procedimento preliminar, sem necessidade de requerimento das partes (arts. 315, II y 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), e o Tribunal tem certos poderes para introduzir no processo provas de ofício (artículo 729-21 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), que na Espanha se vê como uma exceção inquisitiva ao imperante princípio acusatório nesta fase, que deve estar de acordo com a acusação (v. Sentencias dei Tribunal Supremo de 1º de diciembre de 1993, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 9225; y de 23 de septiembre de 1995, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 6755, entre outras). Um caso específico do procedimento ante o Tribunal do Jurado é que as faculdades de ofício de órgão jurisdicional estão subordinadas injustificadamente ao princípio acusatório<sup>16</sup>.

O estatuto jurídico da parte acusada tem as seguintes características:

- a) o acusado é parte e, em sendo parte, tem uma série de direitos e deveres processuais diversos; segundo a fase do procedimento, o acusado está obrigado a comparecer perante o órgão jurisdicional, pois não está obrigado a declarar-se culpado (artículo 24.2 de la Constitución espanhola, artículo 520.2, a);
- b) a Ley de Enjuiciamiento Criminal (Código de Processo Penal) determina que a declaração do acusado implica um ato voluntário e é um direito, não um dever. Com efeito, proíbe-se toda coação (arts. 15 da Constituição espanhola, e arts. 387, 389, 393 e 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal);
- c) o inculpado serve para a prática de determinados meios de prova, como a pericial, e o reconhecimento judicial. Seu interrogatório em juízo é oral e decisivo no Código de Processo Penal;
- d) por último, o acusado é titular de bens e direitos sobre os quais pode recair a

---

<sup>16</sup> COLOMER, Jean-Luis Gómez. La instrucción del proceso penal en España y los derechos del imputado. *RBCCRIM*, São Paulo: RT, n. 34, p. 34, 2000.

execução: sua pessoa (liberdade) e bens estão submetidos a medidas cautelares que garantam a possibilidade de execução futura<sup>17</sup>.

Segundo a concepção moderna, a igualdade de armas exige que as partes apresentem o caso sob condições que não impliquem nenhuma posição desvantajosa a respeito da parte contrária<sup>18</sup>.

Na França, também, impera a igualdade de armas, uma vez que a justiça penal responde às exigências constitucionais, sendo plenamente aplicável o art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ao exigir que um tribunal seja independente e imparcial. Defluem desse princípio: a) a publicidade das sessões e das razões de decidir; e b) os direitos de defesa e igualdade de armas<sup>19</sup>.

A transformação da ideia do princípio da igualdade de armas é vislumbrada com facilidade na modificação da posição do Tribunal com respeito à posição e ao papel do Procurador-Geral austríaco e do Procurador Geral belga<sup>20</sup>.

Mesmo que no princípio este tenha sido considerado como um guardião do Direito, de modo que, mesmo postulando sua pretensão relativa à sentença, não atuava como um “inimigo” do imputado, em processos julgados posteriormente (em decorrência de uma concepção mais favorável ao imputado) à manifestação do Procurador-Geral (chamada *croquis* no Direito austríaco), começou a ser vista como uma tomada de partido contrariamente ao acusado e, assim, deveria ser dada a este a oportunidade de replicar. O acusado se encontraria em uma posição particularmente desvantajosa, se ao menos não pudesse ter ciência e conhecer a *opinio* do Procurador-Geral e, em razão disto, ficasse sem a oportunidade de replicar<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> COLOMER, Juan-Luis Gòmez. La instruccion del proceso penal en España y los derechos del imputado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 34, p. 33.

<sup>18</sup> A respeito, cf *Borges v. Belgica*, decisão de 30 de outubro de 1991 (EuGRZ 91, p. 519), par. 33; *Dombo Beheer BV v. Niederlande* (Holanda), decisão de 27 de outubro de 1993 (ÖJZ 1994, p. 664), par. 33; *Bulut* (nota 74), par. 44; *Lanz* (nota 74), par. 57; *Fischer* (nota 74), par. 18; *AB*. (nota 74), par. 55; *Ócalan* (nota 74), par. 159.

<sup>19</sup> VERNY, Édouard. *Cours*. Paris: Daloz, 2003. p. 14.

<sup>20</sup> AMBOS, Kai. *Processo penal europeu*. Preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da Convenção Europeia de Direitos Humanos). Trad. Marcellus Polastri Lima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 78.

<sup>21</sup> SANTOS, Fernando Ferreira. *Direitos fundamentais e democracias*. O debate Habermas - Alexy. Curitiba: Juruá, 2008. p. 108.

Na Itália, consagrou-se um sistema misto tendencialmente acusatório<sup>22</sup>, tendo as seguintes características: a) certeza do juiz acerca da formação da prova; b) contraditório e publicidade dos debates; c) oralidade como método de obtenção da prova; d) paridade entre as partes, acusação e defesa; e) ônus da prova a cargo da acusação; f) presunção de inocência do acusado; g) excepcionalidade da custódia preventiva<sup>23</sup>.

### 3 A IGUALDADE DE ARMAS COMO POSTULADO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Nos Estados Unidos, as dificuldades que o sistema adversarial tem em lidar com as evidências científicas são, em grande medida, estruturais. O sistema assume uma luta justa entre duas partes, que desenvolvem suas pretensões perante a terceira parte, neutra. Os réus criminais, no entanto, costumam ter muito menos recursos do que os procuradores. Estes, em regra, dispõem de laboratórios, investigadores de polícia e expertos<sup>24</sup>.

Naquele país, foi decidido que a natureza não recíproca de recursos do governo em compilação de dados sobre jurados viola a cláusula de proteção igualitária, que não permite a defesa ser privada dos requisitos básicos de uma defesa adequada, em razão da desigualdade de armas. Essa prática cria um desequilíbrio, favorecendo injustamente a acusação e a cláusula do devido processo legal, previsto na Quinta Emenda, aplicável aos Estados por força da Décima Quarta Emenda, que trata do equilíbrio de forças entre o acusado e seu acusador<sup>25</sup>. Também existe o *leading case* *Losavio v Mayber* v. 4, em que o tribunal considerou que o acusado tinha o direito de descobrir os registros policiais de jurados na posse do Ministério Público.

O princípio de igualdade de armas entre a acusação e a defesa, à semelhança do que se passa no processo civil entre as partes, é um princípio instrumental e também inerente ao processo acusatório. O processo há de assegurar as mesmas possibilidades à acusação e à defesa para fazerem valer as suas posições processuais perante o tribunal. A imparcialidade do juiz pressupõe que, ao acusador e ao defensor, sejam proporcionadas idênticas possibilidades de fazer

<sup>22</sup> MECONE, M. *Diritto processuale penale*. Napole: Simone, 2010. p. 33.

<sup>23</sup> MECONE, M. *Diritto processuale penale*, p. 30.

<sup>24</sup> KROPPE, Peter J. Van; PENROD, Steven D. *Adversarial versus inquisitorial justice*. Psychological perspectives on criminal justice systems. New York: Plenum Publisher, 2002. p. 240.

<sup>25</sup> *Wardius v. Oregon*, 412 U.S. 470, 474, 93 S.Ct. 2208, 2211, 37 L.Ed 2d 82 (1973).

valer as suas razões no processo, o que se manifesta, desde logo, no princípio do contraditório. A igualdade de armas é, porém, mais ideal do que real. É que a igualdade jurídica, processual, formal, que é necessária para assegurar o pleno contraditório, é passível de ser desvirtuada pela desigualdade factual, real<sup>26</sup>.

De acordo com o caso *Delcourt v Belgica*, um processo não há de ser justo se impuser condições tais que posicione o acusado em situação de evidente desvantagem, haja vista a participação de um membro do Ministério Público nas decisões da Corte de apelação<sup>27</sup>.

As partes devem ter a mesma oportunidade de acesso, de comentário e de refutação das provas e de outros elementos do processo, assim como idêntica possibilidade de interrogar testemunhas e peritos.

O princípio de igualdade de armas entre a acusação e a defesa, à semelhança do que se passa no processo civil entre as partes, é um princípio instrumental e também inerente ao processo acusatório.

Em Portugal, o princípio da igualdade de armas encontra-se constitucionalmente consagrado no art. 32º, n. 1, da CRP, que, ao estabelecer que o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso, funciona como “cláusula geral englobadora de todas as garantias, embora não explicitadas”. A Lei nº 43/1986, de 26 de setembro (lei de autorização legislativa em matéria de processo penal), estabeleceu, no seu art. 2º, n. 2, al. 3), a “parificação do posicionamento jurídico da acusação e da defesa em todos os atos do processo e incrementação da igualdade material de ‘armas’ no processo” e, na al. 9), a “garantia efetiva da liberdade de atuação do defensor em todos os atos do processo, sem prejuízo do caráter não contraditório da fase de inquérito preliminar”. O que significa que, na fase de inquérito, o princípio da *igualdade de armas* é claramente limitado em razão da sua estrutura não contraditória<sup>28</sup>.

Assume-se, aqui, a posição de Helio Tornaghi, que distingue o processo acusatório do inquisitivo. É que, no primeiro, as funções de acusar, defender e julgar são cometidas a três órgãos: acusador, defensor e juiz; na segunda, as três funções estão no mesmo órgão. O inquisidor deve proceder espontaneamente e

---

<sup>26</sup> SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Editorial Verbo, t. V, 2002. p. 68.

<sup>27</sup> Sentença nº 2689/65.

<sup>28</sup> GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *A prisão preventiva e as restantes medidas de coacção*. A providência do *habeas corpus* em virtude de prisão ilegal. Coimbra: Almedina, 2003. p. 44.

suprir as necessidades da defesa. O réu é tratado como objeto do processo e não como sujeito, isto é, como pessoa titular do direito de defesa; nada pode exigir<sup>29</sup>.

#### 4 DISTINÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A PARIDADE DE ARMAS

Se os dois princípios são resultantes do princípio mais geral do Direito a um processo equitativo, o princípio do contraditório e o da paridade de armas devem ser diferenciados, consoante assinala, claramente, a Corte Europeia de Direitos Humanos no julgado Niderhost-Huber.

A noção de processo equitativo implica também o direito às partes do processo de tomar conhecimento de toda peça ou observação levada ao juiz e de poder discuti-la (Niderhost-Huber, § 24). A regra do contraditório, princípio fundamental de um processo equitativo, deve permitir ao jurisdicionado a possibilidade de se exprimir sobre toda peça do dossiê e deve ser aplicado a todo e qualquer processo, penal ou civil, administrativo ou disciplinar, ou mesmo em um processo de exceção de inconstitucionalidade.

O princípio do contraditório concerne a todas as fases processuais, em particular, aquela da produção de provas (no caso, quanto à perícia, cf. Mantovanelli c/ França, 18 de março de 1997), e as necessidades de celeridade processual não impedem o respeito ao princípio do contraditório.

Implicando às partes o direito de acesso às informações, o princípio do contraditório é violado quando um elemento do dossiê não lhe é comunicado. A informação pode dizer respeito sobre o conteúdo dos fatos materiais como sobre sua qualificação jurídica (Pelisser e Sassi c/ França, 25 de março de 1999). A impossibilidade de acesso ao dossiê penal por parte do acusado que se defende sozinho viola o princípio do contraditório (Foucher c/ França, 18 de março de 1997), e o mesmo ocorre pelo fato de se conceder o *exequatur* a um julgamento de nulidade de casamento adotado pela jurisdição do Vaticano, enquanto que a requerente não tinha sido informada da demanda de nulidade formulada por seu esposo (Pellegrini c/ Itália, 27 de julho de 2001).

Se a falta de comunicação de uma peça processual diz respeito a apenas uma das partes, enquanto que a outra parte teve acesso a tal peça, a Corte se fundamenta principalmente sobre a igualdade de armas para comprovar a violação ao art. 6º, § 1 (Kuopila). Por exemplo, nos julgados Mc Michael e

<sup>29</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1996. p. 1-2.

Buchberger c/ Áustria, a Corte aplica o princípio de paridade de armas no contexto de uma apelação, entre a jurisdição de primeiro grau que proferiu a decisão de uma parte e o apelante de outra parte, sancionando o fato de que os relatórios, cuja Comissão que proferiu a decisão de primeira instância tinha posse e disposição, não lhe foram comunicados.

No julgado *Niderhost-Huber*, o princípio de paridade de armas é violado pelo fato de que “as observações do tribunal cantonal não foram comunicadas a nenhuma das partes litigantes perante o Tribunal Federal” (§ 23). A Corte Europeia afirma na decisão *Kress*, a propósito da falta de comunicação das conclusões do Comissário do Governo, que “a requerente não poderia extrair do direito à paridade de armas o direito de receber a comunicação, previamente à audiência, das conclusões que não foram comunicadas à outra parte”. O princípio de paridade de armas impõe somente que as partes sejam tratadas de mesmo modo, sem que uma possa reivindicar um direito de que a outra também não se beneficie.

Se na decisão *Borgers* a impossibilidade de responder ao Advogado Geral foi sancionada com o fundamento da paridade de armas, a partir dos julgados *Vermeulen* e *Lobo Machado*, de 20 de fevereiro de 1996, esse mesmo fato é qualificado de violação ao princípio do contraditório.

A Corte de Justiça das Comunidades Europeias considera que as conclusões do Advogado Geral se situam fora do debate entre as partes, e, devido a esse fato, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos parece ser distinta em relação às conclusões dos Advogados Gerais da Corte Comunitária (*Emesa Sugar e Aruba*, 4 de fevereiro de 2000).

A distinção entre paridade de armas e princípio do contraditório não é sempre muito clara na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. No julgado *Belziuck* (25 de março de 1998), se o fato de a Corte ter qualificado a função de procurador “de órgão de acusação” explica o recurso à paridade de armas, só se pode questionar porque a Corte visa também ao princípio do contraditório. O mesmo ocorre no julgado *Van Orshoven*, em que a Corte Europeia se refere ao princípio do contraditório, enquanto que as conclusões as quais o requerente não pôde responder emanavam do Ministério Público, órgão acusatório, e que, portanto, o princípio de paridade de armas seria aplicável<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> LIMA, José Farah Lopes de Lima. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. São Paulo: Mizuno, 1987. p. 135.

Em suma, se o juiz deixar de comunicar um ato processual em detrimento da outra parte que foi comunicada, há violação do princípio do contraditório. Por outro lado, se o juiz conceder a uma parte dez minutos para fazer debates orais, e à outra parte o dobro, vinte minutos, existe violação do princípio da paridade de armas. É possível, então, afirmar que o contraditório é um princípio contido implicitamente na paridade de armas, que tem mais ampla atuação.

## 5 A INÉRCIA DO JUIZ COMO POSTULADO DO PROCESSO ACUSATÓRIO

Pontos importantes, também, são, a preponderância das partes e a inércia do juiz, em face da filosofia do *adversary system*, que domina o processo penal britânico. Não obstante o virtual desaparecimento do júri, ao juiz só compete decidir o litígio a ele submetido, levando em consideração exclusivamente as pretensões contidas nos *pleadings* das partes e as provas por estas ministradas e oferecidas ao tribunal. O juiz não tem poder algum de ordenar de ofício medida de instrução. Tampouco tem o poder de ordenar de ofício a correção dos requerimentos ou o comparecimento pessoal das partes. Se, no plano teórico, o juiz pode conhecer de ofício questão de puro direito, sob a condição de respeitar ele próprio o princípio do contraditório, configura-se aí um poder limitado. Efetivamente, a procura das regras de direito aplicáveis à espécie não pode ultrapassar o âmbito das alegações de fato constantes dos requerimentos (*pleadings*), das quais as partes querem se valer<sup>31</sup>.

O juiz, como ocupante da posição de garantidor dos direitos fundamentais, deve estar livre de juízos paralelos (*juicio paralelo*) ou pressões extremas. Assim

---

<sup>31</sup> FAIRCHILD, Erika S. *Comparative criminal justice systems*. California: Wadsworth Publishing Company, 2005. p. 46. Discorrendo acerca da figura central do *adversary system*, aduz MacDONALD que o Ministério Público nos países anglo-saxões é uma instituição ético-conservadora, visando à aplicação da lei e abraçando valores e identificando como seu dever a proteção da comunidade contra os infratores, em uma atuação que se projeta em sua atuação profissional. Em conformidade com Skolnick, o procurador “procura manter, na medida do possível, uma reputação de credibilidade absoluta, com uma verdade inevitável, quase de invencibilidade” (Skolnick, 1967:57). E desta forma, zelando pela sua reputação, incluindo a derrota no tribunal ou a evidência de uma posição conciliatória nas relações criminais, deve ser evitada. Esta postura baseia-se em parte de um conceito defensável, de responsabilidade territorial, mas também é evidente em abraçar uma ideologia de aplicação da lei, e da ética, como uma força institucional do Ministério Público, frente às vulnerabilidades políticas. As qualidades do Ministério Público, neste sistema, abrangem a negociação, a tenacidade e o endurecimento da política criminal, como forma de minimizar as ocasiões para o risco político. (MACDONALD, William Frank [Hrsg.]: *The Prosecutor* ed. – Beverly Hills [u.a.]: Sage Publ., 1979. 279 S. (Sage criminal Justice System Annuals; 11), 1979)

sendo, por meio da STC 138/99, o Tribunal Constitucional espanhol reconheceu que a publicação de opinião pública ou mesmo a divulgação de opinião de agentes do Estado sobre a questão em julgamento pode exercer influência sobre a decisão judicial, até mesmo justificando motivações baseadas em argumentos não depurados pela garantia defensiva. Invocando a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o Tribunal Constitucional resolveu que o abuso de declarações predispõe a opinião pública a concluir, antecipadamente, pela culpabilidade do agente, justificando, logo, a restrição à liberdade de expressão, em proteção à autoridade e imparcialidade judicial. Isto, porém, não significa que seja proibida toda a forma de publicidade, razão pela qual caberia a solução pela proporcionalidade aplicada ao caso concreto<sup>32</sup>.

A “contraditoriedade” na pesquisa probatória constitui o cerne da *law of evidence*, pois, como já foi lembrado, no sistema *adversary* consolidado pela tradição anglo-americana, toda a iniciativa e o controle da aquisição dos elementos de prova incumbem às partes, cabendo ao juiz apenas a tarefa de supervisionar a seleção do material a ser apresentado aos jurados e garantir *imparcialidade* do julgamento; entende-se, como regra geral, que o melhor caminho para se atingir a verdade é a contraposição das versões antagônicas dos interessados.

Os incidentes que porventura surgirem no desenrolar do julgamento, principalmente os referentes à admissibilidade das provas, devem ser solucionados pelo juiz-presidente. Assim, sob a presidência de um Magistrado, os jurados, na fase do julgamento, assistem à produção das provas e aos debates entre as partes para, fora do recinto, deliberarem sobre a culpabilidade ou inocência do acusado.

A inércia do juiz não significa que ele é um “convidado de pedra” dentro do processo. Tem como escopo maior o de garantir a sua imparcialidade e sua independência, como órgão *super partes*. Dessa forma, lhe são incumbidos os trabalhos de direção, presidência do processo, bem como a fiscalização do devido processo legal, dos debates orais, e, por fim, decidir acerca de todos os incidentes porventura suscitados no processo e dar a sua decisão final.

---

<sup>32</sup> ATAÍDE, Fábio. *Colisão entre o poder punitivo do Estado e garantia constitucional da defesa*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 143.

## 6 PROCESSO ACUSATÓRIO E INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

O Supremo Tribunal Federal<sup>33</sup> filia-se, de maneira desenganada, ao sistema acusatório, tendo como consequência acolhido na ADIn 1.570, relatada pelo Ministro Maurício Corrêa, que a superveniência da Lei Complementar nº 105/2001 revogou parcialmente a Lei nº 9.034/1995, não permitindo a busca e apreensão pelo juiz pessoalmente, tarefa destinada à polícia e ao Ministério Público em face do princípio da imparcialidade do juiz. O deferimento de provas, contudo, submete-se ao prudente arbítrio do Magistrado, cuja decisão, sempre fundamentada, há de levar em conta o conjunto probatório já existente, sendo lícito ao juiz indeferir diligências que reputar impertinentes, desnecessárias ou protelatórias, não se cogitando em afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório ou às regras do sistema acusatório<sup>34</sup>.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal debruçou-se novamente sobre a constitucionalidade de investigações realizadas diretamente por magistrados. Na mesma ação direta, a Corte Constitucional reconheceu em parte a inconstitucionalidade das disposições contidas na Lei nº 9.034/1995, que atribuem funções investigatórias aos juízes<sup>35</sup>.

A ressalva atingiu, contudo, unicamente os dados fiscais e eleitorais, que não estariam abrangidos pela Lei Complementar nº 105/2001, permanecendo válida a investigação *ex officio* do Magistrado nos referidos crimes no tocante aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. Há de se atentar, por pertinente, para a existência de posição doutrinária declarando não mais estar em vigor o art. 3º da Lei nº 9.034/1995<sup>36</sup>.

Deve, portanto, o julgador afastar-se da tarefa de investigar o delito, destinada ao Ministério Público, o titular da ação penal. Agora, com o procedimento traçado no art. 3º e seus parágrafos, restou condicionada a possibilidade de violação do sigilo à diligência realizada pessoalmente pelo

<sup>33</sup> STF, ADIn 1.570/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, J. 12.02.2004, DJ 22.10.2004, p. 00004, Ement. v. 02169-01, p. 00046.

<sup>34</sup> STF, HC 91.777/SP, 1ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 25.09.2007, DJe 121 11.10.2007, p. 00041, Ement. v. 02293-02, p. 00294.

<sup>35</sup> STF, ADIn 1.570/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, J. 12.02.2004, DJ 22.10.2004, p. 00004, Ement. v. 02169-01, p. 00046.

<sup>36</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 256.

juiz, com absoluto segredo de justiça, dificultando o andamento da persecução e transformando-o em investigador e depositário de provas, em desrespeito aos princípios do devido processo legal, acarretando a quebra do sistema acusatório, da imparcialidade e da publicidade, e maculando o preceito com questionamentos sobre sua inconstitucionalidade<sup>37</sup>.

Comentando o sistema acusatório, leciona Renato Brasileiro de Lima, acerca da iniciativa do juiz concernente à produção da prova, que esta deve ficar circunscrita às partes. É do autor a seguinte observação:

Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu costroem através do confronto a solução justa do caso penal. A separação das funções processuais de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, o reconhecimento dos direitos fundamentais do acusado, que passa a ser sujeito de direitos e a construção dialética da solução do caso pelas partes em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo.<sup>38</sup>

Por seu turno, Geraldo Prado declara existir causa de impedimento no fato de o juiz que tenha requisitado a instauração de inquérito policial vir a processar e julgar o acusado em processo penal iniciado em razão dessa investigação. Observe-se que, nessa hipótese, o juiz poderá se sentir habilitado a apreciar com isenção as teses que eventualmente a defesa venha a apresentar. O réu, todavia, não poderá confiar em um juiz que, independentemente de qualquer causa penal, já se manifestou a princípio pela existência de infração penal, ainda que em nível de sumário provisório e superficial<sup>39</sup>.

Também decidiu o Supremo Tribunal Federal que, mesmo em face de pedido de arquivamento do inquérito policial, pode o juiz submeter à consideração do Ministério Público a possibilidade de se realizar ainda uma tentativa de elucidação do fato criminoso, ensejando, na ocorrência de fatos

---

<sup>37</sup> SILVA, José Geraldo; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis penais especiais anotadas*. São Paulo: Millennium, 2004. p. 250.

<sup>38</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. Salvador: JusPodivm, volume único, 2016. p. 40.

<sup>39</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 131.

novos, o legítimo oferecimento de denúncia pelo *Parquet*<sup>40</sup>. Eugenio Pacelli de Oliveira, com habitual proficiência e didatismo, leciona que,

[...] no que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação. De outra parte, somente quando a investigação for realizada diretamente perante o juízo (Juizado de Instrução) será possível vislumbrar contaminação do sistema, sobretudo quando ao mesmo juiz da fase de investigação for reservada a função de julgamento. Não é esse o caso brasileiro. A atuação judicial na fase de inquérito há de ser para fins exclusivos de tutela das liberdades públicas. É por essa razão que sustentamos a impossibilidade de decretação de prisão preventiva *ex officio* na fase de investigação, embora a aceitemos no decorrer da ação penal. Na primeira hipótese (prisão de ofício na fase de inquérito), a violação ao sistema acusatório se daria na medida da permissão – ainda vigente no Brasil – da intervenção judicial para a tutela de funções investigativas, que, como se sabe, encontra-se a cargo de órgãos públicos específicos (Ministério Público e Polícia Judiciária). É dizer: permitir-se valoração jurídica acerca da necessidade da custódia por órgão que não tem competência constitucional para o exercício da respectiva função, isto é, a função investigativa e a função acusatória, contraria o sistema acusatório.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> STF, HC 84.051/PR, 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 17.08.2004, DJ 02.03.2007, p. 00046, Ement. v. 02266-03, p. 00519.

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10-11.

Digno de registro é o fato de que a Lei nº 13.964/2019 retirou do juiz (de garantias e de instrução<sup>42</sup>) toda e qualquer ingerência na produção de provas, cabendo-lhe decidir acerca dos requerimentos das partes sobre a produção da prova.

## 7 O JUIZ IMPARCIAL COMO COROLÁRIO DO PROCESSO ACUSATÓRIO

Toda pessoa tem direito a um tribunal, independente e imparcial, estabelecido pela lei. Esse direito de acesso não é absoluto; ele presta-se a limitações implicitamente admitidas, porquanto, pela sua própria natureza, apela a uma regulamentação pelo Estado, regulamentação que varia no tempo e no espaço em função das necessidades e finanças da comunidade e das pessoas.

Interligado com o princípio da independência dos juízes dos tribunais está o princípio da imparcialidade. Não pode haver independência sem imparcialidade, nem esta sem aquela. Nenhum preceito constitucional refere, expressamente – diferentemente do que acontece com o art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem –, o princípio da imparcialidade dos juízes. Esse princípio, entretanto, tem consagração constitucional, por um lado. Essas consagrações constitucionais visam a garantir que os juízes se encontrem ao abrigo de quaisquer pressões quanto ao seu poder de decisão: representam a independência interna e externa dos juízes, constituindo, no seu conjunto, uma “reserva de juízes”. A Constituição portuguesa acolheu, no art. 216º, esses princípios, estatuidos: “1. Os juízes são inamovíveis, não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos

<sup>42</sup> Esse ponto é polêmico na doutrina, havendo quem sustente que os artigos posteriores ao art. 3º-A do CPP revogaram implicitamente todos os artigos incompatíveis com ele (revogação tácita, portanto). Outros já entendem que os referidos artigos continuam a vigorar. Cf.: A favor da revogação: Operouse, pois, a revogação tácita do art. 156, II, do CPP, bem como de todos os demais dispositivos constantes do Código de Processo Penal que atribuíam ao juiz da instrução e julgamento a iniciativa probatória no curso do processo penal (LIMA, Renato Brasileiro. *Pacote anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 77 e ss.). Contra: O juiz de garantias veio abrir espaços, mas não fechou a atuação judicial de ofício durante a instrução (NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 33). Em posição intermediária, temos parte da doutrina admitindo que, de modo subsidiário, e exclusivamente durante a fase processual da persecução penal, possa o juiz determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis, a fim de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes (BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 93).

pela lei. 2. Os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvas as exceções consignadas na lei”<sup>43</sup>.

No sentido de preservar a confiança que, numa sociedade democrática, os tribunais devem oferecer aos cidadãos, deve ser recusado todo juiz impossibilitado de garantir uma total imparcialidade. E o mesmo se passa em relação aos membros do júri ou aos peritos chamados a intervir no processo<sup>44</sup>.

O juiz imparcial é aquele que julga de forma desapaixionada, sem comprometimento com quem quer que seja. Diz respeito à retidão, à equidade e à justiça, não buscando o interesse da parte ou terceiro interessado, ou mesmo do próprio juiz. Parte esse princípio do pressuposto de que o Estado-juiz deve se interessar somente pela busca da verdade real. O juiz deve ser independente, haja vista que está cercado de garantias, e situar-se acima das partes (*órgão super partes*). O juiz imparcial é o juiz natural, o juiz constitucional. O princípio do juiz natural não apenas veda a instituição de tribunais e juízos de exceção, como também impõe que as causas sejam processadas e julgadas pelo órgão jurisdicional previamente determinado com amparo em critérios constitucionais de repartição taxativa de competência, excluída qualquer alternativa à discricionariedade<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva. *Subsídios para independência dos juizes*. O caso português. Lisboa: Edição Cosmos, p. 57-58. O direito ao juiz imparcial está previsto também no plano internacional: dele cuidam tanto a Convenção Americana (da OEA) como o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (da ONU). “Toda pessoa tem direito a ser ouvida [...] por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial...” (Convenção Americana, art. 8º, 1); “toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial...” (DUDH, da ONU, art. X); “toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial...” (Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, art. 14, 1).

<sup>44</sup> Acórdãos Pullar, de 10 de junho de 1996, R96-III, p. 792, § 30, Sander, de 9 de maio de 2000, ROO-V, p. 269, § 22, e Sara Lind Eggertsdóttir, de 5 de julho de 2007, § 47.

<sup>45</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 105. Essa é a independência política do juiz, que é violada quando o Poder Judiciário está subordinado ao Poder Político (*Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1982/1983*, p. 18, Nicarágua. No mesmo sentido: *Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1985/1986*, p. 190, Paraguai; *Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1992/1993*, p. 181, Cuba). Algumas garantias e vedações constitucionais (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, proibição de dedicar-se à atividade político-partidária etc. - v. CF, art. 95) não representam mais do que a materialização desta independência, que pode resultar violada quando o processo de investidura do juiz seja celebrado com influências ou ingerências externas (Corte Interamericana, *Caso Tribunal Constitucional*, Sentença de 31.01.2001, parágrafo 75).

A independência dos tribunais, quando examinada em pormenor nos seus elementos essenciais, comporta um significado plural que, de resto, não avulta apenas no plano estritamente jurídico, mas possui – e de maneira fundamental – as mais sérias implicações e incidências políticas, econômicas e sociais. Tomada no seu sentido mais compreensivo, a independência dos tribunais assume, segundo uma conotação<sup>46</sup> já hoje corrente, vários significados.

A independência dos tribunais não basta, porém, para que fique do mesmo passo preservada a objetividade de uma decisão judicial: é ainda necessário, ao lado e além daquela segurança geral, não permitir que se ponha em dúvida a “imparcialidade” dos juízes, já não em face de pressões exteriores, mas em virtude de especiais relações que os liguem a um caso concreto que devam julgar. Como de todos os lados se acentua, a estrita e absoluta objetividade do juiz na realização da justiça no caso é condição irrenunciável para que ela possa constituir-se como expressão da ideia de Estado de Direito, sendo fundamental para garantir a sua imparcialidade<sup>47</sup>.

As vantagens do juiz imparcial recaem notadamente sobre o *status libertatis* do investigado, acusado ou réu, haja vista que o juiz surge como um árbitro superior e independente, que disciplina o “duelo judiciário entre acusação e defesa”, promovendo o respeito dos princípios do contraditório, da publicidade e da oralidade. Esse modelo promove fortemente o princípio da presunção de inocência, uma vez que o acusado permanece em liberdade ao longo do processo, evitando-se, desta forma, uma prisão antecipada de um suspeito que viesse a ser absolvido na sentença<sup>48</sup>.

## 8 DO JUIZ DE GARANTIAS

O juiz de garantias foi introduzido pela Lei nº 13.964/2019, que prevê importantes atribuições do Magistrado na fase da investigação<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> NEVES, Castanheira. O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais. *RLJ*, 105 1972-1973 181. V.

<sup>47</sup> LOPES, José Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 66 e ss.

<sup>48</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. Lisboa: Almedina, t. I, 2004. p. 89.

<sup>49</sup> O Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Dias Toffoli, manteve a validade da norma que institui o juiz das garantias, mas estendeu para 180 dias, a contar da publicação da sua decisão, o prazo para sua implementação. Segundo Toffoli, as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) são de grande porte, e é necessário um período de transição mais adequado e razoável que viabilize sua adoção de forma progressiva e programada pelos tribunais. A decisão liminar foi

O inquérito policial, contudo, não foi suprimido e tampouco a figura do delegado de polícia na presidência do inquérito, tendo em vista que a reforma do Código de Processo Penal deixou intacto o art. 4º do CPP, que trata das atribuições da autoridade policial.

De igual maneira, o art. 3º-B do CPP visa ao controle da legalidade da investigação criminal e à salvaguarda dos direitos individuais, função semelhantemente exercida nos dias atuais com os inquéritos instaurados contra pessoas por foro por prerrogativa de função cujo controle de legalidade é feito por um dos ministros do Supremo Tribunal Federal<sup>50</sup>.

Em conformidade com a doutrina portuguesa, em artigo análogo ao referido há pouco, o controle da decisão é da competência de um juiz independente, que não teve qualquer interferência na fase processual precedente. Ao requerer-se a abertura da instrução, solicita-se ao Juiz de Instrução Criminal (o juiz de garantias brasileiro) que fiscalize quer a legalidade, quer a oportunidade

---

proferida em ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (ADIn 6.298), pelos partidos Podemos e Cidadania (ADIn 6.299) e pelo Partido Social Liberal (ADIn 6.300). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434788&ori=1>>. Acesso em: 28 jan. 2020. Posteriormente, o Ministro Luiz Fux, Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) que instituem a figura do juiz das garantias. A decisão cautelar, proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns) nºs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, será submetida a referendo do Plenário. O Ministro Fux, que assumiu o plantão judiciário no STF no domingo (19), é o relator das quatro ações. Em sua decisão, o Ministro Fux afirma que a implementação do juiz das garantias é uma questão complexa que exige a reunião de melhores subsídios que indiquem, “acima de qualquer dúvida razoável”, os reais impactos para os diversos interesses tutelados pela Constituição Federal, entre eles o devido processo legal, a duração razoável do processo e a eficiência da justiça criminal. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>>. Acesso em: 28 jan. 2020.

<sup>50</sup> “Direito penal e processual penal. Agravo interno em recurso extraordinário. Denúnciação caluniosa. Prefeito. Supervisão do Tribunal de Justiça. Súmula nº 279/STF. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, ‘à luz da interpretação conferida por esta Corte ao art. 29, X, da Constituição Federal, não faria sentido algum que se permitisse que a Autoridade Policial investigasse o agente político sem garantir o exercício do controle jurisdicional e a supervisão do inquérito pelo Tribunal competente’ (AP 912, Rel. Min. Luiz Fux). Ainda nessa linha, vejamos o RE 1.113.664, de minha relatoria; a AP 933, Rel. Min. Dias Toffoli. 2. No caso, existem particularidades que afastam esse entendimento. É que, para chegar a conclusão diversa da do acórdão recorrido acerca da autoria do crime de denúncia caluniosa pelo então Prefeito Municipal, bem como seu indiciamento, seria necessária uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos (Súmula nº 279/STF), procedimento inviável em recurso extraordinário. 3. Agravo interno a que se nega provimento.” (RE 1192308-AgRg, 1ª T., Rel. Min. Roberto Barroso, J. 29.04.2019, processo eletrônico Dje-102 15.05.2019, publ. 16.05.2019)

da decisão do MP. Ao juiz de julgamento é conferindo o poder de rejeitar a acusação, caso a considere manifestamente infundada, ou seja, quando não contenha a identificação do acusado, não haja narração dos fatos, não indique as disposições legais a aplicar as provas que as fundamentam ou os fatos que não constituem crime.

Fato a se ressaltar é que as hipóteses contempladas na Lei nº 13.964/2019, embora se refiram um pouco mais amiúde ao juiz de garantias, certamente alcançam também o juiz de instrução, uma vez que é impossível ter no ordenamento jurídico dois juízes com o mesmo grau de jurisdição (competência funcional) e dois tratamentos diferenciados. Portanto, as vedações à produção de provas, impostas ao juiz de garantias, também alcançam o juiz de instrução.

## **9 IMPOSSIBILIDADE DO JUIZ EM COLHER A PROVA E DECRETAR A PRISÃO PROVISÓRIA *EX OFFICIO***

Por força do processo acusatório, não cabe mais ao juiz decretar a prisão provisória (preventiva ou temporária) sem provocação do Ministério Público.

O art. 311 do CPP é enfático ao declarar que, 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 via de representação da autoridade policial.

Cabe ao juiz, contudo, em qualquer fase do processo *ex officio*, revogar qualquer tipo de prisão provisória ou substituí-la por medidas cautelares diversas da prisão.

Retirou-se do juiz a competência para decretação das prisões provisórias *ex officio*, somente podendo decretar ou não a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por via de representação da autoridade policial.

A nova redação do art. 282, § 2º, declara que as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz *a requerimento das partes* ou, quando no curso da investigação criminal, por via de representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público (grifos nossos).

## **10 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 juiz de garantias cabe 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.

Existem no inquérito policial as provas renováveis em juízo, como a prova testemunhal e as provas não renováveis, que são as perícias e os exames de corpo de delito, mas que podem ser impugnadas pela defesa. Essa regra é geral, mas não é inflexível, pois é possível a repetição de um exame de corpo de delito na fase da ação penal, mesmo que tenha sido produzido na fase do inquérito policial. Desaparecendo os vestígios, contudo, a prova fica impossível de ser renovada, como é o caso do homicídio ou furto em que o corpo de delito desaparece.

Ao juiz de garantias cabe, tão somente, decidir sobre o requerimento da produção das provas consideradas urgentes, não tendo mais o condão de determinar a produção dessas provas *ex officio*. O mesmo argumento é aplicável ao juiz de instrução.

## **11 DECISÃO SOBRE OS REQUERIMENTOS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, DO FLUXO DE COMUNICAÇÕES EM SISTEMAS DE INFORMÁTICA E TELEMÁTICA OU DE OUTRAS FORMAS DE COMUNICAÇÃO**

Cabe ao juiz de garantias decidir acerca de requerimentos de interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras modalidades de comunicação.

Nos dias atuais, as formas de comunicação são cada vez maiores e mais intensas.

Cabe ao juiz de garantias decidir acerca dos requerimentos de quebra de interceptação telefônica.

O fluxo de informações envolve as comunicações realizadas na rede mundial de computadores, internet, mais especialmente nas chamadas redes sociais, como WhatsApp, Facebook, Instagram, entre tantas outras que

proliferam na internet, bem como na chamada *deep webb*, mais pródiga em crimes cibernéticos, especialmente *sites* especializados em pedofilia.

Também cabe ao juiz de garantias o requerimento de escutas ambientais (ou sua ratificação, caso feita sem autorização judicial), bem como quaisquer outras formas de comunicação, norma genérica e de encerramento que dispõe, inclusive, de futuras formas de comunicação a serem criadas pela tecnologia cada vez mais avançada e atuante no mundo globalizado.

Inclui-se, ainda, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, conforme previsto no art. 10-A da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

A interceptação e a gravação de conversações telefônicas só podem ser autorizadas se elas se revelarem, fundamentadamente, indispensáveis para a descoberta da verdade. De fato, porque põe em crise valores fundamentais, a interceptação telefônica só é admissível por ser necessário acautelar a realização da justiça e a descoberta da verdade material, finalidades do processo penal que com aqueles valores entram num permanente e inevitável jogo de concordância prática, o qual informa todo o regime legal da matéria<sup>51</sup>.

## **12 DECISÃO SOBRE OS REQUERIMENTOS DE AFASTAMENTO DOS SIGILOS FISCAL, BANCÁRIO, DE DADOS E TELEFÔNICO**

Compete ao juiz de garantias o afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico. A quebra do sigilo telefônico consiste na apresentação, ao requisitante, do histórico das ligações efetuadas por meio de determinada linha telefônica, sem que se apresente o conteúdo das conversas efetuadas, diferentemente da interceptação telefônica, que reproduz os diálogos realizados via telefone fixo ou móvel (celular).

Referidas quebras de sigilos (fiscal, bancário e telefônico) são medidas que só podem ser aplicadas quando a prova não puder ser obtida por outro meio, pois fere o direito à privacidade do indivíduo.

Quanto ao sigilo bancário e fiscal, o STF já vinha pacificando o fato de que é constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil (RFB),

<sup>51</sup> VV.AA. *Prova criminal e direito de defesa*. Estudos sobre a teoria da prova e garantias da defesa em processo penal. Sob a coordenação de Tereza Bizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Coimbra: Almedina, 2010. p. 205-206.

que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios. Essa é a tese do Tema 990 da Repercussão Geral fixada, por maioria, pelo Plenário (Informativos n<sup>os</sup> 960 e 961). Vencido o Ministro Marco Aurélio, que não referendou a tese (RE 1055941/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 04.12.2019 – RE-1055941). Observe-se ainda que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é legítimo o compartilhamento com o Ministério Público e as autoridades policiais, para fins de investigação criminal, da integralidade dos dados bancários e fiscais do contribuinte obtidos pela Receita Federal e pela Unidade de Inteligência Financeira (UIF), sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário<sup>52</sup>.

### **13 DECISÃO SOBRE OS REQUERIMENTOS DE AFASTAMENTO DA BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR**

Compete ao juiz de garantias decidir acerca dos requerimentos referentes à busca e apreensão domiciliar.

Trata-se de autêntica tutela de liberdades individuais, uma vez que a casa é asilo inviolável do indivíduo. É possível, contudo, a busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em crime permanente<sup>53</sup>. A busca e apreensão realizada pela autoridade policial “[...] diante da presença de elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida”, ainda que ausente autorização judicial prévia, é admitida pela jurisprudência do STF (Tema 280, RG), sendo certa a possibilidade de controle jurisdicional posterior, no âmbito da ação penal, seara adequada ao revolvimento do arcabouço fático-probatório<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431123&ori=1>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

<sup>53</sup> ARE 1238241-AgRg, 2<sup>a</sup> T., Rel<sup>a</sup> Min. Cármen Lúcia, J. 13.12.2019, processo eletrônico DJe-284 18.12.2019, publ. 19.12.2019.

<sup>54</sup> HC 175454-AgRg, 1<sup>a</sup> T., Rel. Min. Luiz Fux, J. 11.11.2019, processo eletrônico DJe-256 22.11.2019, publ. 25.11.2019.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a chamada motivação *per relationem* como técnica de fundamentação das decisões judiciais. Não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal a decisão que, ao deferir busca e apreensão, de forma expressa, reporta-se à representação da autoridade policial e à manifestação do *Parquet*, que apontaram, por meio de elementos concretos, a necessidade da diligência para a investigação<sup>55</sup>.

## **14 DECISÃO SOBRE OS REQUERIMENTOS DE ACESSO A INFORMAÇÕES SIGILOSAS**

O sigilo não deixa de ser uma espécie da qual o silêncio é o gênero, pois, no sigilo, a pessoa detentora do segredo ou informação não está obrigada, ou está desobrigada por lei, a não fornecer estas informações para o Estado. O sigilo, contudo, não é absoluto, razão por que foi editada a Lei nº 12.527/2011, que regulamentou o acesso a informações sigilosas.

Desta maneira, compete ainda ao juiz de garantias decidir acerca do requerimento respeitante ao acesso a informações sigilosas do investigado. A Lei nº 12.527/2011 regulamentou o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

O art. 4º, I, considera informação os dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato.

Por seu turno, o inciso III do referido artigo considera informação sigilosa aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado.

## **15 DECISÃO SOBRE OUTROS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA QUE RESTRINJAM DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INVESTIGADO**

O legislador utilizou-se de uma fórmula analógica, a exemplo do que faz o Código Penal, com várias expressões previstas nesta lei, quando trata, por exemplo, da qualificadora do homicídio torpe (mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe).

<sup>55</sup> HC 170762-AgRg, 2ª T., Rel. Min. Edson Fachin, J. 20.11.2019, processo eletrônico DJe-261 28.11.2019, publ. 29.11.2019.

São meios de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

Novamente o legislador não foi feliz na utilização dos termos da lei, pois a expressão não abrange a prova colhida em si mesma, mas os meios que foram utilizados para a obtenção da prova.

Podemos citar, a título de exemplo, o encontro fortuito de provas. O juiz de garantias autorizou uma interceptação telefônica que alcançou terceiros, não foi objeto da referida interceptação, mas que revela crime praticado por esta terceira pessoa. O meio de obtenção foi lícito e o encontro fortuito de provas é aceito majoritariamente na doutrina e na jurisprudência.

Como referendado pelo Supremo Tribunal Federal, “os elementos de prova colhidos de forma fortuita em interceptação telefônica válida são legítimos à luz da teoria da serendipidade. Precedentes: HC 129.678, Primeira Turma, Relator p/o Acórdão, Min. Alexandre de Moraes, DJe 18.08.017; HC 106.152, Primeira Turma, Rel<sup>a</sup> Min. Rosa Weber, DJe 24.05.2016”<sup>56</sup> (a citação é literal do acórdão).

## CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto, chegamos à conclusão de que o sistema acusatório puro aperfeiçoa a legislação processual penal, trazendo maior potencialidade na aplicação da lei penal e processual penal, igualdade entre as partes e imparcialidade necessária do juiz como órgão *super partes*, independente e neutro, apto a fornecer uma melhor prestação jurisdicional.

Como vimos, a legislação processual penal passou por uma reformulação, que se dá de tempos em tempos, em detrimento de um novo Código de Processo Penal, que, na prática, vai resultando em uma colcha de retalhos, dificultando a tarefa do exegeta de bem interpretar os novos dispositivos em consonância com os antigos dispositivos, e que, exatamente por isso, algumas perguntas só serão respondidas com a evolução da doutrina e da jurisprudência pátrias.

De qualquer modo, resultou em uma evolução, e, como toda evolução, esta também é bem-vinda. Resta-nos, agora, observar os resultados benéficos desta nova revisão do Código de Processo Penal.

---

<sup>56</sup> HC 167550-AgRg, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, J. 23.08.2019, processo eletrônico DJe-191 02.09.2019, publ. 03.09.2019.

## REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *Processo penal europeu*. Preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da Convenção Europeia de Direitos Humanos). Trad. Marcellus Polastri Lima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ANDRADE, Manuel. *Noções elementares (sic) de processo civil*. Nova edição revista com a colaboração de Antunes Varela. Coimbra, I, 1963.

ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, E. Ricardo. O Tribunal do Júri nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 4, n. 15, jul./set. 1995.

ATAÍDE, Fábio. *Colisão entre o poder punitivo do Estado e garantia constitucional da defesa*. Curitiba: Juruá, 2010.

BARROS, Francisco Dirceu. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COLOMER, Jean-Luis Gómez. La instrucción del proceso penal en España y los derechos del imputado. *RBCCRIM*, São Paulo: RT, n. 34, 2000.

FAIRCHILD, Erika S. *Comparative criminal justice systems*. California: Wadsworth Publishing Company, 2005.

FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva. *Subsídios para independência dos juizes*. O caso português. Lisboa: Edição Cosmos, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *A prisão preventiva e as restantes medidas de coacção*. A providência do *habeas corpus* em virtude de prisão ilegal. Coimbra: Almedina, 2003.

KROPPE, Peter J. Van; PENROD, Steven D. *Adversarial versus inquisitorial justice*. Psychological perspectives on criminal justice systems. New York: Plenum Publisher, 2002.

LIMA, José Farah Lopes de Lima. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. São Paulo: Mizuno, 1987.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. Salvador: JusPodivm, volume único, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- LOPES, José Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- MACDONALD, William Frank [Hrsg.]: *The Prosecutor* ed. Beverly Hills [u.a.]: Sage Publ., 1979. 279 S. (Sage criminal Justice System Annuals; 11), 1979.
- MECONE, M. *Diritto processuale penale*. Napole: Simone, 2010.
- NEVES, Castanheira. O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais. *RLJ*, 105 1972-1973 181. V.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PIMENTA, Jose da Costa. *Processo penal*. Sistemas e princípios. Lisboa: Petrony, t. I, 2003.
- PRADO, Geraldo. *O sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal alemán*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.
- SANTOS, Fernando Ferreira. *Direitos fundamentais e democracias*. O debate Habermas – Alexy. Curitiba: Juruá, 2008.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Editorial Verbo, t. V, 2002.
- SILVA, José Geraldo; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis penais especiais anotadas*. São Paulo: Millennium, 2004.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao Direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1996.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, t. I, 2002.
- VERNY, Édouard. *Cours*. Paris: Daloz, 2003.
- VV.AA. *Prova criminal e direito de defesa*. Estudos sobre a teoria da prova e garantias da defesa em processo penal. Sob a coordenação de Tereza Bizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Coimbra: Almedina, 2010.
- WARDIUS V. OREGON, 412 U.S. 470, 474, 93 Sct. 2208, 2211, 37 L. Ed2d 82 (1973).

Submissão em: 24.08.2020

Avaliado em: 28.09.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 29.09.2020 (Avaliador B)

Avaliado em: 05.10.2020 (Avaliador C)

Aceito em: 18.10.2020

