

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
DEPARTAMENTO DO CURSO DE DIREITO**

**O SISTEMA ACUSATÓRIO E O PROJETO DE NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA REFLEXÃO
SOBRE A (IN)CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Luca Dotto de Oliva

Santa Maria, RS, Brasil 2014

**O SISTEMA ACUSATÓRIO E O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL: UMA REFLEXÃO SOBRE A
(IN)CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL**

Luca Dotto de Oliva

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal de Santa
Maria – RS, como requisito parcial para obtenção de grau de **Bacharel em
Direito.**

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Angela Araújo da Silveira Espindola

**Santa Maria, RS, Brasil
2014**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS DEPARTAMENTO DO
CURSO DE DIREITO**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a monografia de graduação
intitulada

**O SISTEMA ACUSATÓRIO E O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL: UMA REFLEXÃO SOBRE A
(IN)CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL**

elaborada por
Luca Dotto de Oliva

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Angela Araújo da Silveira Espindola, Prof^a. Dr^a.
(Presidente/Orientador)

Bruno Seligman de Menezes (FADISMA)

Ricardo Lozza (Promotor de Justiça)

Santa Maria, 04 de dezembro de 2014

“Nos meus direitos, a lei foi violada e negada. Nos meus direitos, ela foi defendida, afirmada e restaurada. Que elevada importância tem a batalha do indivíduo pelos seus direitos! E como esse interesse ideal, universal, está acima da esfera do individualismo puro, dos interesses, objetivos e paixões pessoais, que o ignorante vê como real domínio da lei!”

(Rudolph Von Thering – A Luta pelo Direito)

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

O SISTEMA ACUSATÓRIO E O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA REFLEXÃO SOBRE A (IN)CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL

Autor: Luca Dotto de Oliva

Orientador: Prof^a. Dr^a. Angela Araújo da Silveira Espindola

Data e local da Defesa: Santa Maria, 04 de dezembro de 2014.

A presente pesquisa teve como objetivo principal identificar os pontos previstos no Projeto do novo Código de Processo Penal (PL 8045/2010) que estejam em desacordo com os ditames do sistema processual penal adotado pelo Brasil e do paradigma do Estado Democrático de Direito. Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro não assume expressamente, em sua legislação, qualquer um dos sistemas processuais penais. Com o intento de estancar a celeuma, o PL 8045/2010 assume destacadamente o modelo acusatório. É neste contexto temático que o presente estudo foi construído.

Pretende-se, assim, (re)construir os argumentos sobre os quais alicerçam-se os sistemas processuais penais existentes, problematizando, em especial, os elementos fixos do sistema acusatório. Realizada esta primeira abordagem, utiliza-se como corpo de estudo as principais mudanças trazidas pelo PL 8045/2010 a fim de identificar possíveis descompassos das inovações pretendidas com os direitos e garantias fundamentais emanantes do próprio sistema acusatório e do ponto de vista constitucional.

Ao abordar temas como o papel do magistrado com o advento do novo Código de Processo Penal, principalmente com a instituição da figura do *juiz das garantias*, bem como a pretendida ampliação da justiça negociada com a inauguração de um novo rito sumário, busca-se examinar onde estes temas acabam por desafiar a ideia das garantias constitucionais e do modelo acusatório.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Sistema Acusatório. Sistema Inquisitório. Juiz das garantias. Justiça negociada. Projeto do Novo Código de Processo Penal.

ABSTRACT

Undergraduate Course Conclusion Monograph

Law Course

Federal University of Santa Maria

THE ADVERSARIAL SYSTEM AND DESIGN OF NEW CODE OF CRIMINAL PROCEDURE: A REFLECTION ABOUT THE (IN)CONSTITUTIONAL COMPLIANCE

Author: Luca Dotto de Oliva

Advisor Professor: Prof^ª. Dr^ª. Angela Araújo da Silveira Espindola

City and Date of Oral Examination: Santa Maria, November, 2014.

The main objective of this research was to identify the points set out in the Project of the new Code of Criminal Procedure (PL 8045/2010) that are inconsistent with the provisions of the criminal procedure system adopted in Brazil and the paradigm of Democratic State of Law. Currently, Brazilian law does not expressly assume, in their legislation, any of the criminal procedural systems. With the intent of ending the controversy, the PL 8045/2010 prominently takes the adversarial model. Is in this context that the present study was built.

In this respect, the objective is to (re) construct the arguments on which build on the existing criminal procedural systems, questioning in particular the basic elements of the adversarial system. Performed this first approach, is used as the main body of the study changes brought about by PL 8045/2010 in order to identify possible mismatches of the desired innovations emanating fundamental rights and guarantees of the adversarial system itself and the constitutional point of view.

Covering topics such as the role of the magistrate with the advent of the new Code of Criminal Procedure, particularly with the introduction of the figure of the judge of guarantees as well as the desired expansion of negotiated justice with the inauguration of a new summary proceeding, buscau to examine where these themes ultimately challenge the idea of constitutional guarantees and the adversarial model.

Keywords: Criminal Procedure Law. Criminal Procedural Systems. Inquisitorial System. Adversarial System. Judge of guarantees. Plea bargaining. Criminal Procedure Code Draft.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	11
1.1 O confronto entre sistema acusatório e sistema inquisitivo e o polêmico sistema misto	12
1.2 Os pilares do sistema acusatório	16
1.3 A opção constitucional pelo sistema acusatório e a necessidade de um novo Código de Processo Penal	18
2 A ESTRUTURA ACUSATÓRIA DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	24
2.1 O papel do juiz frente ao sistema acusatório proposto e a conformidade constitucional.....	25
2.2 O crescimento da justiça negociada com a adoção de um novo procedimento sumário: o acordo, a barganha, o cumprimento de pena baseado na adorada confissão da inquisição e a violação de direitos e garantias fundamentais constitucionais informadores do modelo acusatório.	37
2.3 O problema da verdade consensual e as violações a direitos e garantias fundamentais.....	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

A temática das garantias constitucionais no processo penal mostra-se uma preocupação atual e de destaque, uma vez que são os valores mais nobres de uma sociedade, tais como a liberdade e a dignidade da pessoa humana, que estão em jogo. É do embate entre as correntes divergentes sobre este tema que surge boa parte do contorno dado à política criminal de um Estado. O grau de repressão à conduta antijurídica e a rigidez com que será tratado o polo passivo da ação penal são alguns dos fatores que demonstram o quanto o sistema de justiça é autoritário ou em que medida ele opta por conferir àqueles que ocupam o banco dos réus as garantias consideradas necessárias para conferir limites ao poder punitivo estatal, a fim de que este não seja exercido de modo discricionário, arbitrário ou casuístico.

O estudo da efetivação das garantias individuais no processo penal passa, necessariamente, pela identificação do sistema processual penal adotado pelo Estado e a apuração da consonância da legislação com os seus elementos caracterizadores. Isto tudo, no entanto, visto e analisado sob o ponto de vista constitucional, haja vista que a própria identificação do sistema depende do cotejo dos princípios norteadores do processo penal emanados pela Constituição Federal.

A análise da legislação processual penal sob o paradigma constitucional se faz indispensável quando se tem a preocupação de apurar os pontos do ordenamento jurídico que poderão estar em desconformidade com os princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal. Ademais, visto que o sistema processual vigente é que pautará toda lógica da persecução penal, bem como os lugares e as funções de cada parte no processo, o seu estudo é imperioso no momento de examinar quais dispositivos legais desafiam seus princípios reitores. Sendo assim, não há melhor objeto de estudo do que aquele que poderá ser, dentro de algum tempo, o novo Código de Processo Penal (PL 8045/2010), instrumento através do qual o Estado intervirá nas relações sociais, tendo a incumbência de prover a segurança pública, sem no entanto esquecer de tutelar os direitos e garantias individuais constitucionalmente abarcados.

Em suma, discutir os sistemas processuais penais no ordenamento jurídico brasileiro impõem-se sobretudo no contexto em que emerge a proposta de reforma do processo penal. Sabe-se que, se de um lado a Constituição Federal não faz menção expressa ao sistema adotado no Brasil, a doutrina, de outro, é confusa em identifica-lo e defini-lo. Não obstante tudo isso, examinando-se a legislação que compõe o direito processual penal brasileiro, é possível

identificar perfis normativos que se aproximam tanto do sistema acusatório quando do sistema inquisitivo, ou até de um sistema híbrido, misto. A questão, no entanto, é marcada por polêmicas e celeumas que merecem, sobretudo neste ambiente acadêmico, uma adequada investigação.

A partir do momento em que a proposta de um novo Código de Processo Penal elege destacadamente uma estrutura acusatória força-se verificar a conformidade de algumas de suas principais mudanças com os princípios e garantias constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, bem como com a própria ideia de processo acusatório que embasou a confecção do seu Projeto (PL 8045/2010).

A figura de um juiz das garantias, que terá uma atuação específica na fase de investigação preliminar, bem como a completa remodelagem do procedimento sumário, que servirá para ampliar o campo de aplicação da justiça negociada no processo penal, são duas das principais alterações previstas no Projeto de novo Código de Processo Penal que rendem os mais antagônicos posicionamentos doutrinários no que se refere à consonância das inovações com os pressupostos do sistema acusatório e do processo constitucional.

Com o desenvolvimento do presente trabalho, procurar-se-á, no primeiro capítulo, entender e determinar o que seriam os sistemas processuais acusatório, inquisitivo e misto, identificar o sistema processual escolhido pela Constituição da República de 1988, e, então, analisar a escolha do Projeto de novo Código de Processo Penal expressamente pelo sistema acusatório.

Já no segundo capítulo, buscar-se-á identificar, tendo como corpo de estudo o Projeto de novo Código, as principais inovações que modificarão a estrutura processual brasileira, fazendo, para tanto, um comparativo entre o que consta na Exposição de Motivos do Projeto e aquilo que a doutrina especializada discorre sobre o assunto, com o fim de verificar possíveis incompatibilidades do que é proposto com a estrutura acusatória e garantidora do processo resguardada pelo modelo de Estado Democrático de Direito conjecturado pela Constituição Federal.

Ao abordar temas como a possibilidade do juiz proferir sentença condenatória mesmo nos casos em que o Ministério Público manifesta-se pela absolvição nas suas alegações finais, a instituição da figura do *juiz das garantias* amparada na justificativa de zelar pela imparcialidade do magistrado que julgará o feito e prover ao investigado a proteção necessária para a efetivação das garantias constitucionais, e, por fim, a tentativa de expansão da justiça negociada com a implementação de um novo rito sumário onde um acordo entre acusação e defesa poderá suprir a fase de instrução do processo, estar-se-á buscando o confronto de

posicionamentos dentro da doutrina a fim de esclarecer até que ponto tais alterações estão em consonância com o que foi utilizado de pretexto para sua implementação.

1 A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Sem dúvidas que o processo penal é um importante termômetro da ideologia e dos anseios vigentes em uma nação, ao passo que é sua função, como bem pondera Andrade, “a promoção da paz social, com a punição dos culpados e proteção dos inocentes”¹.

Será através do processo penal, conduzido nos ditames do sistema em evidência, que o Direito Penal tocará no homem real, de carne e osso. Ou seja, o Direito Penal não tem realidade concreta fora do processo penal, sendo as regras do processo que realizam diretamente o poder penal do Estado².

Deste modo, a resposta que o Estado quer do processo penal, diante das exigências e dificuldades que enfrenta, será obtida a partir do modelo de sistema processual que adotar³. Nesta senda, J. Goldschmidt, ainda em 1935, deixava sua lição ao afirmar que “Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal general.”⁴

Antes, porém, de se abordar os conceitos existentes sobre os sistemas processuais e diferenciá-los uns dos outros, interessa ter em mente o significado da palavra *sistema* no âmbito jurídico. Para tanto, acurada a definição elaborada por Mauro Fonseca Andrade:

Reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas e regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente.⁵

Ao analisá-lo sob a ótica do processo penal, Paulo Rangel sustenta que sistema processual penal é “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”⁶. O sistema traduz, portanto, o modo como o Estado se põe diante da repressão criminal, do grau de imparcialidade dos seus juízes criminais e do grau de

¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 449.

² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 92.

³ *Ibidem*, p. 91.

⁴ GOLDSCHMIDT, James. APUD. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 91

⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 38.

⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47.

tecnicidade de sua persecução penal.⁷ E é justamente a partir da análise destes fatores, que ditarão os rumos do processo, que surge a diferenciação doutrinária, igualmente amparada num estudo histórico, que elenca a existência de três modelos de sistemas processuais: o acusatório, o inquisitivo e o misto.

Para que se possa estudar os sistemas processuais penais e definir qual seria o sistema vigente no Brasil, já que atualmente nosso ordenamento não o prevê expressamente, impende que se estude os elementos informadores de cada modelo.

1.1 O confronto entre sistema acusatório e sistema inquisitivo e o polêmico sistema misto

Independentemente de se adentrar na discussão doutrinária de qual modelo de sistema processual surgiu antes na humanidade, certo é que a primeira aparição do sistema acusatório deu-se no direito grego⁸, aparecendo, posteriormente, no direito romano. Chamado de sistema acusatório clássico, desenvolvia-se “referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador.”⁹

Não é por menos que Ferrajoli aponta ser “pacífico que o processo penal na Antiguidade, tal como se configura na Grécia e na Roma republicana, tem uma estrutura essencialmente acusatória por causa do caráter predominantemente privado da acusação e da consequente natureza arbitral tanto do juiz como do júri.”¹⁰

Justamente essa participação direta, onde o cidadão era o encarregado de levar a denúncia e diligenciar em busca das provas, é que levou ao declínio o modelo acusatório clássico. Fatores como o abuso na persecução penal, a perda de interesse dos cidadãos em participar dos tribunais¹¹, além dos problemas da impunidade e manipulação das decisões¹², contribuíram para o surgimento do sistema inquisitivo, onde o Estado passou a tomar para si as atribuições antes conferidas ao particular. Nas palavras de Paulo Rangel:

Surge, então, o sistema inquisitivo, em substituição ao acusatório privado, com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir

⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 450.

⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 93

⁹ LOPES JR., loc. cit.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 520.

¹¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 102.

¹² *Ibidem*, p. 72.

a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares.¹³

O processo inquisitivo caracterizava-se, portanto, pela concentração de poder nas mãos do julgador¹⁴, onde o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor.¹⁵ Ainda que comprometesse a imparcialidade do juiz, visto que acusará e julgará simultaneamente, a adoção deste sistema foi a solução encontrada para retirar das mãos do particular as funções de acusar, já que este o fazia quando queria¹⁶, o que atrapalhava sobremaneira a eficácia do combate à delinquência.¹⁷

Verifica-se, pois, que a característica mais marcante do processo inquisitivo é a liberdade conferida ao juiz na “sagrada missão de obtenção da verdade”¹⁸, podendo atuar como parte, investigando, dirigindo, acusando e, ao fim, julgando.¹⁹ Por fim, Mauro Fonseca Andrade, após exaurir a matéria no intuito de não chegar à uma conclusão simplista, que se limitasse a definir o sistema inquisitivo como o antagonista do acusatório²⁰, coloca de maneira definitiva:

Por isso, somente após esse longo caminho é que nos sentimos seguros em poder afirmar, sem medo de cometer qualquer equívoco, que um sistema processual será considerado inquisitivo sempre que possuir dois elementos fixos: o caráter prescindível da presença de um acusador distinto do juiz, e o fato de o processo ser instaurado por acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz²¹.

A forma inquisitória persiste até os séculos XVIII e XIX, quando inicia-se um gradual abandono de seus traços mais cruéis²² e uma nova manifestação do sistema acusatório, ora denominado *sistema acusatório contemporâneo/moderno*. A principal diferença entre o modelo utilizado em Atenas e Roma e o sistema acusatório atual é que, enquanto naquele havia um predomínio do acusador popular sobre o acusador público, o que desencadeou os defeitos já mencionados que levaram ao seu declínio, o processo acusatório hodierno pressupõe uma presença efetiva e permanente de um acusador público.²³

¹³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 128.

¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.1, n.1, p. 27-51, 2001.

¹⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47

¹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 97.

¹⁸ KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório?. **Civitas**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

¹⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 97.

²⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 395.

²¹ ANDRADE, loc. cit.

²² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 97.

²³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 108.

Afora da nítida separação entre o órgão acusador e o julgador, aspecto unânime, são apontadas como características deste processo a presença constante do contraditório e da ampla defesa, da garantia da isonomia processual²⁴, da possibilidade de recusa do julgador e da liberdade do réu como regra.²⁵

Aury Lopes Júnior indica, além das características já elencadas, que atualmente o sistema acusatório pressupõe o respeito a critérios da segurança jurídica e da coisa julgada, a possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição, além de que, em regra, o procedimento é oral e publicizado.²⁶

Utilizando mais uma vez da doutrina de Mauro Fonseca Andrade, constata-se que o doutrinador optou por distinguir, dentro do conceito de sistema acusatório, o que lhe seria fixo daquilo que lhe é variável:

Dessa maneira, após a identificação de seus elementos variáveis, podemos concluir que são dois os elementos fixos do sistema acusatório.

Em primeiro lugar, identificamos a obrigatória separação entre as figuras do acusador e do julgador, que aqui tratamos como uma necessidade de um acusador distinto do juiz, e que corresponde ao princípio acusatório. O segundo elemento se refere a um particular efeito produzido pelo ajuizamento da acusação, que é a abertura do processo. Isso implica dizer que a investigação criminal no sistema acusatório, constitui-se em uma atividade de natureza administrativa, e que a abertura do processo acusatório significa, na verdade, igualmente o início do julgamento, com a apresentação da defesa e obtenção de provas.

Os demais elementos, que poderão estar presentes nesse sistema, variam de acordo com a ideologia do momento histórico em que esse mesmo sistema esteja sendo construído.²⁷

Diferenciados os modelos acusatório e inquisitivo, tanto em seus aspectos históricos quanto em seus elementos caracterizadores, importa collocarmos o que seria um terceiro sistema, formado a partir de raízes do processo acusatório e inquisitivo simultaneamente.

A ideia de sistema misto teve início somente no fim do século XVIII, pois foi a partir da Revolução Francesa que, amparada nos ideais liberais alterou o processo penal francês, surgiu a necessidade de se misturar as características do modelo inquisitivo às do processo acusatório romano.²⁸ É que o modelo estabelecido com base nos ideais que lideraram o Movimento Iluminista, que propugnavam a igualdade entre os homens, a extinção da tortura, a tolerância religiosa e a adoção da estrutura, costumes e conceitos das sociedades ateniense e romana, acabou por repetir os mesmos defeitos do processo penal acusatório clássico, ao passo

²⁴ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 10.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 128.

²⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 95.

²⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 269.

²⁸ *Ibidem*, p. 270.

que “adotou julgamentos públicos e concedeu legitimidade acusatória exclusiva a cidadãos comuns, que estavam desprotegidos das ameaças do acusado, seus familiares e amigos.”²⁹

A fim de corrigir estes problemas, sobrevieram sucessivas reformas que decidiram por manter a existência de uma fase prévia ao julgamento propriamente dito, que tivesse um caráter mais rígido que aquela imaginada pelo ideal revolucionário. Nesta senda, explica Mauro Fonseca Andrade, referindo-se às reformas legislativas que acabara conferindo os contornos do sistema misto:

Expurgaram os defeitos e problemas que os sistemas inquisitivo e acusatório manifestaram ao longo de toda sua existência, e aproveitaram aquelas características que poderiam permitir a construção de um processo penal que alcançasse sua finalidade sem a prática de abusos durante sua tramitação. Foi com essa intenção, e um retorno parcial ao sistema inquisitivo, que se estruturou um modelo de processo penal que convencionalmente passou a ser chamado de sistema misto, presente no Code d’Instruction Criminelle de 1808, mas que entrou em vigor somente em 1811.³⁰

Ficava, portanto, o processo dividido em duas fases, a primeira destinada a instrução criminal, e a segunda ao julgamento propriamente dito. Assim, primeiramente havia a supremacia de elementos próprios do processo inquisitório, tais como a abertura do processo *ex officio* pelo magistrado ou mediante *notitia criminis* e o sigilo. A segunda fase, no entanto, iniciava somente com a apresentação da acusação por pessoa distinta do juiz, vigorando, nesta, o princípio acusatório, o contraditório, a publicidade e a oralidade.³¹

Atualmente é comum a doutrina estabelecer a existência do sistema misto com amparo na justificativa que hoje não se vislumbram mais os sistemas acusatório ou inquisitório nas suas formas puras³². Tal assertiva, no entanto, é alvo de fervorosas críticas que a consideram um reducionismo teórico, visto que, ao simplesmente classificar um sistema como *misto*, estar-se-á deixando de analisar o ponto nevrálgico da questão: a identificação do núcleo fundante. Não é por menos que há quem se dirija ao sistema misto como uma fraude, um monstro de duas cabeças, fabricado para conferir “ares” de processo acusatório ao feito que no fim será decidido com base em um procedimento puramente inquisitório (o inquérito policial).³³

Tendo em vista, porém, que o objeto do presente estudo não se molda a partir da crítica ao sistema misto, é prudente ficar estabelecido que, ao invés de ser aprofundada a discussão

²⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 413.

³⁰ ANDRADE, loc. cit.

³¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 415.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 107.

sobre o grau de autonomia ou até mesmo a existência do referido sistema, será colacionado aquilo que a doutrina especializada entende por sistema misto. Nesta senda, podemos delimitar o sistema misto como aquele formado por duas fases, a preliminar e a judicial. A primeira é conduzida por um magistrado com o auxílio da polícia judiciária (em países como Espanha e França esta fase é conhecida como *juizado de instrução*), onde prevalecerão os valores inquisitivos. A fase judicial, por seu turno, somente será iniciada com a acusação, a ser feita por órgão distinto do julgador, e nela prevalecerão os valores acusatórios.³⁴

Em uma tentativa de prover sucintamente a diferenciação dos sistemas, Eugênio Pacceli dispõe que inquisitivo é aquele em que a função de acusar e julgar estão reunidas em uma só pessoa, enquanto no acusatório tais papéis estão reservados a pessoas distintas. Por seu turno, o sistema misto ocorre quando a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação sob a presidência de um magistrado, tal como ocorre no sistema inquisitório, mas permanecendo resguardada a outro órgão (Ministério Público) a acusação criminal, característica essencial do sistema acusatório.³⁵

1.2 Os pilares do sistema acusatório

Devidamente conceituados os sistemas processuais aceitos pela doutrina, interessa ser aprofundado o estudo daquilo que serve de base para o sistema acusatório, ou seja, como consta propriamente no título da obra de Mauro Fonseca Andrade, os seus princípios reitores.

O desempenho de tal tarefa depende primeiramente da identificação do “princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir de seu núcleo é de extrema relevância.”³⁶ Coloca-se, portanto, as características que compõem o sistema dentro de duas categorias: as que formam seus elementos fixos e as que se apresentam como elementos variáveis (opcionais). Nas palavras de Andrade:

Assim, os *elementos fixos* são aqueles que sempre devem estar presentes em um determinado sistema jurídico, pois sua finalidade é permitir sua criação e diferenciação entre os sistemas já existentes. Eles podem ser considerados como o *núcleo duro* do sistema jurídico, fazendo com que não exista um sistema jurídico exatamente igual ao outro. Já os *elementos variáveis* são aqueles cuja presença não é obrigatória nos sistemas jurídicos, pois se destinam simplesmente a permitir sua mobilidade ou funcionamento. Isso implica dizer que esses elementos não determinam

³⁴ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 57.

³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9.

³⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.92.

a existência ou natureza jurídica de um sistema jurídico em específico, pois poderão estar presentes ou ausentes ao longo de toda sua existência.³⁷

Quer dizer o autor que o estudo da temática sob a ótica da diferenciação do que é inerente ao instituto daquilo que lhe é opcional torna-se imprescindível para o desempenho da tarefa que se dará no capítulo seguinte, quando se tentará visualizar o grau de coerência de dispositivos legais com os princípios emanados do sistema processual penal adotado no Brasil, bem como os oriundos da Constituição da República. Nesta senda, a identificação dos elementos fixos dos sistemas acusatório pode ser obtida a partir do ensinamento de Luigi Ferrajoli:

Por exemplo, se fazem parte tanto do modelo teórico como da tradição histórica do processo acusatório a separação rígida entre o juiz e a acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento, o mesmo não se pode dizer de outros elementos que, pertencendo historicamente também à tradição do processo acusatório, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico: como a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo, a exclusão da motivação dos julgamentos do jurado, dentre outros.³⁸

Percebe-se que o autor italiano aponta como elementos fixos do processo acusatório a distinção entre juiz e acusador, a paridade de armas entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade do julgamento. Esta concepção se confirma quando o jurista estabelece quais seriam também os elementos fixos do sistema oposto, o inquisitivo, ao estabelecer que lhe são próprios a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução.³⁹

Diferentemente, Andrade estipula como basilar do sistema acusatório somente dois elementos: “a obrigatória separação entre as figuras do acusador e do julgador” e o “particular efeito produzido pelo ajuizamento da acusação, que é determinar a abertura do processo”⁴⁰. Esse segundo elemento implica dizer que a investigação criminal, no sistema acusatório, constitui-se em uma atividade de natureza administrativa, e que a abertura do processo acusatório significa, na verdade, igualmente o início do julgamento, com a apresentação da defesa e obtenção de provas.⁴¹

A separação entre juiz e acusação é, destarte, indubitavelmente o mais importante pressuposto do processo acusatório. E isso quer dizer não só que os sujeitos que exercem as funções judicantes devem ser diferentes dos que desenvolvem as funções postulatórias, mas

³⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 41.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 518-519.

³⁹ FERRAJOLI, loc. cit.

⁴⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 269.

⁴¹ ANDRADE, loc. cit.

também que o papel de parte consignado ao acusador é que possui o ônus da contestação e da prova, já que o juiz encontra-se distante na condição de expectador.⁴²

Em outras palavras, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, entendendo que não há de se falar mais em *sistemas puros*, assevera que o a distinção dos sistemas conhecidos deverá se dar pela identificação do *princípio unificador* que os rege. Neste passo, explica que como este princípio fundante traduz-se em uma *ideia única*, não é possível uma divisão a fim de se instituir um princípio misto, razão pela qual um sistema ou será inquisitivo, abastecido de elementos acusatórios, ou será acusatório, agregado a si de elementos provenientes do sistema inquisitivo.⁴³ E esta diferença concreta entre os sistemas poderá ser percebida com a identificação do referido princípio unificador, que não passa de uma opção política voltada ao processo, senão vejamos:

Ora, faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (eis por que todos os sistemas são mistos) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos sistemas puros. **Daí que a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o sistema adotado.**⁴⁴ (grifo nosso)

Comungando deste entendimento, Renato Brasileiro de Lima leciona que o processo acusatório caracteriza-se como legítimo *actum trium personarum*, onde haverá a separação das funções, cabendo ao magistrado uma posição de passividade frente à reconstrução dos fatos pelas partes. Dito isto, assevera que a gestão das provas cabe às partes, exercendo o juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais.⁴⁵

1.3 A opção constitucional pelo sistema acusatório e a necessidade de um novo Código de Processo Penal

Preliminarmente, cumpre ressaltar a necessidade de se adotar o paradigma constitucional quando da análise da lei, qual seja, por ora, da legislação processual penal. Segundo Luciano Feldens, no moderno Estado constitucional de Direito, “a preservação da Constituição em detrimento de qualquer produto legislativo (ato normativo) que lhe seja

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 522.

⁴³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 8.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. rev. ampl. atual. Salvaor: JusPodivm, 2014. p. 46.

contrário deve ser aferida sob uma dupla perspectiva, a qual passa pela dissociação dos atributos de *vigência e validade* da norma.”⁴⁶

Quer dizer o autor que a lei deve ser constitucionalmente válida em dois aspectos, o formal e o substancial. Ou seja, não basta a lei ter obedecido o rito de produção estabelecido na Constituição da República, mas que igualmente seu conteúdo se coadune com aquilo que nela está disposto.⁴⁷ Em outras palavras, o autor segue lecionando que esta dupla dimensão de legitimidade das normas, existente no Estado Democrático de Direito, pode ser compreendida com a distinção destes dois aspectos, quais sejam, a vigência, “que respeita à forma dos atos normativos e que depende de sua correspondência com as normas sobre a sua formação”, e a validade, “que se refere ao seu conteúdo e que depende de sua coerência com as normas substanciais, sejam regras, sejam princípios, envoltas à produção, providência intelectual essa que resulta da assunção dos postulados do *neoconstitucionalismo*.”

A identificação do sistema processual penal pátrio, que como já fora abordado traduzirá os valores elegidos pela política criminal do Estado, ao passo que evidencia as garantias individuais a serem respeitadas, deverá ser feita com o olhar da Constituição da República. Deste modo, ainda que ela não estabeleça de modo expreso o sistema norteador do processo penal, verifica-se, a partir da “compreensão (aberta e sistêmica) dos seus princípios, regras e valores”⁴⁸, sua incontestada opção pelo sistema acusatório.

Esta opção fica inicialmente evidenciada pelo artigo 129, inciso I da Constituição de 1988, que estabelece o que já verificamos se tratar do mais valioso pressuposto do processo acusatório, a identificação de um sujeito acusador diverso do juiz: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.⁴⁹

No entanto, a propensão constitucional pelo processo acusatório vai muito além desta distinção entre acusador e juiz, ao passo que diversas garantias fundamentais asseguradas na Carta Dirigente correspondência com os preceitos do referido sistema. Convergindo nesta direção, Geraldo Prado compreende:

Assim, se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção da inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e

⁴⁶ FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 33.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁸ FISCHER, Douglas. O Sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156. In: MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ARAÚJO, Fábio Roque (coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 53.

⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou. Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade no processo, pelo menos como regra para as infrações penais de menor potencial ofensivo, e a publicidade, concluiremos que se filiou, sem dizer, ao sistema acusatório.”⁵⁰

Concordando, Boschi afirma que o sistema acusatório é o único que se concilia com a garantia do devido processo legal prevista no artigo 5º, LIV, da Constituição⁵¹, uma vez que a separação das funções e o exercício de cada uma por um órgão/pessoa diferente é o que torna o processo contraditório (ou adversarial).⁵²

Há de se ressaltar, inclusive, a inevitável aproximação entre o Estado Democrático de Direito conjecturado na Constituição com o objeto ora em apreço. Nesse sentido, Lênio Streck introduz a noção de Estado Democrático de Direito justamente fazendo menção às garantias fundamentais:

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático do Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.⁵³

Ao fazer um paralelo entre o sistema processual em análise e o Estado Democrático de Direito, o autor destaca que o sistema acusatório “é o modo pelo qual a *aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual-penal*”, constituindo-se na porta de entrada da democracia. Indo além, assevera que é o sistema acusatório quem garante que não exista um “dono da prova”, sendo ele “a garantia de que o Estado cuida de modo igualitário da aplicação da lei; enfim, é o *locus* onde o poder persecutório do Estado é exercido de um modo, democraticamente, limitado e equalizado”.⁵⁴ Nessa senda, manifesta-se Douglas Fischer:

Temos bem claro em nosso raciocínio que a Constituição é o ponto de partida para a análise de ter sido albergado (e em que limites) o *sistema acusatório* no ordenamento pátrio, especialmente após a edição da Constituição Cidadã, em 1988.

⁵⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 299.

⁵¹ O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal assegura que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁵² BOSCHI, José Antônio Paganella. Notas introdutórias ao PLS n. 156 – Projeto de Código de Processo Penal. In: MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ARAÚJO, Fábio Roque (coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 78.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 37.

⁵⁴ *Idem*. **Novo Código de Processo Penal: O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)**. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009.

Efetivamente, a Constituição ocupa uma função central no sistema vigente, e – não poderia ser diferente – irradia efeitos que precisam ser captados na edição das leis infraconstitucionais.⁵⁵

Dito isso, pode-se compreender que a interpretação das disposições infraconstitucionais, dentre elas as constantes no Código de Processo Penal, deverá se dar de acordo com os pilares básicos do sistema processual adotado a partir da Constituição Republicana, buscando sempre a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Ocorre que o sistema processual penal brasileiro atual, quando entendido com o viés do Código de Processo Penal de 1941, tem por base a estrutura inquisitorial.⁵⁶ Isto porque no seu desenho do que seria um sistema misto, a prova produzida na investigação preliminar, procedimento puramente inquisitório, é amplamente utilizada na fase processual⁵⁷, o que confere falsamente uma fachada de estrutura acusatória a algo que tem por base o inquisitorial, mostrando-se o processo delineado no Código de 1941 uma fraude à democracia processual tão destacada no texto constitucional.⁵⁸ Daí a necessidade de um novo Código de Processo Penal, disposto a execrar da sua lógica tudo aquilo que não é recepcionado pela Carta de 1988.

O vigente Código foi elaborado voltado para um país ainda rurícola, interiorano e com baixa densidade populacional, com índices de violência evidentemente menores que os atuais. A drástica mudança vista na conjuntura nacional destes aspectos faz com que o referido Estatuto forneça respostas insatisfatórias como “instrumento destinado a assegurar, a um só tempo, a defesa do interesse público e do acusado”⁵⁹, tais como a demora jurisdicional e a abusiva sonegação dos direitos dos investigados, com a utilização da prisão cautelar como castigo, por exemplo. Sobre a necessidade de um novo Código, também se manifesta José Antônio Paganella Boschi:

Não há nada que sobreviva ao tempo.
Os Códigos e as leis também ficam velhos, esclerosados, perdem sua autoridade e aptidão para assegurarem o alcance das finalidades a que se destinam, pois a realidade

⁵⁵ FISCHER, Douglas. O Sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156. In: MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ARAÚJO, Fábio Roque (coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 45-74.

⁵⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 9.

⁵⁷ O maior exemplo é o fato dos autos do inquérito estarem presentes no caderno processual, assim, a prova oral coligida em sede policial, ainda que não confirmada em juízo, faz-se elemento presente, tendo, desta forma, potencial de influenciar a decisão do magistrado.

⁵⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10.

⁵⁹ BOSCHI, José Antônio Paganella. Notas introdutórias ao PLS n. 156 – Projeto de Código de Processo Penal. In: MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ARAÚJO, Fábio Roque (coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 76.

social, em qualquer lugar do mundo, é altamente instável e exige novas e contínuas regulações.

[...]

A aprovação de um novo Código de Processo Penal, por isso, rejuvenescerá parte do ordenamento jurídico positivo brasileiro e potencializará o mais eficaz enfrentamento desses novos tempos globalizados, velozes, virtuais, geradores de demandas consumistas, de violência e de criminalidade, cada vez mais complexa e organizada.⁶⁰

Dentro desta ideia de que o processo penal deve acompanhar a realidade de sua sociedade, e mais, deve representar os seus anseios é que designou-se uma comissão de notáveis, coordenada por Hamilton Carvalhido e relatada por Eugênio Pacelli de Oliveira, para elaborar o anteprojeto de um novo Código de Processo Penal, com vistas a substituir o atual. Após concluído, o anteprojeto foi convertido no Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009⁶¹, que após aprovado seguiu para apreciação da Câmara dos Deputados, onde passou a ser identificado como Projeto de Lei nº 8.045/2010 e onde será reaberta a oportunidade de contribuição crítica da comunidade jurídica nacional⁶². Em 27 de março de 2014 o Presidente da Câmara dos Deputados criou a Comissão Especial com o fim de proferir parecer sobre a proposta de novo Código de Processo Penal⁶³.

A própria Exposição de Motivos do Projeto de Lei, considerada o “cartão de visitas do legislador”⁶⁴, confirma a ideia de que o Código da década de quarenta ainda em vigor e a Constituição da República estão em evidente desarmonia ao apontar que a incompatibilidade entre os modelos normativos é manifesta e inquestionável, pois “a configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrangidas no atual texto constitucional.”⁶⁵ Segue adiante afirmando que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais, e que “nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o

⁶⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. Notas introdutórias ao PLS n. 156 – Projeto de Código de Processo Penal. In: MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ARAÚJO, Fábio Roque (coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 77.

⁶¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **O sistema acusatório proposto no projeto de novo Codex Penal Adjetivo**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nº 65, p. 67-97, jan./abr. 2010.

⁶² BOSCHI, José Antônio Paganella. Notas introdutórias ao PLS n. 156 – Projeto de Código de Processo Penal. In: MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ARAÚJO, Fábio Roque (coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 76

⁶³ A ficha e tramitação do Projeto de Lei está disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. O despacho que criou a Comissão Especial está disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DDE324A3B5233CC2F87516BBDC1C7D7D.proposicoesWeb2?codteor=1239909&filename=Tramitacao-PL+8045/2010>. Acesso em 31/10/2014.

⁶⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **O sistema acusatório proposto no projeto de novo Codex Penal Adjetivo**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nº 65, p. 67-97, jan./abr. 2010.

⁶⁵ BRASIL. Projeto de Lei n. 8.045 de 2010. **Câmara dos Deputados**. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=44C9D15C551F300F96DAFCFA8AEDFDB2.proposicoesWeb2?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 20 jun. 2014.

reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático⁶⁶.

Devidamente estabelecida a importância de se reconhecer o sistema processual penal adotado pelo Estado, feita a identificação e diferenciação conceitual dos diferentes sistemas e, por fim, identificada a opção constitucional pelo sistema acusatório, ainda que em descompasso com o desatualizado Código de Processo Penal em vigor, a partir de agora o objeto de estudo será o texto do Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, analisado sob o paradigma constitucional, a fim de se verificar a sintonia que o próximo Código terá com os preceitos da Carta da República.

⁶⁶ BRASIL. **Senado**. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009. 133p. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2014.

2 A ESTRUTURA ACUSATÓRIA DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Projeto do novo Código de Processo Penal passa a prever de modo expresso em seu artigo 4º a adoção do sistema acusatório como norteador do processo penal, tendo a seguinte redação: “Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”⁶⁷ Como anteriormente exposto, esta opção pela base do sistema acusatório é, segundo Coutinho, “uma prestação de contas com a realidade, principalmente porque depois de 1988 não mais faz sentido – começando pela inconstitucionalidade – nenhum ordenamento que se coloque de forma incompatível com a Constituição.”⁶⁸

A estrutura acusatória pretendida pelo PL 8045/2010 diz respeito, como se pressupõe da análise da base do modelo acusatório feita anteriormente, à função de cada parte no desenrolar da persecução criminal, passando a ficar estampado no seu texto o “lugar constitucionalmente demarcado das partes”.⁶⁹ A própria Exposição de Motivos do Projeto argumenta que a simples explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos, e, mais que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional. Com efeito, o aludido texto explica que a vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais, já que “a decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes”.

É por esta razão que a comissão elaboradora do Projeto entende ser importante preservar o distanciamento do julgador, “ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes”. Na ótica dos juristas que debruçaram-se na confecção do novo Código, a “formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a

⁶⁷ BRASIL. Projeto de Lei n. 8.045 de 2010. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=44C9D15C551F300F96DAFCFA8AEDFDB2.proposicoesWeb2?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 20 jun. 2014.

⁶⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 13.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 15.

ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional.”⁷⁰

Neste norte, lecionando acerca da vedação imposta ao magistrado de substituir o órgão de acusação, Boschi entende que ela não pretende transformar o juiz em figura decorativa, pois nada impede que durante a coleta das provas ele possa tecer perguntas às testemunhas a fim de esclarecer ponto duvidoso, já que, afinal, é ele quem vai julgar.⁷¹ Importante ressaltar que esta vedação do artigo 4º do PL 8.045/2010 igualmente não retirará o poder de atuação do juiz quando em prol da defesa, haja vista a função que lhe é reservada pela Constituição da República de garante da ordem constitucional e, por isso, do cidadão.⁷²

Uma vez demonstrada a necessidade do processo penal seguir a estrutura acusatória, agora não só através de uma análise interpretativa das disposições constitucionais, mas pela previsão expressa que há no Projeto, e realizado, na medida do possível, um apanhado do que isto significa referentemente à atuação das partes e ao tratamento conferido ao acusado em um processo acusatório e constitucional, cabe serem evidenciados os principais pontos trazidos pela doutrina em que o Projeto corre o risco de não cumprir com seu propósito.

2.1 O papel do juiz frente ao sistema acusatório proposto e a conformidade constitucional

Uma amostra de dispositivo previsto no Projeto do novo Código que contraria a estrutura acusatória por ele adotado é o artigo 420, correspondente ao artigo 385 do atual Estatuto⁷³, dispendo que “o juiz poderá proferir sentença condenatória, nos estritos limites da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada.”⁷⁴. Percebe-se

⁷⁰ BRASIL. **Senado**. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009. 133p. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2014.

⁷¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. Notas introdutórias ao PLS n. 156 – Projeto de Código de Processo Penal. In: MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ARAÚJO, Fábio Roque (coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 79.

⁷² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 14.

⁷³ O artigo 385 do atual Código de Processo Penal preceituava que nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

⁷⁴ BRASIL. Projeto de Lei n. 8.045 de 2010. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=44C9D15C551F300F96DAFCFA8AEDFDB2.proposicoesWeb2?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 20 jun. 2014.

que a única alteração procedida é a proibição ao magistrado de reconhecer agravantes ou causas de aumento de pena quando não tenham sido alegadas, continuando, no entanto, a possibilidade de proferir sentença condenatória mesmo quando o Ministério Público opina pela absolvição.

Mostrando-se de acordo com a manutenção da possibilidade do magistrado proferir juízo condenatório ainda que a contragosto do órgão de acusação, Eugênio Pacceli de Oliveira e Douglas Fischer ressaltam que a “escolha nacional foi no sentido da adoção do modelo da obrigatoriedade da ação penal, com o que ficou afastado o princípio dispositivo, segundo o qual podem as partes livremente dispor do objeto da relação de direito material”, e esta opção, no ponto de vista do autor, não contraria nenhuma determinação constitucional ao ponto de reputar inválida a norma do atual artigo 385 do Código de Processo Penal. Segundo os autores, no caso de não se aderir a esta norma, conseqüentemente estaria se optando por um “modelo de discricionariedade, com ampla concessão de poderes e faculdades ao Ministério Público, no sentido de deixar em suas mãos a política de persecução penal.”⁷⁵

Não se pode deixar de notar que ambos fundam seu entendimento na utilização do princípio da indisponibilidade do objeto processual penal, valendo-se, inclusive, da lição de Jorge Figueiredo Dias que entende não valer em processo penal o princípio da discussão e qualquer de suas manifestações, ou seja, há “a impossibilidade de desistência da acusação pública, de acordos eficazes entre a acusação e a defesa e de limitações postas do tribunal na apreciação jurídica do caso submetido a julgamento.”⁷⁶

No item a seguir, que tratará do instituto da justiça negociada, será visto, no entanto, que este argumento, embasado no princípio da indisponibilidade, de que ao fim do processo o juiz não deve estar vinculado à opinião do Ministério Público sofrerá grandes relativizações. No momento em que os mesmos doutrinadores que aqui se posicionaram desta maneira optam por defender a instituição de acordos entre acusação e defesa que servirão justamente para evitar a fase de instrução, verificar-se-á certa controvérsia no que tange ao alcance e profundidade dos princípios ora mencionados.

Contrariamente ao entendimento de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, que na senda dos anteriormente referidos não encontra incoerência no dispositivo do novel artigo 420, ao compreender que a postulação feita na fase inicial, no oferecimento da denúncia, já foi recebida e a posterior ausência de pedido de condenação nas alegações finais não significa

⁷⁵ FISCHER, Douglas. O Sistema Acusatório Brasileiro à Luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156. In: MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ARAÚJO, Fábio Roque (coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 71.

⁷⁶ DIAS, Jorge Figueiredo. *Apud* FISCHER, Douglas. O Sistema Acusatório Brasileiro à Luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156 MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ARAÚJO, Fábio Roque (coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 71.

desistência da postulação⁷⁷, no olhar de Aury Lopes Jr. a continuidade desta previsão demonstra uma nítida possibilidade de intromissão por parte do magistrado do *lugar* reservado ao ente ministerial, entendendo que “o poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP mediante o exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém.” Ressalta, ainda, o autor, que caso o juiz condene estará exercendo o poder punitivo sem a necessária invocação, no “mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo”.⁷⁸

Nesta mesma esteira está o posicionamento de Geraldo Prado quando afirma que o mencionado dispositivo viola a garantia do contraditório, entendendo que como o juiz “não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição.”⁷⁹ Este entendimento encontra respaldo na lição de Gustavo Henrique Badaró, cujo ensinamento confere à ideia de contraditório um alcance além do debate sobre as questões de fato, sendo a ele afetas também as questões de direito que poderão estar marcadas pela controvérsia, afirmando que “a regra da correlação entre acusação e sentença é uma decorrência do princípio do contraditório”⁸⁰.

Seria assim, portanto, o fato do magistrado proferir sentença condenatória mesmo com o pedido de absolvição do *parquet* uma violação à garantia do contraditório assegurada no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República. Não só isto, significa dizer que a tão necessária separação dos papéis desempenhados pela acusação e pelo julgador acaba sendo afetada no momento em que o juiz condena o imputado discordando daquele que possui a legitimidade de acusar, manchando desde logo o próprio norte de processo acusatório a que se propõe o Projeto. Não é por menos que Aury Lopes Jr. Encerra o assunto afirmando que enquanto isto for possível “ferido de morte estará o sistema acusatório, com a fulminação da estrutura dialética do processo, da igualdade das partes e da própria imparcialidade”.⁸¹

Outra grande inovação a ser vista no novo Código diz respeito à instituição da figura do juiz das garantias, previsto no artigo 15 do Projeto, o qual será responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, cuja franquia

⁷⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Resquícios do sistema inquisitivo no Projeto do novo CPP In: In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 22

⁷⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.1144

⁷⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 117.

⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. APUD PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 117.

⁸¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.1145

tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário⁸². Nesse ponto, necessário observar um aspecto relevante da persecução criminal que é a sua distinção em dois momentos diferentes, o pre-processual e o processual. Consiste dizer que ela acontece a partir de duas fases ocorridas em sequência, primeiramente se tem a fase de investigação e, após, a fase processual. Como já foi apontado anteriormente, a fase processual somente tem início com o ajuizamento da acusação pelo Ministério Público, anteriormente a isto será a autoridade policial quem conduzirá a investigação criminal, que terá por único objetivo colher indícios de autoria e de materialidade para o fim de formar a *opinio delicti* do órgão da acusação.⁸³

Ocorre que, mesmo sendo a fase de investigação conduzida pelo delegado de polícia, certas medidas a serem adotadas nesta etapa são resguardadas pela cláusula de reserva legal⁸⁴, isto é, por violarem bens jurídicos fundamentais dependem de apreciação judicial.⁸⁵ São exemplos: a necessidade de ordem escrita e fundamentada do juiz para que alguém que não esteja em flagrante possa ser preso⁸⁶; a imprescindibilidade de prévia autorização judicial para a realização de uma interceptação telefônica⁸⁷; o respectivo mandado judicial para cumprimento de busca e apreensão⁸⁸.

Na sistemática atual, regida pelo artigo 83 do Código de Processo Penal⁸⁹, o magistrado que tomou conhecimento do feito na fase de investigação ficará prevento para conhecer a ação penal que posteriormente será ajuizada. Em outras palavras, o juiz que decidirá sobre a pertinência de medidas que invadem a esfera de direitos do investigado durante o inquérito

⁸² Brasil. **Senado**. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009. 133p. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2014.

⁸³ LUZ, Gustavo de Oliveira da. **Juiz das garantias**: ainda na busca do Sistema Constitucional Acusatório. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 752. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2332>> Acesso em: 15 out. 2014.

⁸⁴ ARAÚJO, Fábio Roque. A investigação criminal no Projeto de novo Código de Processo Penal. In MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ARAÚJO, Fábio Roque (coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 136

⁸⁵ LUZ, Gustavo de Oliveira da. **Juiz das garantias**: ainda na busca do Sistema Constitucional Acusatório. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 752. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2332>> Acesso em: 15 out. 2014.

⁸⁶ O artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal assegura que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

⁸⁷ O artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal assegura que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

⁸⁸ O artigo 5º inciso XI, da Constituição Federal assegura que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

⁸⁹ O artigo 83 do atual Código de Processo Penal preceitua que 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).

policial será o mesmo que, ao fim, julgará o mérito da ação penal. E é neste ponto que se dará a total inversão de lógica trazida pelo Projeto, ao passo que será vedada a atuação na fase processual do magistrado que trabalhou na investigação.⁹⁰

A Exposição de Motivos do Projeto justifica esta inovação na consolidação do princípio acusatório, tratando de salientar que a nova previsão “não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais”.⁹¹ Neste sentido, argumenta que a proteção da intimidade, da privacidade e da honra, prevista na Carta Magna, demanda uma análise acurada sobre a necessidade de medida cautelar que autorize ofender tais direitos individuais.

A comissão elaboradora do texto do novo Código sustenta que o deslocamento de um órgão da jurisdição com a função exclusiva de executar essa missão na fase pré-processual atende à duas estratégias, quais sejam, “a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional”⁹², e a “manutenção do distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação”⁹³. Esta também é uma das alegações principais trazidas por Luis Flávio Gomes para defender a estipulação de um juiz atuante na fase de inquérito diferente daquele que julgará o mérito da ação penal, ao ensinar que a preocupação central da proposta “reside no respeito ao princípio acusatório assim como na preservação da imparcialidade do juiz do processo”. De acordo com o autor “juiz que investiga ou que monitora a investigação não pode julgar”.⁹⁴

Antes de se adentrar sobre os aspectos positivos e negativos desta nova figura, é *mister* que se distinga o juiz das garantias delineado na proposta daquele juiz de instrução visto no

⁹⁰ ARAÚJO, Fábio Roque. A investigação criminal no Projeto de novo Código de Processo Penal. In MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ARAÚJO, Fábio Roque (coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 136

⁹¹ BRASIL. **Senado**. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009. 133p. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2014.

⁹² BRASIL. **Senado**. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009. 133p. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2014.

⁹³ BRASIL. **Senado**. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009. 133p. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2014.

⁹⁴ GOMES, Luiz Flávio. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100112112832429&mode=print> Acesso em: 15 out 2014.

modelo francês. No ponto de vista de Priscilla Sá a comparação com os *juizados de instrução* é equivocada porque a própria estruturação daquele modelo não se dá para o modelo acusatório que se pretende aqui assentar, segundo a autora “o modelo de juiz de instrução francês aparece sem notas democráticas, com obsessão pelo segredo, desprezo ao direito de defesa, um juiz normalmente solitário (assim como o inquisidor descrito por Cordero)”⁹⁵. Luis Flávio Gomes igualmente trata de diferenciar as figuras, considerando que o juiz das garantias brasileiro se aterá à legalidade da investigação, sem, no entanto, presidi-la, tal como ocorre dos ditos juizados de instrução característicos do sistema misto e que são utilizados em outros países:

O juiz das garantias (projetado), de outro lado, não tem nada a ver com o juiz ou juizado de instrução (da Espanha e França, v.g.). O juiz das garantias não vai presidir o inquérito policial, isto é, vai apenas cuidar da sua legalidade assim como do respeito aos direitos e garantias fundamentais do indiciado ou suspeito. A figura do juiz das garantias não extingue o inquérito policial ou outro procedimento investigatório (levado a cabo por quem de direito, de acordo com a lei – CPP, art. 4º, parágrafo único).⁹⁶

Antecipando-se às possíveis críticas que podem ser direcionadas ao juiz das garantias, Gomes entende que aqueles contrários à alteração com o fundamento de que o Projeto estará apequenando as funções do juiz, ao retirar-lhe a possibilidade de buscar a verdade dos fatos, possuem uma noção errada do papel a ser desempenhado pelo magistrado. Entende o jurista que o juiz que vai atrás da verdade do fato “sobretudo na fase investigatória, perde completamente sua imparcialidade e, claro, não pode presidir a fase processual (propriamente dita), sob pena de nulidade absoluta”.⁹⁷

Relacionando justamente o papel do magistrado no processo penal com a inauguração desta figura nova em nosso ordenamento, Marco Aurélio Marraffon destaca que será preciso “um giro paradigmático na própria compreensão funcional dos juízes no processo penal” na medida em que a figura do juiz das garantias “exige uma atuação comprometida com o sistema acusatório”. Aliado a isto, o autor coloca que será imprescindível o “comprometimento com a efetividade dos direitos e garantias de liberdade contemplados na Constituição de 1988, sob pena de tornar eficaz o grande esforço promovido pelo legislador no sentido de adequar o novo Código aos ditames constitucionais”⁹⁸.

⁹⁵ SÁ, Priscilla Placha. Juiz das garantias: Breves considerações sobre o Modelo Proposto no Projeto de Lei do Senado 156/2009, In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 161.

⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100112112832429&mode=print> Acesso em: 15 out. 2014.

⁹⁷ GOMES, loc. cit.

⁹⁸ MARRAFON, Marco Aurélio. O Juiz das Garantias e a Compreensão do Processo à Luz da Constituição: Perspectivas desde a Virada Hermenêutica no Direito Brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda;

Entendendo que a decisão produzida no âmbito da jurisdição penal deverá ser materialmente constitucional, e que para tanto é necessário um rompimento paradigmático, Marrafon elege como indispensável a superação da confiança depositada na discricionariedade do juiz, que segundo o autor é um sujeito solipsista e enraizado historicamente, além da superação da indeterminação dos significados dos direitos fundamentais. O sobrepujamento destas crenças, na opinião do autor, se tornou “o grande desafio hermenêutico enfrentado, visto que eles se apresentam na Constituição na forma de princípios estruturantes cujo conteúdo não é facilmente determinável”.⁹⁹

Feita a devida ressalta quanto à intenção do Projeto e quanto à importância de se adotar o paradigma constitucional quando da análise da atuação do magistrado, cabe colacionar a crítica de Mauro Fonseca Andrade direcionada ao fundamento utilizado pela comissão elaboradora do texto e por parte da doutrina na defesa da instituição do juiz das garantias. Atendo-se à justificativa apresentada pela comissão elaboradora do Projeto quanto à esta inovação, o autor se preocupa em desconstruir a afirmação constante na sua Exposição de Motivos de que a instituição de um juiz das garantias era de rigor para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório. Para Andrade, o primeiro equívoco de tal assertiva está na equivocada equivalência entre sistema e princípio acusatório, ressaltando, porém, que, independente do alcance pretendido, nenhuma das situações fará com que a presença do juiz de garantias torne-se “de rigor”. É que a separação de funções inerente ao processo acusatório, da qual se depreende uma diferenciação entre juiz da investigação e juiz do processo “só tem alguma razão de ser quando há o indicativo de que o primeiro firmou seu convencimento sobre o fato que, posteriormente, será submetido à sua apreciação na fase processual”.¹⁰⁰

Outro aspecto atacado pelo doutrinador é a fundamentação de que a inversão a ser verificada do instituto da prevenção mostra-se necessária para assegurar a imparcialidade do magistrado que atuará na fase processual. No ponto de vista de Andrade, esta ideia generalizada de que juiz preventivo é juiz contaminado não é coerente ao passo que cria um duplo critério de aferição da imparcialidade para os juízes nacionais:

Um primeiro critério para o processual civil, onde não há qualquer problema quanto ao fato de o juiz conceder liminar em uma cautelar preparatória, ou conceder antecipação de tutela (onde se antevê o mérito!), e, mesmo assim, ser o julgador do

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 101.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 102.

¹⁰⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **O sistema acusatório proposto no projeto de novo Codex Penal Adjetivo**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n° 65, p. 67-97, jan./abr. 2010.

processo; e um segundo critério para o processo penal, onde contaminação judicial passa a ser entendida como tomar conhecimento, ao invés de firmar convencimento.¹⁰¹

A crítica continua mais incisiva quando o autor afirma que ninguém menos que o próprio projeto trata de contrariar os postulados que ele mesmo traçou, ao admitir, em duas situações distintas, que o juiz das garantias seja o mesmo do futuro processo, quais sejam, nas infrações de menor potencial ofensivo (artigo 16, caput) e na tramitação das ações penais originárias (artigo 302, inciso I). Diante deste quadro, Andrade aponta mais uma vez que se o próprio ordenamento relativiza o conceito e o significado de imparcialidade judicial ao permitir situações como as mencionadas, a adoção da figura do juiz das garantias não pode ser considerada “de rigor” para a implementação do processo acusatório.

O autor inclusive preocupou-se em revisitar algumas jurisprudências do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)¹⁰² emanadas nas últimas décadas, a fim de refutar outra afirmação encontrada na doutrina, de que o dito Tribunal tem decidido que o juiz atuante na investigação estará com sua imparcialidade comprometida. Após a análise dos casos concretos que serviram de base para as decisões da corte europeia, concluiu o jurista que “os critérios nacionais, estabelecidos para preservar a imparcialidade dos juízes criminais brasileiros, estão completamente corretos e adequados, ao menos sob a perspectiva daquele tribunal e dos direitos humanos”¹⁰³. Em suma, a opinião de Andrade é que nos casos em que o magistrado apenas confere impulsos de caráter estritamente instrumental no procedimento policial, em situações que não envolvam a análise de mérito, não se estará diante de um juiz contaminado, sendo, portanto a adoção desta separação de funções algo prescindível em nosso país.

Na visão de Abel Fernandes Gomes a própria nomenclatura *juiz das garantias* constitui-se em verdadeira tautologia, “do momento em que expressa discurso vicioso, inútil e repetitivo, porquanto a existência do juiz já é, histórica e essencialmente, senão a mais importante, uma das mais relevantes garantias conquistadas pela humanidade”, para o Desembargador Federal que também é diretor da AJUFE, a investidura de um cidadão na autoridade pública de julgar segundo regras constitucionais e leis editadas pelo Poder Legislativo já traz em si “a garantia ao cidadão de que no processo penal sua função não se há de confundir com a função daquele órgão de outro Poder concebido constitucionalmente para perseguir o fato criminoso”, e que por isso, “mesmo diante da acusação estatal ou privada a ser deduzida e apurada perante o Poder

¹⁰¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **O sistema acusatório proposto no projeto de novo Codex Penal Adjetivo.** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n° 65, p. 67-97, jan./abr. 2010.

¹⁰² Caso Saraiva de Carvalho versus Portugal, Caso Nortier versus Países Baixos (1993), Caso Padovani versus Itália (1993), Caso Sainte-Marie versus França, Caso De Cubber, no Caso Piersack (1982).

¹⁰³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **O sistema acusatório proposto no projeto de novo Codex Penal Adjetivo.** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n° 65, p. 67-97, jan./abr. 2010.

Judiciário, alguém estará constituído para julgá-lo segundo regras de direito. Nisso, o juiz já é garantia.”¹⁰⁴

Na opinião do jurista o texto projetado ignora a concepção assumida pela figura do juiz no desenvolvimento histórico e filosófico da função judicial, contrariando inclusive a própria orientação da Constituição da República na sua compreensão *garantista* integral. Ao focar que o juiz deve sempre assegurar direitos individuais do réu, impondo ao magistrado o compromisso de garantir preferencialmente o interesse individual do investigado em qualquer circunstância, o Projeto passa por cima da “jurisdição como garantia fundamental do cidadão e da coletividade, tal como inserido de forma pétreia no inc. XXXV do art. 5º da CRFB”. Neste prisma, discordando do modo como foi inserido o *juiz das garantias* no Projeto e da carga ideológica que entende haver sob sua figura, o autor leciona o seguinte:

Somente por meio de um processo que marcha com olhos nos dois interesses públicos em cotejo: direito individual do acusado a um processo justo e direito coletivo (e/ou do lesado ou ofendido) a que se apure de modo eficaz e mediante os meios legalmente admitidos, a prática da infração penal, é que se pode alcançar a justiça que cabe a cada um, consubstanciando, assim, um garantismo penal integral, que se aglutina tão somente na denominação: JUIZ¹⁰⁵

Tal como Mauro Fonseca Andrade, Abel Gomes mostra-se contrário à corrente de pensamento que apoia a instituição do juiz de garantias entendendo que quando o magistrado tiver que realizar qualquer juízo que tangencie o pressuposto da existência da infração penal e os indícios de sua autoria para decidir sobre medidas provisórias estará agindo fora do princípio acusatório previsto na Constituição. Afirma, para tanto, que o fundamento apresentado acaba contrariado pelo próprio Projeto, porquanto após ajuizada a ação penal caberá ao juiz responsável pelo julgamento decidir sobre as mesmas questões anteriormente decididas pelo magistrado das garantias. Além disso, este juiz competente para o processo e julgamento da ação penal poderá rever as decisões tomadas pelo juiz das garantias na fase pré-processual, para o que “terá que refazer as mesmas avaliações de pressupostos de existência da infração, indícios de autoria e necessidade das medidas, sem que seja para decidir o mérito. Neste ponto, o PLS n. 156/09 tangencia a criação de um novo recurso: a revisão daquilo que decidiu o juiz das garantias pelo juiz que atua posteriormente à denúncia”. Neste ponto é que reside, no ponto de vista do autor, o esvaziamento da fundamentação trazida pelo Projeto para esta “estrutural modificação do processo penal brasileiro”, ao passo em que algum momento será possível “ao juiz competente para o julgamento, ter que formar convicção prévia e decidir sobre pressupostos

¹⁰⁴ GOMES, A.. “JUIZ DAS GARANTIAS”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, América do Norte, 1429 03 2011. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1417/1389>> Acesso em: 11 nov. 2014.

¹⁰⁵ GOMES, loc.cit.

de algumas medidas que, necessariamente, estão ligadas à verificação da existência do crime e de indícios suficientes da autoria”, seja inclusive pelo fato de que será atribuído ao juiz da sentença a competência para o recebimento da denúncia, ocasião em que avaliará os elementos da justa causa para a ação penal, “o que não deixa de lançar luzes na alta probabilidade de que o fato delituoso existe, é típico e o denunciado é o seu autor.”¹⁰⁶

O Comitê de Análise do Projeto de novo Código de Processo Penal do Conselho Nacional dos Procuradores de Justiça (CNPJ) faz, por seu turno, uma crítica muito mais específica em relação ao juiz das garantias tal como previsto no texto em análise, mostrando-se contrário à alguns pontos singulares. Para melhor entendimento do que o comitê representante dos membros do *parquet* desaprova no texto é preciso ter em mente que as competências atribuídas ao juiz das garantias estão elencadas nos incisos I a XVII do artigo 15 do Projeto, e preveem, desde o recebimento do auto de prisão em flagrante e das decisões sobre os pedidos interceptações e quebras de sigilo, até o julgamento de *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia.

Neste sentido, dentre os dezessete incisos do artigo, tem-se que o inciso IX prevê a possibilidade do juiz determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento, enquanto o inciso X confere ao juiz a possibilidade de requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação e o inciso XIV a de arquivar o inquérito policial. O documento elaborado pelo referido órgão aponta que os referidos dispositivos (incisos IX, X e XIV) extrapolam as funções do juiz de garantias pretendido pelo novo Código, alegando, inclusive, que tais disposições ferem o sistema acusatório adotado pela legislação pátria ao violar atribuições constitucionalmente atribuídas ao Ministério Público.

A comissão formada pelo CNPJ rechaça tais possibilidades alegando que ao juiz não cabe conduzir o inquérito policial quando há órgão legitimado para este fim e com funções necessariamente distintas das do julgador. Amparado no artigo 129 da Constituição da República, que determina que o Ministério Público promoverá privativamente a ação penal pública (inciso I) e que a ele caberá o controle externo da atividade policial (inciso VII), e entendendo que o *parquet* é o destinatário da prova produzida na fase inquisitorial, o parecer elaborado pela comissão insiste que, ao usurparem funções específicas do ente ministerial, os incisos já destacados padecem de vício de inconstitucionalidade.

¹⁰⁶ GOMES, A.. “JUIZ DAS GARANTIAS”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, América do Norte, 1429 03 2011. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1417/1389>> Acesso em: 11 nov. 2014.

No ponto de vista do documento, é o Ministério Público que deverá eleger pelo ajuizamento da ação penal, pelo seu arquivamento, ou, ainda, pela necessidade de realização de diligências complementares para a elucidação do fato. Dando sequência ao argumento de o juiz das garantias tal como augurado pelo Projeto viola preceitos constitucionais, a comissão assevera que as alterações trazidas ferem o princípio da inércia da jurisdição e, assim, o sistema acusatório brasileiro:

Contrariam, também, o sistema acusatório brasileiro, fundado na imparcialidade do julgador, na medida em que violam o princípio da inércia, segundo o qual o juiz só age mediante provocação da parte, sob pena de comprometimento de sua imparcialidade (artigos 5º, incisos LIII, LV, 92 e 126 da Constituição Federal), garantia de um processo justo.¹⁰⁷

Fica, portanto, clara a preocupação do Ministério Público em afirmar o descompasso dos incisos que preveem a possibilidade do juiz das garantias agir sem provocação com aquilo que justamente serve de embasamento para a implementação desta nova figura, nomeadamente, a efetivação de um sistema acusatório.

Outro aspecto que parte da doutrina entende fugir do que se entende por processo acusatório é o momento previsto no Projeto para que cessem as atribuições do juiz das garantias e quando será o primeiro “encontro” do juiz da causa com feito. O artigo 16 do Projeto prevê que a competência do juiz das garantias cessa com a propositura da ação penal, ou seja, com o oferecimento da denúncia, esta já será endereçada ao juiz que julgará o mérito. No entanto, Rubens Casara entende que em atenção ao princípio acusatório, o ideal seria que a cessação da atribuição do juiz das garantias somente “se desse após o juízo de admissibilidade da acusação que, para comprovar a seriedade da imputação (justa causa), exige que o órgão judicial conheça de elementos de convicção produzidos, em regra, unilateralmente pelo Estado-Administração”. Segundo o autor, ao valorar elementos inquisitoriais, produzidos e finalisticamente dirigidos ao órgão acusador, “o juiz que irá julgar o caso penal comprometerá sua imparcialidade”. Neste quadro, o processo perde-se em relação à efetividade do princípio acusatório, descumprindo a estratégia no item III da exposição de motivos que fala em um distanciamento do juiz que julgará o mérito. Se o objetivo era assegurar a imparcialidade do juiz da causa evitando que este externasse qualquer juízo de valor que indicasse em posicionamento, no momento em que ele

¹⁰⁷ CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA. **Análise do projeto de lei 156/2009 do Senado (PL 8.045/2010 na câmara), que institui o novo código de processo penal.** Comissão de acompanhamento legislativo e prerrogativas institucionais. 2011. Disponível em: <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=4&Itemid=20> Acesso em: 15 out. 2014.

terá de decidir quanto à admissibilidade da denúncia, terá, inevitavelmente exarado um pré-juízo quanto ao fato.¹⁰⁸

Não obstante esta possibilidade levantada pelo Ministério Público de que algumas disposições do artigo 15 do Projeto violariam o próprio sistema acusatório por ele pretendido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho põe-se completamente favorável ao que está no Projeto. Analisando a instituição do juiz das garantias pelo prisma da vedação à iniciativa probatória, aduz que “não faz sentido continuar como hoje, inclusive diante desse artigo 156 da reforma parcial de 2008, pelo qual ele pode mandar produzir prova na fase preliminar da investigação e sem que existe processo, muito menos ação penal”¹⁰⁹. O autor, que integrou a comissão de juristas que elaborou o Projeto, coloca que na nova estrutura proposta o juiz das garantias terá competência para decidir sobre as questões que incidam sobre os direitos e garantias individuais surgidas ao longo da investigação. Miranda Coutinho leciona, ainda, que desta maneira o juiz ficará em posição equidistante dos interesses e dos pedidos das partes, controlando o respeito à ordem posta, começando por aquela constitucional.¹¹⁰

Ainda que no plano teórico a figura do juiz das garantias possa despertar elogios e críticas, dependendo do ponto de vista e dos interesses envolvidos, para Alexandre Morais da Rosa é inegável que a efetivação da imparcialidade e da inércia pretendida com a adoção dos preceitos acusatórios e constitucionais dar-se-ão na medida em que a conduta dos indivíduos que exercem a jurisdição seja neste sentido. Fazendo uma análise mais geral sobre a alteração legislativa, o autor faz esta ressalva de que a condição para o sucesso da inovação está fundamentalmente neste aspecto:

O Projeto do CPP reposiciona o juiz num lugar específico na estrutura, aparta-o da gestão da prova, mas parece que não é assimilado pelo senso comum teórico que demanda para que ele retorne as rédeas, assuma suas funções de pontuar a Verdade, paranoica. Enfim, o processo de dessubstancialização do lugar do juiz não depende de uma alteração processual, embora possa auxiliar. Depende fundamentalmente de uma postura. É isso que se espera. Só o tempo dirá se teremos êxito.¹¹¹

¹⁰⁸ CASARA, Rubens R. R. Juiz das garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto da repressão. In: In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 175

¹⁰⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Novo Código de Processo Penal**, 04 mai. 2010. Entrevista concedida ao Jornal Carta Forense. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/entrevistas/novo-codigo-de-processo-penal/5550>>. Acesso em: 15 out. 2014.

¹¹⁰ COUTINHO, loc. cit.

¹¹¹ ROSA, Alexandre Morais da. Quando se Fala de Juiz no Novo CPP de que Juiz se Fala? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 129.

2.2 O crescimento da justiça negociada com a adoção de um novo procedimento sumário: o acordo, a barganha, o cumprimento de pena baseado na adorada confissão da inquisição e a violação de direitos e garantias fundamentais constitucionais informadores do modelo acusatório

Amparada na bandeira da celeridade processual e na atual exigência de um processo mais efetivo, a Exposição de Motivos do PL nº 156/09 justifica a impactante mudança do procedimento sumário demonstrando, primeiramente, que somente será mantida sua nomenclatura usual, modificando-se absolutamente seu conteúdo, que passará a prever a imediata aplicação de pena mínima ou reduzida quando confessados os fatos e ajustada a sanção entre acusação e defesa. Assim, a “sumariedade do rito deixa de se localizar no tipo de procedimento para passar a significar a solução final e célere do processo, respeitando-se a pena em perspectiva, balizada pelo seu mínimo, com a possibilidade de ser fixada abaixo dele”¹¹². O novo procedimento sumário ficará, assim, delineado a partir de tão somente dois artigos, que o determinam da seguinte maneira:

Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.

§ 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§ 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

§ 5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.

§ 6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.

§ 7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.

¹¹² BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009. 133p. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2014.

§ 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

Art. 284. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.¹¹³

Trata-se, portanto, de um acordo realizado entre as partes, acusação e acusado, a fim de se extinguir o feito sem a necessidade de se desenvolver a instrução processual, com a imediata aplicação de pena. Para tanto, o Ministério Público passa a ganhar um certo “poder de barganha” para conseguir do acusado a imprescindível confissão, no sentido de que será possível delimitar/oferecer a pena no seu mínimo e, até, abaixo dele.

Importa salientar que a entrada da justiça negociada no ordenamento pátrio deu-se com a promulgação da Constituição Republicana em 1988, onde, no inciso I do artigo 98, passou a estar prevista a instituição de um procedimento predominantemente oral, no qual seria possível a promoção de uma transação entre Ministério Público e suposto autor do fato. Rompeu-se, assim, com a estrutura rígida do processo penal vigente até então, sendo criada uma alternativa mais simples e eficaz para as infrações de menor potencial ofensivo. A regulamentação desta nova previsão coube à Lei 9.099 de 1995 que, ao tratar dos Juizados Especiais Criminais, inaugurou o modelo de justiça consensual em território brasileiro, trazendo consigo os institutos da composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo.¹¹⁴

À época, a adoção de tais medidas foi justificada na necessidade de descongestionar a máquina judiciária, em vista do grande número de processos decorrentes do aumento da criminalidade. Primando pela maior rapidez do trâmite processual, visava-se, inclusive, diminuir o custo do sistema judiciário.¹¹⁵

O Projeto de novo Código busca, nesta senda, elevar o alcance e a profundidade que a justiça negociada terá no ordenamento processual penal, aumentando o leque de situações em que tal procedimento poderá ser adotado e, conseqüentemente, o número de procedimentos que poderão ter suprimidas a fase de instrução e que terão seu fim mais rapidamente.

Olhando com bons olhos o novo rito sumário, principalmente por entender que se trata de uma busca à eficiência da repressão criminal, Rafael Paula Ferreira Costa aponta que a

¹¹³ BRASIL. Projeto de Lei n. 8.045 de 2010. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=44C9D15C551F300F96DAFCFA8AEDFDB2.proposicoesWeb2?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 20 jun. 2014.

¹¹⁴ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; DUARTE Hugo Garcez. Justiça consensual e democracia: racionalidade e tutela dos direitos humanos (fundamentais). **CONPEDI**, Belo Horizonte p. 6843-6858. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/hugo_garcez_duarte.pdf>. Acesso em: 09 out. 2014.

¹¹⁵ MARQUES, loc. cit.

adoção deste procedimento é tendência mundial¹¹⁶, colocando que “estamos diante de clarividente afastamento do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, corolário da obrigatoriedade, aproximando o processo penal pátrio do axioma da oportunidade.”¹¹⁷ Na visão de Fábio Moreira Ramiro, o *novel* procedimento sumário não é um procedimento em si, mas sim um incidente dentro do próprio procedimento ordinário que, uma vez levado a efeito, importa o julgamento antecipado, sem necessidade de colheita de provas.¹¹⁸

Apoiando a instituição do novo rito, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho tenta indicar como positivo o fato de que o novo procedimento sumário, em muitos casos, servirá bem ao interesse de ambas as partes (acusação e acusado):

Para a acusação, será um processo a menos a ser sustentado no foro, abrindo-se espaço para os casos penais mais graves e, por outro lado, não será necessário se ter um processo por casos de bagatela ou, pelo menos, de médio porte, os quais ocupam tanto tempo, como se sabe, como aqueles dos casos graves; por evidente que se cumpridos os requisitos. Para o réu, a pena acertada poderá vir abaixo do mínimo legal, afastando o risco do cumprimento em prisão, se o processo continuar e for condenado.¹¹⁹

Neste mesmo sentido é a fala de Queirós Campos ao tratar dos benefícios que podem ser auferidos pelas partes, utilizando para o seu raciocínio o procedimento tal como é adotado no direito estadunidense, referindo que, enquanto para a acusação garante-se a condenação, diminuem-se os custos estatais e evita-se expor a vítima à experiência de testemunhar em juízo, para o réu, reduzem-se os gastos com o prosseguimento do processo e assegura-se maior certeza sobre o desfecho de seu caso, além de que seria dispensado de sofrer as agruras típicas de um processo judicial.¹²⁰ O autor alhures considera, ainda, a justiça consensual um “reflexo claro de uma orientação político-criminal de intervenção mínima do direito (e sistema) punitivo, preocupada em extrair maior eficácia de todo o sistema penal, e, por conseguinte, propiciar as finalidades de prevenção geral (vetor funcionalidade).”¹²¹

Inspirado na mais expressiva manifestação do consenso no direito processual penal, o instituto assemelha-se ao *plea bargaining* (pleito de barganha) estadunidense, medida de política

¹¹⁶ O autor cita como países que adotam tal sistemática: Estados Unidos, Alemanha, França, Itália, Inglaterra, Portugal, Japão, Suécia, Noruega, além de nossos vizinhos Paraguai e Bolívia.

¹¹⁷ COSTA, Rafael Paula Parreira. A barganha no projeto do novo Código de Processo Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3796, 22 nov. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25927>>. Acesso em: 12 out. 2014.

¹¹⁸ RAMIRO, Fábio Moreira. O procedimento comum. In: MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ARAÚJO, Fábio Roque (coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 339-363.

¹¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Novo Código de Processo Penal**, 04 mai. 2010. Entrevista concedida ao Jornal Carta Forense. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/novo-codigo-de-processo-penal/5550>>. Acesso em: 15 out. 2014.

¹²⁰ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: Entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custus Legis**, Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custolegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 16 out. 2014.

¹²¹ CAMPOS, loc. cit.

criminal prevista no direito positivo norte-americano há mais de quarenta anos, assim conceituada por João Gualberto Garcez Ramos:

“O *plea bargaining* nada mais é do que um mecanismo pelo qual as partes – Estado, por intermédio de seu promotor, e o acusado – pedem ao juiz a prolação antecipada de uma sentença, de vez que chegaram a um acordo acerca de definição jurídica do fato e de sua atribuição ao acusado. Nessa barganha, poderão acordar que o promotor deduzirá em juízo acusação por um fato diverso do efetivamente ocorrido e que o acusado confessará a prática desse fato, desde que haja interesse convergente a respeito”.¹²²

Gabriel da Silveira de Queirós Campos, entretanto, faz uma ressalva. Segundo ele o modelo proposto no Projeto não pode ser plenamente equiparado com o procedimento adotado nos Estados Unidos, pois no desenho do que é pretendido para ser implantado no Brasil não haverá margem de manobra tão grande por parte do ente ministerial. No que está estipulado no Projeto, o Ministério Público ficará adstrito aos elementos de prova que dispuser para formular sua acusação, ficando impedido, desta maneira, de imputar ao acusado fato mais grave do que o cometido a fim de facilitar sua barganha, o que é comum na prática norte-americana. Ficará, portanto, a discricionariedade do Ministério Público vinculada aos exatos limites da legalidade.¹²³

Isso quer dizer que a diferenciação entre a ampliação do instituto da justiça negociada pretendida para o ordenamento pátrio e o mecanismo do *plea bargaining* adotado nos Estados Unidos pode ser auferida pelo grau de flexibilização do princípio da obrigatoriedade em virtude de um maior espaço de aplicação do princípio da oportunidade em cada uma das duas realidades. Sob o ponto de vista de Rosimeire Leite, o princípio da obrigatoriedade traduz o poder/dever do Estado de punir aqueles que desrespeitam as normais penas. De acordo com a autora, “a partir do momento em que o sistema jurídico opta por criminalizar uma conduta, seria inadequado fazer concessões em torno da persecução penal, pois essa postura poderia trazer prejuízos para o interesse social na punição dos infratores”¹²⁴.

Para Aury Lopes Junior, o princípio da obrigatoriedade se traduz no dever que o Ministério Público detém de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação, o “dever de agir faz com que não exista margem de atuação entre denunciar, pedir diligências

¹²² RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de Direito processual penal norte-americano... In O Projeto do novo Código p. 353.

¹²³ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: Entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. **Custus Legis**, Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 16 out. 2014.

¹²⁴ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/>>. Acesso em: 21 out. 2014.

complementares ou postular arquivamento”¹²⁵. Na doutrina do professor Pacelli, o referido princípio obsta a reserva ao ente ministerial de qualquer discricionariedade, não lhe sendo atribuído “qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal”¹²⁶.

A flexibilização deste princípio começou a ocorrer em diversos países que adotam o *civil law* como consequência da explosão da chamada criminalidade de bagatela, e, no Brasil, pode ser visto com a instituição dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.¹²⁷ De fato, a partir da Lei nº 9.099 a rigidez da ideia de obrigatoriedade começou a ser amenizada, com a prescrição de situações restritas e devidamente disciplinadas onde haveria margem de negociação entre o órgão acusador e o imputado.¹²⁸

Um dos argumentos utilizados para a possibilidade de relativizar o princípio da obrigatoriedade está, conforme aponta Queirós Campos, na sustentação de que a legalidade, no processo penal, “não significa obrigatoriedade no exercício da ação penal pública, mas sim indisponibilidade do *interesse público* depositado nas mãos do titular da *persecutio criminis* (o Ministério Público)”. Esta ideia de que o indisponível não é a ação em si mas o interesse público do seu exercício significa reconhecer “a existência de diversas situações em que o interesse público recomenda o não-exercício da ação penal (inutilidade da sentença condenatória por inevitabilidade da prescrição retroativa, excesso de demanda dos serviços judiciários com a necessidade de eleição de prioridades na formulação das acusações etc.)”, conseqüentemente, há a possibilidade de atuação ministerial igualmente baseada no princípio da oportunidade.¹²⁹

É inegável, porém, que mesmo com o avanço do mecanismo da justiça consensual trazido pelo Projeto, permanece a necessidade do Ministério Público atuar dentro das limitações ditadas pela legalidade, com mecanismos de controle da discricionariedade que lhe é conferida, a fim de que não haja excessos nem violação do princípio da igualdade na condução dos casos criminais. Este é o principal fator que difere, no ponto de vista de Queirós Campos, a justiça negociada brasileira daquela norte americana, pois “vigora naquele país o princípio da

¹²⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 387.

¹²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. ed. 17. São Paulo: Atlas, 2012. p. 124

¹²⁷ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/>>. Acesso em: 21 out. 2014.

¹²⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 386.

¹²⁹ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: Entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custus Legis**, Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custolegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 16 out. 2014.

oportunidade, sob a forma de discricionariedade pura”¹³⁰, enquanto no Brasil se está diante de um princípio da oportunidade regrada, “onde o próprio sistema prevê requisitos para que o órgão de acusação ou, eventualmente, o órgão jurisdicional, possam atuar por critérios de oportunidade”. Em outras palavras, considera o autor que seria “o princípio da legalidade operando com a peculiaridade de autorizar a atuação da acusação com uma certa dose – devidamente regulamentada – de oportunidade (discricionariedade)”.¹³¹

Em que pese a preocupação de tornar o novo procedimento sumário em uma ferramenta a favor da celeridade processual e em prol de suposta efetividade da repressão criminal, há de se notar que além da discussão entre a oposição dos princípios da obrigatoriedade e da oportunidade, existem alguns aspectos quanto à adoção deste modelo de aplicação da justiça trazido pelo Projeto de novo Código de Processo Penal que geram fervorosas críticas e apontamentos. Antecipando os embates ideológicos e doutrinários referentes à justiça negociada, cabe colacionar a manifestação de Pacelli, relator do Projeto de novo Código, no seu Curso de Processo Penal, quando diz que o modelo consensual de justiça é alvo de críticas de toda ordem, sobretudo quando ainda atrelado à imposição de penas, e que “em tema de processo penal, em que o que está em risco é a liberdade individual, ou os direitos e garantias tradicionalmente assegurados, a questão pode ser dramática”.¹³²

2.3 O problema da verdade consensual e as violações a direitos e garantias fundamentais

É unânime que os acordos penais reduzem enormemente, ou até dispensam, a atividade probatória necessária para reconstituir, nos autos do processo, os acontecimentos da realidade fática. Ainda que após o decorrer da instrução probatória não se atinja uma verdade absoluta, é inegável que a busca de elementos que conduzam à verdade, na medida do possível, é fundamental para que se realize justiça, de modo que a “norma seja aplicada com maior grau de acerto ao conflito de interesses que surge entre Estado e o indivíduo com a prática de um delito”.¹³³

¹³⁰ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: Entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custus Legis**, Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 16 out. 2014.

¹³¹ CAMPOS, loc. cit.

¹³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. ed. 17. São Paulo: Atlas, 2012. p. 751

¹³³ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/>>. Acesso em: 21 out. 2014.

Discorrendo acerca da impossibilidade de se chegar à verdade absoluta somente mediante a colheita de provas judiciais produzidas após o fato, Luigi Ferrajoli esclarece que “a impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses jurídicas depende do fato de que a verdade ‘certa’, ou ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre um ‘limite ideal’ inatingível”¹³⁴. Significa dizer que esta verdade certa, objetiva ou absoluta deve guiar a produção probatória sem, porém, constituir-se no seu fim. Dito em outras palavras, a busca pela verdade real torna-se uma utopia a altura que não se pode fazer uma observação direta dos fatos, que não se repetem e só podem ser reconstituídos por meios indiretos.

Mesmo que seja praticamente impossível de se chegar à exata reconstituição daquilo que aconteceu na realidade, a busca pela verdade, dentro da margem de possibilidade, é indispensável para a aplicação de qualquer norma sancionadora. Esta é a visão de Marco Antônio de Barros ao dispor que “não se pode falar em efetiva produção da justiça sem que se descortine a verdade. Esta é o elemento essencial da justiça. Ambas complementam-se e formam um todo inseparável, em face do que é intrinsecamente contraditório supor que se possa administrar corretamente uma sem respeitar a outra”.¹³⁵

E é justamente no âmbito da justiça penal consensual que esta perquirição da verdade é tolhida, pois não há essa apuração detalhada do fato criminoso e de sua autoria. Em regra, somente serve de base para o acordo e para a decisão judicial aqueles elementos informativos colhidos na fase inquisitiva. Por outro lado, passa-se a conferir grande valor à manifestação de vontade do acusado aceitando o estabelecimento de uma sanção ou de uma medida, independentemente de discussões acerca do que efetivamente ocorreu. Prevalecendo o que ficou pactuado entre as partes, rompe-se com a ideia de que a aplicação de uma sanção penal deve se fundar em provas que traduzam, pelo menos, uma verdade processualmente atingível.¹³⁶

Sobre o papel da confissão neste novo procedimento, importa salientar o entendimento de Pacelli, que frisa a necessidade dela ser “checada” em juízo, uma vez que poderá, em diversas vezes e por diversos motivos não corresponder com a verdade:

“A confissão, mesmo quando prestada em juízo, deverá ser também contextualizada junto aos demais elementos probatórios, quando houver, diante do risco, sempre presente, sobretudo nos crimes societários, de autoacusação falsa, para proteger o verdadeiro autor. Posto que em situações que existe interesse afetivo, afetivo ou

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 23.

¹³⁵ BARROS, Marco Antonio de. *Apud* LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/>>. Acesso em: 21 out. 2014.

¹³⁶ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/>>. Acesso em: 21 out. 2014.

econômico o imputado poderá chamar para si a autoria da conduta criminosa, a aferição da versão apresentada pelo acusado com os demais elementos colhidos na fase de instrução é imprescindível para satisfazer minimamente a cautela exigida para aplicação de uma pena”.¹³⁷

É este confronto entre o conteúdo da confissão e os demais elementos de prova produzidos em juízo que não mais ocorrerá no procedimento sumário de justiça negociada. Elevar-se-á, portanto, o instituto da confissão à um grau de importância e valor quase que supremo, tal como ocorria na inquisição, como bem visto no capítulo anterior. Não é por menos que um dos maiores críticos deste sistema, John H. Langbein, traça um paralelo entre a justiça negociada norte-americana e a inquisição medieval europeia. Ele relembra que, entre os séculos XIII e XVIII diversas leis autorizavam o emprego judiciário da coerção física contra o acusado para dele extrair uma confissão de culpa. Ao passo que um dos requisitos para a aplicação do novo procedimento sumário é a confissão dos fatos, total ou parcial, por parte do acusado, tal como redigido pelo acusador, é pertinente esta comparação com o sistema inquisitório, abordado no capítulo anterior, onde a confissão era a prova das provas e dispensava o julgamento.¹³⁸ Com a valorização da confissão, que passará a ser negociada com o acusado com a possibilidade de aplicação de uma pena menor, em detrimento da produção probatória, a verdade consensual delineada no Projeto desafia o próprio Estado Democrático de Direito.¹³⁹

Para Aury Lopes Júnior, a superioridade do promotor, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a “segurança” do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente. Fazendo um comparativo com o que o autor vê hoje nos juizados, o autor entende que os acusados que se recusam a aceitar a transação penal ou a suspensão condicional do processo são considerados incômodos e nocivos, e sobre eles pesarão acusações mais graves.¹⁴⁰ Todos estes são fatores que, sem dúvidas, constituem-se em obstáculos no caminho da busca pela verdade dos fatos.

Dentre as variadas objeções concernentes à justiça consensual, tem-se que uma das mais graves formulada contra o instituto é a da sua inconstitucionalidade por supressão de direitos, princípios e garantias constitucionais, que se incorporaram à ideia de processo legítimo e que foram sedimentados no decorrer do tempo no intuito de prover maior dignidade ao acusado, além de protegê-lo dos abusos no exercício do poder punitivo estatal. Assim, pressupostos como a presunção de inocência, a imposição de pena condicionada à aferição da

¹³⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. ed. 17. São Paulo: Atlas, 2012. p. 753.

¹³⁸ LANGBEIN, John H., *The university of chicago law review*. Vol. 46. Nº 1. 1978 disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1599287> acessado em 16-10-2014.

¹³⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1011.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 1014.

culpabilidade e à realização de um julgamento, enfim, o direito ao devido processo legal e seus corolários são temas quase sempre questionados quando se trata da adoção de algum modelo de justiça feita através de acordos.¹⁴¹

Desde logo, relevante trazer o posicionamento de Luigi Ferrajoli, que trata de apartar o instituto da negociação do sistema acusatório em sua fundamentação teórica. Afirma, neste sentido, que as teses de que os acordos estão em sintonia com o sistema acusatório são uma “confusão entre o modelo teórico acusatório (que consiste unicamente na separação entre juiz e acusação, na paridade entre acusação e defesa, na moralidade e na publicidade do juízo) e os concretos caracteres do processo acusatório norte americano”, dentre os quais a discricionariedade da ação penal e o acordo que no entendimento do autor não possuem qualquer nexó lógico com o modelo teórico acusatório. Para o jurista italiano a negociação entre acusação e defesa é “exatamente o oposto do contraditório, que é próprio do método acusatório, e reclama, acima de tudo, práticas persuasórias consentidas pelo segredo, na relação ímpar que é própria da inquisição”. Na sua concepção o contraditório consiste no “confronto público e antagonista entre as partes em condições de paridade”, e de fato “nenhum contraditório existe entre as partes que realizam o acordo entre si em condições de disparidade”.¹⁴²

Persistindo em aliar o instituto da negociação aos preceitos característicos do sistema processual antagônico do acusatório, menciona que “os procedimentos de derrogam o juízo através dos acordos apresentam um risco de perpetuar, ou pior, de reforçar e legitimar culturas e práticas inquisitórias”. A substituição de fato da jurisdição pelas práticas negociais acaba por violar, segundo o autor, a não derrogação do juízo e as garantias que dele depreendem-se, principalmente se levada em consideração a impossibilidade da sua declinação por qualquer dos envolvidos.¹⁴³

Neste diapasão e tecendo fortes críticas aos modelos de justiça negociada, Aury Lopes Júnior aduz que realmente eles representam uma violação à garantia da inderrogabilidade do juízo, pois sua lógica “conduz a um afastamento do Estado-juiz das relações sociais, não atuando como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote o conflito”. Segundo o autor, a inderrogabilidade é garantia “que decorre e assegura a eficácia da garantia da jurisdição”, pois com a infungibilidade e indeclinabilidade do juízo certifica-se a todos o livre acesso ao processo e ao poder jurisdicional. Por esta razão, aduz o criminalista que com a adoção

¹⁴¹ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/>>. Acesso em: 21 out. 2014.

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 600.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 593.

de uma justiça negociada esse pressuposto fundamental resta violado, porquanto a repressão da pena não mais passaria pelo crivo da jurisdição e tampouco estaria submetida aos limites da legalidade.¹⁴⁴

Na mesma trilha é o que foi exposto pelo Conselho Nacional dos Defensores Públicos Gerais (CONDEGE) em nota técnica ao Projeto do novo Código elaborado por sua Comissão Criminal Permanente, repudiando veementemente a previsão do novo procedimento sumário. Para a Defensoria Pública, tal procedimento é inconstitucional, pois “derroga a garantia processual de submissão à jurisdição, garantia esta que é correlativa a da legalidade, que, correspondem o caráter cognitivo de um sistema penal”.¹⁴⁵ Completa, ainda, afirmando que esta possibilidade desafiaria o clássico princípio *nulla poena sine iudicio*, “que não permite a aplicação da pena sem declaração do juízo e, tal declaração só pode ser feita em um processo com contraditório, coleta de provas, publicidade, oralidade, a motivação dos autos judiciais e outras garantias constitucionais”.¹⁴⁶ O documento vai além, ao enfatizar o grande risco de o acusado realizar o acordo motivado pelo constrangimento:

A grande maioria das pessoas investigadas são carentes e, mesmo inocentes, frente a aflição de responder um processo penal, das consequências extra-legais do processo (como a reprovação social de estar na condição de réu, entre outras) e a insegurança de qual será a decisão judicial, poderá fazer com que o acusado confesse para compor com o Ministério Público e dar fim a sua agonia.¹⁴⁷

Retornando à doutrina de Ferrajoli, tem-se que ao tratar do princípio da inderrogabilidade do juízo na sua Teoria do Garantismo, coloca que o desenvolvimento das atividades judiciais, sobretudo as probatórias, devem seguir o rito de formalidades estabelecido no ordenamento com o escopo de servir como garantia contra o arbítrio, ao vincularem “o juiz e as partes a regras e critérios epistemológicos destinados à obtenção de uma verdade processual mínima, mas o mais possível apoiada por provas e contraprovas”¹⁴⁸. Para ele, o princípio de submissão das penas à jurisdição expressado pelo axioma *nulla poena sine iudicio* não exprime apenas a garantia da presunção de inocência do imputado, mas também a

¹⁴⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1008.

¹⁴⁵ CONSELHO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS. Nota Técnica da Comissão Criminal do CONDEGE ao Projeto de Lei nº 8.045/2010 (novo Código de Processo Penal). Comissão Criminal Permanente. 2012. Disponível em: < <http://www.defensoria.df.gov.br/wp-content/uploads/2012/09/Nota-tecnica-CPP-PL-8045-2010.pdf>> Acesso em: 20 out. 2014. p. 95

¹⁴⁶ CONSELHO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS. **Nota Técnica da Comissão Criminal do CONDEGE ao Projeto de Lei nº 8.045/2010 (novo Código de Processo Penal)**. Comissão Criminal Permanente. 2012. Disponível em: < <http://www.defensoria.df.gov.br/wp-content/uploads/2012/09/Nota-tecnica-CPP-PL-8045-2010.pdf>> Acesso em: 20 out. 2014. p. 95

¹⁴⁷ CONSELHO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS. **Nota Técnica da Comissão Criminal do CONDEGE ao Projeto de Lei nº 8.045/2010 (novo Código de Processo Penal)**. Comissão Criminal Permanente. 2012. Disponível em: < <http://www.defensoria.df.gov.br/wp-content/uploads/2012/09/Nota-tecnica-CPP-PL-8045-2010.pdf>> Acesso em: 20 out. 2014. p. 95

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 497.

norma de não derrogação do juízo quando este é ativado por uma ação acusatória que postula a existência de um crime e requer a imposição de uma pena. Significa dizer duas coisas: “que o julgamento é *indeclinável*, no sentido de que o juiz não pode subtrair-se a ele qualquer que seja o assunto a julgar”, e que ele é *infungível*, no sentido de que não pode ser substituído por outras formas de atividade cognitiva ou potestativa”.¹⁴⁹

Destarte, o doutrinador do garantismo aponta que em vista do referido princípio exige-se que “a pena seja aplicada e concretamente determinada pelo juiz quanto à sua natureza e medida, nas formas e com as garantias próprias do juízo penal (*nulla poena sine iudicio*)”. Será, portanto, decorrente do exercício deste princípio a manifestação de diversas garantias processuais, tais como a posição do juiz como terceiro e sua separação do órgão de acusação, a presunção e inocência do imputado até que sobrevenha sentença definitiva de condenação, o ônus da prova a cargo da acusação, a legalidade e a publicidade dos processos de formação das provas e de verificação da responsabilidade penal, o contraditório e o direito do imputado à defesa em qualquer estado e em qualquer grau de jurisdição.¹⁵⁰ Por este motivo, o autor determina que “todas as sanções processuais e penais sem processo, seja porque o antecedem, seja porque se seguem automaticamente à condenação” contrastam com o princípio da submissão das penas à jurisdição.¹⁵¹

O jurista italiano ainda previa, à época em que escreveu *Direito e Razão*, que a ilusão panjudicialista, pela qual o Estado se utiliza do direito e do processo penal como remédios para toda infração da ordem social, inclusive as transgressões mais minúsculas previstas nas inumeráveis leis que são cada vez mais sancionadas, acaba por prejudicar a não derogabilidade do juízo e a obrigatoriedade da ação penal. Com o enorme número de processos em curso, é inevitável que fique ameaçado “o papel garantista da justiça penal, comprometendo-lhe a eficiência e direcionando-a a formas de direito penal máximo e autoritário”.¹⁵² Para o autor, a criação de um rito desprovido das garantias inerentes à devida submissão à jurisdição, com o enfoque claro de desafogar a máquina do judiciário e assim dar celeridade aos processos mais graves, nada mais é do que uma “justificação do sacrifício das garantias na maior parte dos processos em nome da plena satisfação em alguns outros poucos”.¹⁵³

A preocupação evidenciada por Ferrajoli desde o lançamento de sua Teoria do Garantismo Penal mostra-se atual e pertinente à nossa realidade, ao passo que Aury Lopes

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 450.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 578.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 585.

¹⁵² *Ibidem*, p. 451.

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 600.

Júnior atribui, já nos dias presentes, a adoção do mecanismo da justiça negociada justamente à esta tentativa de acelerar o trâmite de um grande número de processos que tomam conta dos nossos tribunais. Em que pese o autor gaúcho concordar que vivemos numa sociedade regida pela velocidade, entende que este fato não pode nos obrigar a tolerar o atropelo de direitos e garantias fundamentais.¹⁵⁴ Para ele, o utilitarismo processual relaciona-se à ideia de combate à criminalidade a qualquer custo, pois, em nome do interesse estatal de mais rapidamente apurar e apenar condutas e de buscar um processo penal mais célere e eficaz, as garantias processuais dos cidadãos se veem diminuídas. Em suma, é sinônimo de exclusão e supressão de direitos fundamentais, com vistas ao alcance da máxima eficiência.¹⁵⁵ O autor vai além, fazendo o alerta de que “se seguirmos nesse rumo, ampliando o espaço de justiça negociada, fulminaremos com a mais importante de todas as garantias: o direito a um processo justo”.¹⁵⁶

Luis Flávio Gomes assevera, por seu turno, que na esfera das negociações tampouco é respeitada a presunção da inocência com todas as suas implicações *ônus probandi*, porque “o status de inocente desaparece na negociação sem que a acusação tenha tido que provar suas imputações contra o acusado”. De acordo com o autor, nos acordos realizados sem o devido processo legal sequer é respeitado “o princípio da culpabilidade como critério de imposição da pena, pois dependerá mais da habilidade de negociação da defesa e da discricionariedade da acusação do que da própria gravidade objetiva do fato ou responsabilidade subjetiva do imputado.”¹⁵⁷

Não bastasse isso, Diogo Malan evidencia que a barganha prevista no Projeto também seivicia mortalmente o núcleo essencial de outra garantia, a da paridade de armas, ao hipertrofiar os poderes da acusação, que passaria, na prática, a substituir o juiz “concentrando os poderes de formular a acusação, julgar a causa e fixar a pena”¹⁵⁸. Verifica-se neste caso uma possível agressão ao próprio sistema acusatório tão valorizado pelo Projeto, ao passo que haveria uma intromissão ou substituição por parte da parte da acusação em uma função desempenhada pelo magistrado. Dando sequência ao rol de críticas dirigidas ao modelo proposto, o autor ressalta que esta sistemática suprimiria a publicidade do julgamento criminal

¹⁵⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1010.

¹⁵⁵ *Idem*. **Introdução Crítica ao Processo Penal. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 48

¹⁵⁶ *Idem*. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.1016.

¹⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio. Justiça conciliatória, restaurativa e negociada. **Material didático** da 2ª aula da disciplina Processo Penal: Grandes Transformações, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu televirtual em Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL/REDE LFG, p. 08. Disponível em: <<http://caetanoarau.dominiotemporario.com/doc/Download9.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

¹⁵⁸ MALAN, Diogo. **Sobre a condenação sem julgamento prevista no projeto de reforma do CPP (PLS nº. 156/09)**. Disponível em: <<http://www.malanleaoadv.com.br/artigos/pls.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2014.

“em favor de um procedimento de negociatas secretas entre as partes processuais”¹⁵⁹, inviabilizando assim o controle popular sobre o sistema de administração da justiça criminal. Por fim, reforça que inúmeras outras objeções poderiam ser opostas ao procedimento sumário pretendido, “seja com fundamento no caráter irrenunciável da cláusula do devido processo penal (*nulla poena sine iudicio*) e seus corolários lógicos, seja no princípio da indisponibilidade da ação penal condenatória de iniciativa pública.”¹⁶⁰

Visto que o instituto da justiça negociada atinge diversos direitos e garantias oriundas da própria Constituição da República, a discussão está, no mais das vezes, na possibilidade ou não do próprio indivíduo que está sendo acusado promover a restrição a direitos que lhe são resguardados por meio da renúncia e, caso esta expressão de vontade possa em algum momento ser aceita, cabe delimitar qual poderia ser o seu alcance. Atrelado à esta ideia, há o aspecto de que as garantias postas no texto constitucional servem não só ao interesse do indivíduo, mas à toda sociedade, fugindo da sua esfera de disponibilidade. Nas palavras de Rosimeire Leite:

O principal obstáculo para se admitir poder dispositivo sobre direitos fundamentais refere-se à ideia fortemente sedimentada de serem eles inalienáveis e irrenunciáveis. Por outro lado, afirma-se que esses direitos devem ser observados não só em garantia do titular imediato, mas de toda a sociedade, adquirindo, assim, uma dimensão objetiva, que transcende o interesse do indivíduo em particular.¹⁶¹

Surge então a questão de se é cabível, ou não, em um Estado Democrático de Direito, a concessão ao acusado de poderes dispositivos sobre direitos e garantias fundamentais aplicáveis ao processo penal. Antes de mais nada, não há como afastar a preocupação para o risco de fragilização do imputado, desequilibrando a relação com o poder punitivo estatal. Em segundo plano, vislumbra-se o interesse social na efetividade desses direitos, pois é objetivo precípuo dos direitos e garantias fundamentais a proteção da pessoa imputada ante a ameaça que a persecução penal representa para a sua liberdade. Na opinião de Rosimeire Leite, o exercício das faculdades e poderes que tal condição lhe outorga deve deixar margem para escolhas que tenham por base a autonomia pessoal e a liberdade de conduzir a própria vida, consistente em “uma esfera que permita ao indivíduo buscar a melhor maneira de reagir ao interesse punitivo do Estado, o que pode envolver a opção por concordar com restrições a determinados direitos e garantias”.¹⁶²

¹⁵⁹ MALAN, loc. cit.

¹⁶⁰ MALAN, loc. cit.

¹⁶¹ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/>>. Acesso em: 21 out. 2014.

¹⁶² LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito,

Mostrando-se contrário a esta possibilidade, Geraldo Prado alerta que os direitos fundamentais a serem feridos com a aplicação de uma justiça consensual são irrenunciáveis. Assim, não pode, nem o acusado, abrir mão do direito à defesa e à um julgamento realizado por um juiz imparcial, à vista de provas e por meio de sentença fundamentada.¹⁶³ Afora a ilegitimidade técnica, o autor também é categórico em afirmar que a “autonomia de vontade” que funda a justiça negociada é uma falácia, Prado entende que “os desníveis socioeconômicos ainda vivos na sociedade brasileira interditam a pretensão de garantir ao sujeito, principalmente ao sujeito investigado/imputado, condições de exercer plenamente suas potencialidades”, pois a realidade social em que se encontra o impede de “posicionar-se conscientemente diante da proposta de transação, compreendendo seu largo alcance como instrumento de política criminal”¹⁶⁴.

Daí decorre a importância de que o acordo oferecido pelo Ministério Público seja realizado dentro das limitações e condicionamentos ditados pela legislação vigente, além de que é imperativo ocorrer uma vigilância sobre o modelo consensual para que as renúncias aos direitos fundamentais “decorram de uma manifestação de vontade livre e consciente dos efeitos que serão produzidos no processo”. Para tanto, torna-se da maior importância a participação da defesa técnica, fornecendo ao imputado os esclarecimentos que o municiem de informações suficientes para tomar decisões, sempre tendo em mente que lhe restam outras vias de resistência, de modo que o acordo não seja, indiretamente uma imposição. Por fim, devem ser asseguradas determinadas vantagens ao titular do direito, em virtude da restrição suportada.¹⁶⁵

Justamente essa ressalva sobre a necessidade de uma defesa técnica de qualidade e efetiva é que causa temor à parte da doutrina que vislumbra um claro abuso do poder punitivo estatal nos casos em que a defesa do acusado tenha atuado de modo deficiente. Priscilla Sá sustenta que uma defesa eficiente não só é essencial para uma manifestação de vontade livre e consciente por parte do imputado, mas também para a implementação de um modelo acusatório na realidade e não só na teoria. A autora faz, inclusive, uma comparação entre o acesso à uma defesa pública e gratuita e o acesso aos demais serviços públicos, aduzindo que conseguir um Defensor Público na maioria dos estados é tão difícil quando obter atendimento na saúde

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/>>. Acesso em: 21 out. 2014.

¹⁶³ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 102.

¹⁶⁴ PRADO, Geraldo. *Apud* LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1012.

¹⁶⁵ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/>>. Acesso em: 21 out. 2014.

pública ou vaga na escola pública. Sendo assim, este “ciclo vicioso de exclusão dos mais pobres acaba por derramar sobre o acusado o ônus de uma defesa deficiente”, ou seja, “mesmo num modelo idealizado sob orientação nitidamente acusatória, os buracos podem ser gravemente preenchidos pela inquisitorialidade se não se tiver defesa efetiva”.¹⁶⁶ De forma a arrematar o universo de direitos e garantias atropeladas pela justiça dos acordos, cabe mais uma vez colacionar a lição de Ferrajoli:

Disso resulta a devastação do completo sistema de garantias: o nexos causal e proporcional entre a pena e o crime, dado que a medida da primeira dependerá, muito mais do que da gravidade do segundo, da habilidade negociadora da defesa, do espírito aventureiro do imputado e da discricionariedade da acusação; os princípios de igualdade, da certeza e da legalidade penais, não existindo qualquer critério legal que condicione a severidade ou a indulgência do Ministério Público, e que discipline o seu engajamento com o imputado; a não derrogação do juízo, que significa a não fungibilidade da jurisdição e suas garantias, assim como a obrigatoriedade da ação penal e a indisponibilidade das situações penais elididas pelo poder do Ministério Público de mandar soltar aquele que se declare culpado; a presunção de inocência e o ônus acusatório da prova, negados substancialmente – já que não formalmente – ela confissão interessada; e o papel de subordinação do indiciado em relação à acusação e à defesa; o princípio do contraditório, que reclama o conflito e a clara separação dos papéis entre as partes processuais. A própria natureza do interrogatório resulta pervertida, sendo não mais meio de instauração do contraditório por meio da contestação da acusação e a exposição da defesa, mas relação de forças entre inquisidores e inquiridos, na qual ao primeiro incumbe nenhum ônus probatório mas, apenas, a opressão sobre o segundo e registrar as autoacusações.¹⁶⁷

Torna-se, portanto, no mínimo digno de surpresa o fato do Projeto de novo Código trazer uma expansão da justiça negociada em âmbito penal, que como fora visto inequivocamente suprime direitos e garantias individuais, sendo que o próprio texto da sua Exposição de Motivos assegura que em hipótese alguma a eficácia pretendida da intervenção penal poderá estar atrelada à diminuição das garantias individuais. Nisto, o referido texto torna-se ainda mais claro ao afirmar que “a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado”. E vai além quando afirma que independente da concepção teórica utilizada para expressar o Estado Democrático de Direito, em todas elas a “afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático”. Sobre este tópico, o texto que antecede o Projeto encerra categoricamente assinalando que “o *garantismo*, quando consequente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado”.¹⁶⁸

¹⁶⁶ SÁ, Priscilla Placha. Juiz das garantias: Breves considerações sobre o Modelo Proposto no Projeto de Lei do Senado 156/2009, 1.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 601.

¹⁶⁸ BRASIL. **Senado**. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009. 133p. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2014.

Visto que o próprio texto da Exposição de Motivos do Projeto mostra-se em descompasso com aquilo que se verifica dos dispositivos e inovações constantes no que haverá de ser o novo Código de Processo Penal, resta levar em consideração a crítica partida de Ferrajoli, no sentido de que a expansão dos acordos na seara penal só tem um propósito, o de transformar “o juízo em um luxo reservado àqueles quantos dispostos a afrontar as despesas e os riscos”, considerando que o processo torna-se, desta forma, “um jogo de azar no qual o imputado, embora inocente, é colocado diante de uma escolha entre a condenação a uma pena reduzida, e o risco de um juízo ordinário que pode concluir-se com a absolvição mas, também, com uma pena enormemente mais alta”. Evidenciando sua repugnância, assevera que “o acordo não encontra outro fundamento senão o de um escambo perverso”.¹⁶⁹ Não muito diferente é o posicionamento de Aury Lopes Júnior ao considerar, em síntese, que a justiça negociada não faz parte do modelo acusatório e tampouco pode ser considerada como uma exigência do processo penal de partes, mas sim, “resulta ser uma perigosa medida alternativa ao processo, sepultando as diversas garantias obtidas ao longo de séculos de injustiças”.¹⁷⁰

¹⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 601.

¹⁷⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explanado no corpo do presente estudo, o debate relativo aos sistemas processuais penais revela-se uma etapa necessária para, a partir da compreensão de quais são os elementos fundantes de cada modelo, poder ser feita a apuração daquilo constante no ordenamento jurídico que não condiz com o sistema em evidência e que, portanto, não merece produzir efeitos contrários aos seus princípios. Foi visto, desde logo, que a própria análise do sistema processual penal adotado no Brasil passa pela compreensão do paradigma dos direitos e garantias fundamentais e do Estado Democrático de Direito. Percebeu-se, outrossim, que a simples adoção expressa de um ou outro sistema processual penal não seria capaz de findar as discussões atualmente sedimentadas na doutrina, tendo em vista que cada autor conceitua os modelos de forma diferente, incluindo e excluindo elementos conforme seu próprio critério. Nesse contexto, assim como já relatado no capítulo introdutório, imperioso endossar a posição de Mauro Fonseca Andrade quanto ao tema, exarada em seu minucioso trabalho sobre os sistemas processuais penais.

Em que pese atualmente o Brasil não adotar expressamente nenhum modelo de sistema, é possível extrair a essência acusatória que o processo penal brasileiro carrega, na medida em que pessoas distintas figuram como acusador e julgador, bem como levando em consideração que a ação penal só tem o seu início após o oferecimento de uma acusação. Essas características sempre estiveram presentes nos sistemas acusatórios, seja na antiguidade, seja na atualidade. Os demais elementos utilizados como argumento pela doutrina são variáveis, não possuindo a força necessária para, por si só, transformar o processo em inquisitivo ou misto.

Com o advento próximo de um novo Código de Processo Penal, hoje em tramitação na Câmara dos Deputados sob a nomenclatura de PL 8.045/2010, nota-se que a opção do legislador federal de adotar expressamente um modelo de sistema processual (no caso, o acusatório) é uma tentativa de avanço no sentido de aproximar a legislação infraconstitucional dos ditames do modelo acusatório, coadunando os dispositivos processuais penais da década de quarenta aos preceitos vindos da Constituição de 1988. Esta preocupação em sintonizar de modo mais satisfatório a legislação processual penal com as garantias individuais e as vedações oriundas da adoção de um modelo acusatório, em que partes diferentes desempenham papéis diversos dentro do processo, já há muito presente na doutrina, passa agora a receber uma especial atenção

por parte daqueles encarregados de elaborar o novo Código de Processo Penal. O fato de o Projeto passar a prever expressamente o sistema processual a ser seguido demonstra que o debate reproduzido neste trabalho reflete a importância que o legislador passou a atribuir a esta temática tão fortemente discutida nos bancos da academia.

Realizando-se, porém, uma aproximação das principais mudanças estruturais a serem implementadas no novo Código, com aquilo que consta na própria Exposição de Motivos do Projeto e nas produções doutrinárias que se referem à temática, surgem alguns descompassos.

Primeiramente, visualiza-se a manutenção da possibilidade do magistrado proferir *decisum* condenatório mesmo nos casos em que o órgão acusador (Ministério Público) pede a absolvição em alegações finais. Ainda que a Exposição de Motivos não tenha se preocupado em justificar a permanência de boa parte da redação do atual artigo 385 do Código de Processo Penal, apreciando os diversos posicionamentos da doutrina a este respeito fica patente que este dispositivo é um resquício da inquisitorialidade processual. Mesmo que um grupo de autores tente defender que esta possibilidade em nada ataca o modelo acusatório, boa parte da doutrina a considera uma afronta à indispensável separação das funções das partes, considerando que na hipótese daquele competente para oferecer a acusação a “retirar” no fim do processo, o órgão julgador estará extrapolando o limite de seus poderes caso profira sentença condenatória.

Ainda sobre a atuação do juiz, tem-se que a mudança de maior impacto trazida pelo Projeto é a instituição do *juiz das garantias*, magistrado que será encarregado de acompanhar a fase pré-processual norteando sua atuação pela preservação das garantias individuais do investigado. Com o advento desta nova figura haverá a completa inversão do instituto da prevenção, uma vez que o magistrado que atuar como *juiz das garantias* ficará impedido de trabalhar na fase processual. Tal alteração vem justificada pela comissão elaboradora do Projeto na necessidade de se preservar a imparcialidade do juiz que julgará o feito, afastando-o das decisões judiciais tomadas durante o inquérito, bem como na ideia de que ao atuar somente nas demandas que interfiram nos direitos e garantias fundamentais, o juiz de garantias terá vedada qualquer iniciativa probatória na fase inquisitorial.

É correto que se tente barrar o ímpeto discricionário de produção de provas por iniciativa do magistrado e, igualmente, que se tenha nesta nova figura mais uma ferramenta para assegurar a imparcialidade do julgador do mérito. Verifica-se, porém, que alguns pontos desta inovação acabam por contaminar o seu maior objetivo. Em um primeiro momento, considera-se que a possibilidade de o juiz de garantias determinar *ex officio* o trancamento do inquérito policial, bem como seu arquivamento, e de requisitar laudos e documentos ao delegado de polícia sem

provocação das partes, acaba por infringir o princípio acusatório, já que estará atuando independentemente da iniciativa do órgão a que se destina a investigação, que é o Ministério Público.

Outro problema que torna o juiz da fase preliminar ineficaz no que tange à preocupação com o distanciamento e imparcialidade do magistrado que atuará na fase processual é o fato de que será este quem receberá a denúncia e, inevitavelmente, poderá demonstrar contaminação ao externar o juízo de admissibilidade da acusação. Ademais, caberá ao juiz do feito decidir sobre as mesmas questões anteriormente decididas pelo *juiz das garantias*, podendo, inclusive, rever as que foram tomadas na fase do inquérito, o que faz cair por terra toda a preocupação de evitar que o juiz da causa profira decisões que dependam de pré-juízos em relação ao imputado e aos fatos.

Passando ao exame de outra grande inovação prevista no Projeto que afetará não só o sistema acusatório, por praticamente suprimir a figura do julgador, mas também uma diversidade de direitos e garantias processuais individuais, será a ampliação da justiça negociada do novo rito sumário. Apesar de ser inegável que no estágio atual a máquina do judiciário brasileiro está abarrotada de processos, o que confere certa lentidão na prestação jurisdicional, tem-se que a tentativa de ver as prateleiras dos cartórios criminais esvaziarem pelo simples fato de obstar o surgimento de novos processos com a aplicação imediata do cumprimento de pena negociada fere em vários sentidos o processo penal constitucionalmente idealizado.

A bandeira da celeridade e do utilitarismo não pode ser levantada mais alto do que a das garantias processuais, essenciais para a correta formação da condenação que imporá o cumprimento de pena. E mais, a possibilidade do Ministério Público poder ofertar o direto cumprimento da pena com redução de até um terço da pena mínima prevista para o delito configura-se como verdadeira fraude a favor de uma justiça preocupada muito mais em punir do que apurar as infrações. As enormes possibilidades de se cometer injustiças, com a aceitação por parte do imputado a cumprir a pena ofertada a menor do que pôr-se a risco de ser condenado a pena maior, mesmo que inocente, ou para acobertar a conduta de outrem, revelam os perigos de se adotar um modelo de justiça que atropela as garantias processuais.

Nesta senda, as garantias introduzidas no ordenamento pátrio pela Constituição Federal, e tão bem explanadas por Luigi Ferrajoli na sua teoria do garantismo penal, servem não só de proteção à pessoa do acusado, mas à própria aplicação da justiça, no momento que se utilizam também para “garantir” as etapas processuais, a paridade de condições com o órgão acusador,

o contraditório, o ônus probatório da acusação, e assim, “garantir” a própria aplicação da pena à pessoa certa pelo fato devidamente apurado, e não pelo fato devidamente acordado com o Ministério Público.

A impossibilidade/possibilidade do imputado renunciar às garantias processuais previstas na Constituição Federal também ganha contornos dramáticos ao passo que parte da doutrina entende que sequer o acusado pode abrir mão de ser julgado com o devido processo legal para ser beneficiado com uma diminuição da pena. As garantias processuais têm, assim, um caráter universal e desempenham um papel de assegurar à coletividade que a persecução criminal se dê de modo a apurar a verdade do fato, e não somente de modo a “solucionar” rapidamente todas as demandas surgidas pela própria proliferação de tipos penais. Em outras palavras, não pode o acusado ser desprovido do devido processo legal em virtude da ineficácia estatal de dar a celeridade desejada à todos os processos em curso e a sua conseqüente preocupação em “livrar-se” de alguns para poder dedicar-se melhor a outros.

A partir das abordagens realizadas, tentou-se mostrar onde o Projeto de novo Código de Processo Penal falha, de certo modo, na sua missão de proporcionar ao ordenamento a devida sintonia com o paradigma do Estado Democrático de Direito, do modelo acusatório agora expressamente adotado e das garantias processuais individuais que deles resultam. Escolhendo as principais mudanças a serem experimentadas com o advento da nova legislação processual penal, buscou-se delinear a que pontos específicos a doutrina tece suas maiores críticas e ponderações, a fim de evidenciar aquilo que poderá permanecer em desacordo com o que se considera o processo acusatório e constitucional ora abordado.

Sem pretender exaurir os todos os institutos abordados, o presente trabalho procurou cumprir sua missão de examinar onde os direitos e garantias fundamentais poderiam estar sendo suprimidas no novo Código para, assim, tentar, na medida do possível, incentivar a reflexão da importância de se ter um processo garantidor, acusatório, e justo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo Codex Penal Adjetivo. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n° 65, p. 67-97, jan./abr. 2010.

_____, **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Fábio Roque. A investigação criminal no Projeto de novo Código de Processo Penal. In MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ARAÚJO, Fábio Roque (coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

BOSCHI, José Antônio Paganella. Notas introdutórias ao PLS n. 156 – Projeto de Código de Processo Penal. In: MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ARAÚJO, Fábio Roque (coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 75-98.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 156 de 2009. **Senado**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>. Acesso em: 20 jun. 2014.

BRASIL. **Senado**. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília : Senado Federal, 2009. 133p. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2014.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: Entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custus Legis**, Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 16 out. 2014.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Resquícios do sistema inquisitivo no Projeto do novo CPP In: In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASARA, Rubens R. R. Juiz das garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto da repressão. In: In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

CONSELHO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS. **Nota Técnica da Comissão Criminal do CONDEGE ao Projeto de Lei nº 8.045/2010 (novo Código de Processo Penal)**. Comissão Criminal Permanente. 2012. Disponível em: <<http://www.defensoria.df.gov.br/wp-content/uploads/2012/09/Nota-tecnica-CPP-PL-8045-2010.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA. **Análise do projeto de lei 156/2009 do Senado (PL 8.045/2010 na câmara), que institui o novo código de processo penal**. Comissão de acompanhamento legislativo e prerrogativas institucionais. 2011. Disponível em: <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=4&Itemid=20>. Acesso em: 15 out. 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Novo Código de Processo Penal**, 04 mai. 2010. Entrevista concedida ao Jornal Carta Forense. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/novo-codigo-de-processo-penal/5550>>. Acesso em: 15 out. 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

FISCHER, Douglas. O Sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156. In: MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ARAÚJO, Fábio Roque (coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012.

GOMES, A.. “**JUIZ DAS GARANTIAS**”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, América do Norte, 1429 03 2011. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1417/1389>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100112112832429&mode=print>. Acesso em: 15 out 2014.

_____, Justiça conciliatória, restaurativa e negociada. **Material didático** da 2ª aula da disciplina Processo Penal: Grandes Transformações, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu televirtual em Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL/REDE LFG, p. 08. Disponível em: <<http://caetanoarau.dominiotemporario.com/doc/Download9.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

KHALED JR., Salah Hassan. **O Sistema Processual Penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório?**. Civitas, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

LANGBEIN, John H.. **The university of chicago law review**. Vol. 46. Nº 1. 1978. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1599287>>. Acessado em: 16 out. 2014.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/>>. Acesso em: 21 out. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. vol. 1, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 48

LUZ, Gustavo de Oliveira da. **Juiz das garantias: ainda na busca do Sistema Constitucional Acusatório**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 752. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2332>>. Acesso em: 15 out. 2014.

MALAN, Diogo. **Sobre a condenação sem julgamento prevista no projeto de reforma do CPP (PLS nº. 156/09)**. Disponível em: <<http://www.malanleoadvs.com.br/artigos/pls.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2014.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; DUARTE Hugo Garcez. Justiça consensual e democracia: racionalidade e tutela dos direitos humanos (fundamentais). **CONPEDI**, Belo Horizonte p .6843-6858. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/hugo_garcez_duarte.pdf>. Acesso em: 09 out. 2014.

MARRAFON, Marco Aurélio. O Juiz das Garantias e a Compreensão do Processo à Luz da Constituição: Perspectivas desde a Virada Hermenêutica no Direito Brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAMIRO, Fábio Moreira. O procedimento comum. In: MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ARAÚJO, Fábio Roque (coord.). **O projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 339-363.

ROSA, Alexandre Morais da. Quando se Fala de Juiz no Novo CPP de que Juiz se Fala? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SÁ, Priscilla Placha. Juiz das garantias: Breves considerações sobre o Modelo Proposto no Projeto de Lei do Senado 156/2009, In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo Código de Processo Penal: O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)**. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009.