

**O PACOTE ANTICRIME E O ART. 3º-A DO CPP: A POSIÇÃO DO JUIZ NO
SISTEMA ACUSATÓRIO, O MOVIMENTO DE REFORMA (AINDA QUE
PARCIAL) E A CONTRARREFORMA**

*THE ANTICRIME PACKAGE AND THE 3RD-A ARTICLE OF THE CRIMINAL PRO-
CEDURE CODE: THE JUDGE'S POSITION IN THE ACUSATORY SYSTEM, THE
REFORM MOVEMENT AND THE COUNTER-REFORM*

EDUARDO FRANCISCO DE SIQUEIRA

Pesquisador e bacharel em Direito pelo Centro Universitário Internacional –
UNINTER. Membro do Núcleo de Pesquisa Direito Penal e Economia – PPGD
UNINTER

BRUNO AUGUSTO VIGO MILANEZ

Especialista em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UFPR). Mestre e Doutor em
Direito Proces-sual Penal (UFPR). Professor do curso de graduação em Direito
Processual Penal da UNIBRA-SIL (licenciado). Advogado Criminalista, sócio do
Milanez & Berberi Advogados Associados

RESUMO

O denominado “*pacote anticrime*” promoveu diversas alterações no âmbito do sistema de justiça criminal, modificando regras de direito penal, processual penal e de execução penal. Em que pesem as incontáveis críticas ao *pacote* – a começar pelo fato de estar inserida em um contexto de reforma parcial do CPP – há aspectos positivos nas reformas, a exemplo da nova regra do art. 3º-A do CPP, que explicita a adoção do sistema acusatório de processo penal, vedando a iniciativa probatória *ex officio* por parte do juiz criminal, seja no curso da investigação preliminar, seja durante o processo. A mentalidade inquisitorial que impera no Brasil, porém, obsta que modificações em prol da democratização processual penal sejam aplicadas, como se verifica da decisão monocrática do Min. Luiz Fux, que liminarmente – e sem fundamento específico – suspendeu a eficácia do art. 3º-A do CPP.

Palavras-chave: Processo Penal. Sistema Acusatório. Pacote Anticrime. Gestão da prova.

ABSTRACT

The called “anti-crime package” promoted several changes in the scope of the criminal justice system, modifying rules of criminal law, criminal procedure and criminal enforcement. In spite of the countless criticisms of the package - starting with the fact that it is inserted in a context of partial reform of the CPP - there are positive aspects in the reforms, like the new rule of art. 3rd-A of the CPP, which explains the adoption of the accusatory system of criminal proceedings, prohibiting the *ex officio* evidential initiative by the criminal judge, either during the preliminary investigation or during the process. The inquisitorial mentality that prevails in Brazil, however, prevents changes in favor of criminal procedural democratization from being applied, as can be seen from the Minister Luiz Fux’s monocratic decision, which preliminarily - and without specific basis - suspended the effectiveness of art. 3rd-A of the CPP.

Keywords: Criminal Proceedings. Accusatory System. Anti-Crime package. Evidence management.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Sistemas processuais e sua relação com a prova e a verdade. 3. As vedações estabelecidas pelo art. 3º-A do CPP. 4. O movimento de contrarreforma e breves contrapontos aos argumentos contrarreformistas. 5. A decisão liminar do Min. Luiz Fux: Por que o art. 3º-A do CPP está com a eficácia suspensa? 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Há muito se diz que o melhor termômetro para medir o grau de civilidade de um povo é a forma pela qual são salvaguardados direitos e garantias individuais no processo penal (PI-SAPIA, 1985, p. 26; COUTINHO, 2008, p. 12; BETTIOL, 1974, p. 195; GOLDSCHIMDT, 2002, p. 71). Esse argumento é suficiente para que se busque um modelo processual acusatório, consentâneo com a CR/88 e seus ideais democráticos.

Em que pesem os incontáveis desacertos da Lei 13.964/19 (o denominado *pacote anticrime*), algumas das medidas aprovadas democratizam o processo penal, mesmo que inseridas no âmbito de reformas parciais, de todo criticáveis (CHOUKR, 2000, p. 101-115).

Entre os aspectos positivos do *pacote legislativo* está o art. 3º-A do CPP, segundo o qual “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

A regra não é desconhecida. O art. 4º do PLS 156/09 possui redação similar. Em sua Exposição de Motivos, compreende-se a importância do dispositivo:

[...] a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos [...]. A vedação de atividade instrutória do juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução de suas funções jurisdicionais. [...] 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. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. [...] A formação do juízo acusatório, a busca de elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto da persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional.

Essa passagem permite algumas ponderações.

Em primeiro lugar, é necessário conferir um conteúdo material ao princípio dispositivo. Nada adianta afirmar a lógica acusatória sem que se definam os seus contornos concretos. Afinal, a história demonstra que práticas autoritárias podem ser legitimadas em nome da democracia, inclusive aquela processual penal.

Em segundo lugar, a opção pelo sistema acusatório implica afastar o juiz da iniciativa probatória, incumbindo a gestão da prova, exclusivamente, à acusação e defesa. Se o processo penal deve servir como mecanismo de reconstrução dos fatos pretéritos para a formação do convencimento judicial, é evidente que o destinatário do conhecimento produzido no processo

é o juiz e os protagonistas da sua produção são as partes. Atribuir ao juiz a gestão da prova implica em indevida sobreposição de funções (COUTINHO, 2009, p. 103-115).

Em terceiro lugar, o modelo acusatório maximiza a imparcialidade, fortalecendo a equidistância do juiz em relação às partes (LOPES JUNIOR, 2016, p. 57-61).

Em quarto lugar, com o art. 3º-A do CPP, ainda que mantida a estrutura do CPP/41, abriu-se a possibilidade de filtragem de regras antitéticas ao modelo acusatório, como os arts. 156 e 385 do CPP, que legitimam, respectivamente, a iniciativa probatória de ofício do juiz, na investigação preliminar e na fase processual, bem como a condenação, ainda que o órgão do MP postule a absolvição.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS E SUA RELAÇÃO COM A PROVA E A VERDADE

A expressão “sistema acusatório” é um referente histórico, um significante, que impõe a definição de seu significado e de seus contornos concretos. No campo dogmático inexistente consenso a respeito do seu conteúdo, havendo inclusive quem questione se a dicotomia “*sistema inquisitório x sistema acusatório*” ainda se faz oportuna e necessária na modernidade (WINTER, 2017, p. 57-93).

A despeito das ponderações mais céticas, prevalece a posição que reconhece não apenas a utilidade da dicotomia, mas a imperiosa necessidade de que o modelo processual penal brasileiro sofra uma modificação radical e paradigmática, no sentido da adoção do princípio dispositivo e, conseqüentemente, da real implementação do sistema acusatório (COUTINHO, 2018, p. 63-78).

Ao se reconhecer a importância do estudo dos sistemas inquisitório e acusatório no âmbito do direito processual penal, uma forma de aproximação ao conteúdo destes significantes deve perpassar dois aspectos, quais sejam, a relação entre processo penal e verdade e a função do juiz no processo penal.

Sobre o primeiro aspecto, convém recordar que o processo penal é um mecanismo de produção de conhecimento – a respeito de um fato histórico, em tese, delituoso – com vistas ao accertamento positivo ou negativo do caso penal. Os fatos imputados na acusação jamais aportam, do ponto de vista ontológico, diretamente no processo, sendo necessário que se produzam elementos indiretos a fim de que se conheçam estes fatos e se faça possível o julgamento (MILANEZ, 2016, p. 139-140).

Estes elementos indiretos a respeito do fato são denominados provas¹. Sendo as provas os elementos determinantes para o acerto do mérito do caso penal, pode-se dizer, então, que o juiz é, por excelência, o destinatário da prova.

Neste contexto, cabe indagar se o acerto do caso penal através das provas produzidas conduz a (alguma) verdade. Trata-se, no campo da epistemologia processual penal, de uma das indagações de maior profundidade teórica e que, portanto, não possui resposta simples.

Nada impede, porém, que sejam traçadas certas linhas mestras a respeito da matéria, de modo a se delimitar, tanto quanto possível, a linha dogmática e ideológica a partir da qual se pode pensar em um sistema processual penal de matriz acusatória.

O primeiro aporte acerca do tema se refere ao fato de que o significante *verdade* não provém, originariamente, do campo jurídico, mas sim daquele filosófico. Logo, é necessário buscar na filosofia os referentes necessários para se definir de qual verdade se está a falar. E quando se transita pela filosofia, seja ela geral ou jurídica, verifica-se que o próprio conceito de verdade não é unívoco e depende, sobremaneira, do paradigma filosófico em que se está imerso².

No âmbito dos modelos paradigmáticos, é possível identificar três modelos principais de concepção da verdade, sendo o primeiro ontológico (paradigma do ser), o segundo puramente racional (paradigma da consciência ou mentalista) e o terceiro intersubjetivo (paradigma da linguagem). E como parece evidente, pensar a verdade a partir de um paradigma ou outro altera substancialmente a forma como se pensa e se projeta a verdade³.

Sem adentrar profundamente nos paradigmas filosóficos, (o escopo do trabalho é mais modesto) a identificação de múltiplos conceitos de verdade talvez seria suficiente para, em um modelo acusatório de processo penal, deixar esta noção em segundo plano para se reconhecer que a sentença penal, enquanto mecanismo de reconstrução dos fatos imputados para fins de acerto do caso penal, atinge, quando muito, uma aproximação ao que aconteceu no passado⁴.

Mas, a prática e a dogmática do processo penal ainda não conseguiram se desvencilhar da noção de verdade, havendo quem defenda a busca, através do processo penal, da verdade

¹ Sobre os conceitos dogmáticos e funções das provas, cf. Cordero (1963); Taruffo (2005).

² Sobre os diversos paradigmas filosóficos e sua relação com a verdade, cf. Ludwig (2006).

³ Uma breve incursão nos paradigmas filosóficos e nas respectivas formas de concepção da verdade em Milanez (2016, p. 132-139).

⁴ Uma possível via seria reconhecer que a sentença exprime uma certeza, na linha proposta em Carnelutti (2008, p. 606-609).

real (GOMES, 2010), da verdade formal e mesmo quem entenda que ambos os conceitos se harmonizam, em fases distintas, no processo penal (JANSEN, 2008).

Ainda que no campo semântico se busque diferenciar os adjetivos (real e formal) que qualificam o substantivo (verdade), certo é que existem, em todas essas concepções de verdade aplicadas ao processo penal, ao menos dois denominadores comuns e umbilicalmente interligados, quais sejam, a crença ilusória na possibilidade da totalidade e o ranço inquisitorial (ÁVILA, 2006, p. 43-44).

Mais do que isso, quando se acredita que o processo penal é um *locus* privilegiado de obtenção da verdade (qualquer que seja, pois o excesso epistemológico está no substantivo e não nos adjetivos), passa-se então a investir o juiz de poderes que não lhe são próprios, mormente aqueles relativos à iniciativa probatória de ofício.

Com efeito, a regra do art. 156 do CPP, prevê que o juiz criminal, ao exercer o seu poder jurisdicional, detém iniciativa probatória de ofício, tanto na fase de investigação preliminar como durante a instrução processual, para dirimir dúvida acerca de ponto relevante.

Sustenta-se que esta regra guarda direta relação com a incessante busca pela verdade processual penal, com a conseqüente retirada do juiz da posição de expectador, possibilitando que o magistrado atue em verdadeira substituição das funções de acusação e defesa (COUTINHO, 1998, p. 163-198; DIAS, 1974, p. 247; FOUCAUT, 1988, p. 36).

No limite, a possibilidade de que o juiz detenha a iniciativa probatória de ofício possibilita, como efetivamente se deu no sistema inquisitório puro do medievo, a absoluta desnecessidade e exclusão do órgão de acusação, cabendo ao juiz as prerrogativas de acusar e julgar, transformando-se o réu em mero objeto de verificação.

A partir desta linha de raciocínio, significativa parcela da doutrina pugna, há muito, o reconhecimento da inconstitucionalidade da regra do art. 156, do CPP, por incompatível com o cerne do sistema acusatório e democrático preconizado pela CR/88. E esta verdadeira cruzada doutrinária em face da inquisitorialidade do CPP encontrou, no *pacote anticrime*, um aceno positivo.

Com efeito, a regra do art. 3º-A do CPP, não apenas afirmou que o sistema processual penal brasileiro deve ser acusatório, como ainda lhe delimitou os contornos essenciais, na medida em que vedou a atuação *ex officio* do juiz na fase de investigação preliminar e, ao mesmo tempo, proibiu a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

3 AS VEDAÇÕES ESTABELECIDAS PELO ART. 3º-A DO CPP

A regra do art. 3º-A do CPP possui duas dimensões distintas e complementares.

A primeira parte do dispositivo veda toda e qualquer atuação de ofício por parte do magistrado na fase de investigação preliminar. Desta forma, o magistrado que exerce o controle de legalidade das investigações não poderá, sem requerimento expresso da autoridade policial ou do órgão do Ministério Público, determinar de ofício a realização de atos investigativos, nem mesmo a decretação de medidas cautelares, sejam elas pessoais (prisões ou cautelares diversas), reais (sequestro ou arresto) ou probatórias (busca e apreensão, interceptação telefônica etc).

Seguindo-se esta interceptação, alguns dispositivos legais teriam sido revogados tacitamente, pois incompatíveis com a teleologia da primeira parte do art. 3º-A do CPP, como é o caso do art. 156, I e do art. 127, primeira parte, ambos do CPP. Outros dispositivos, apesar de não revogados, tiveram sua interpretação facilitada, como é o caso do art. 310, II do CPP, que agora não comporta qualquer interpretação no sentido de que o juiz poderia, de ofício, converter o flagrante em prisão preventiva.

A segunda parte do art. 3º-A do CPP veda a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Em que pese o inequívoco avanço democrático promovido pelo *pacote anticrime*, ao menos nesta parte, talvez seja na segunda parte do art. 3º-A do CPP que residam os maiores pontos de crítica.

Como se percebe, a regra não contém uma vedação absoluta à iniciativa probatória de ofício do juiz durante o processo de conhecimento. Consoante se afirmou em outro ensaio sobre o tema:

Em outras palavras, a partir da vigência da Lei 13.964/2019, somente se admite, no processo de conhecimento, iniciativa probatória *pro reo* pelo juiz presidente da instrução processual. Essa é a melhor interpretação que se pode conferir ao art. 156, II do CPP (é facultado ao juiz, de ofício, “determinar, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, a realização de diligência para dirimir dúvida sobre ponto relevante), em cotejo com o novo art. 3º-A do CPP, que o veda ao juiz da fase processual, que se substituíra nas funções do órgão de acusação.

Ainda que essa pareça a melhor interpretação da segunda parte do art. 3º-A do CPP, vale dizer que tal aspecto do dispositivo legal soa um tanto quanto desnecessário, na medida em que a presunção de inocência, em sua dimensão probatória, impõe ao juiz que, nos casos de dúvida razoável, absolva o acusado. Ou seja, nos eventuais casos em que o juiz da fase processual entendesse necessário utilizar-se de poderes instrutórios de ofício, já estaria em dúvida a respeito da hipótese acusatória, dúvida esta que seria suficiente para a absolvição, independentemente da produção oficiosa de provas supostamente favoráveis ao acusado. (MILANEZ, 2020).

De todo modo, quando ponderados os pontos positivos e negativos, é inequívoco que a regra do art. 3º-A do CPP, se bem aplicada, conduziria a profundos avanços em termos de democracia processual penal.

4 O MOVIMENTO DE CONTRARREFORMA E BREVES CONTRAPONOTOS AOS ARGUMENTOS CONTRARREFORMISTAS

Há uma inequívoca dimensão política no processo penal, que avulta quando em jogo leis novas que versam liberdades públicas do cidadão investigado/acusado. No contexto, a experiência da América Latina comprova que, após movimentos de reforma das codificações processuais penais no caminho de modelos acusatórios, surgem movimentos contrarreformistas, tensionando as garantias conquistadas em prol da manutenção de práticas inquisitoriais⁵.

No Brasil, a situação não é diversa. Com efeito, ainda que nunca se tenha experimentado uma reforma integral do CPP, mesmo as reformas parciais com tendências democráticas são alvo de fortes objeções. Tão logo aprovada e publicada a Lei 13.964/19, foram ajuizadas quatro ADI's em face de alguns de seus dispositivos, com foco especial na figura do juiz de garantias. Em todas as ações se questionou, em maior ou menor extensão, o art. 3º-A do CPP:

(a) na ADI 6.298 (AMB e AJUFE), afirmou-se que o dispositivo versa matéria procedimental, havendo alteração da organização e divisão judiciárias, em violação aos arts. 24, XI e 96, I, *d*, e II, *b* e *d*, da CR/88. Os demais argumentos à inconstitucionalidade seguem a mesma estratégia, vinculando o suposto vício do dispositivo à figura do juiz de garantias (v.g. violação do juiz natural, isonomia, regime fiscal e orçamentário etc.);

(b) na ADI 6.299 (PODEMOS e CIDADANIA), sustentou-se que *'o dispositivo apresenta redação obtusa, que pode ser vista no sentido de comprometer o poder de instrução complementar do juízo'*;

(c) na ADI 6.300 (PSL), não se difere, em substância, dos argumentos da ADI 6.298 sobre questões orçamentárias e a criação de novo órgão jurisdicional. Ainda, maneja-se o curioso argumento de inconstitucionalidade ante o *'risco de impunidade'*, por se tratar de *'lei que está na contramão dos anseios da sociedade'*;

(d) na ADI 6.305 (CONAMP), tem-se o único argumento que questiona o conteúdo do art. 3º-A do CPP. Afirma-se que ao vedar *'a substituição da atuação probatória do órgão de acusação'* pelo juiz, viola-se a isonomia, pois *'o sistema acusatório se preocupa com o julgamento imparcial, que não deve ser visto somente no sentido de se impedir o desempenho de função acusatória, mas também o da função defensiva'*.

⁵ Sobre o tema, cf. Binder (2018, p. 11-31).

Muitos dos fundamentos das ADI's questionam, em realidade, a figura do juiz de garantias. Sem intenção de argumentar em favor deste instituto, esse não é o foco do texto, convém dizer, desde logo, que o art. 3º-A do CPP não se relaciona diretamente com ele.

A rigor, com o juiz de garantias se buscou uma repartição funcional de competência por fases da persecução penal, com um magistrado exercendo o controle de legalidade da investigação preliminar e outro presidindo o processo de conhecimento. Com essa providência, maximiza-se a imparcialidade, preservando-se a originalidade cognitiva do juiz do processo de conhecimento, não mais contaminado pelos atos investigativos.

Lado outro, o art. 3º-A do CPP tem finalidade diversa, qual seja, evitar a iniciativa probatória do juiz na fase de investigação preliminar e obstar que o magistrado atue, na fase processual, em substituição ao órgão de acusação. Estes objetivos podem ser harmonizados em sistemas processuais que contemplem ou não a figura do juiz de garantias, pois a regra não possui relação direta com a repartição de competências e o impedimento para que o magistrado da fase investigativa atue no mesmo processo de conhecimento.

O que o art. 3º-A do CPP faz, em realidade, é apenas explicitar a CR/88, afirmando que *juiz não investiga* – quem o faz é a autoridade policial (art. 144, § 1º, I e § 4º) e o MP (art. 129, VIII) – e *não exerce função de acusador* nas ações penais de iniciativa pública, desempenhada tal função pelo MP (art. 129, I).

A rigor, mesmo que o art. 3º-A do CPP tenha sido equivocadamente incluído no Capítulo do “*Juiz das Garantias*”, sua eficácia independe da repartição de competências. Assim, todos os argumentos deduzidos nas ADI's em prol da inconstitucionalidade do juiz de garantias – sem descurar das graves deficiências dogmáticas que ostentam – não se prestam à impugnação do art. 3º-A do CPP.

Ademais, o dispositivo não cria novo órgão jurisdicional, não inova em matéria de organização judiciária, não estabelece novo procedimento, não implica aumento de gastos com a máquina judicial, não se relaciona ao juiz natural etc.

Com essas considerações, remanesceriam nas ADI's apenas dois fundamentos específicos de contraponto ao art. 3º-A do CPP, no sentido de que o preceito: (a) reduz o poder de instrução complementar do magistrado e; (b) na parte final, viola a isonomia e a imparcialidade, ao prever que o magistrado não pode se substituir nas funções de acusador, mas, em sentido contrário, poderia fazê-lo nas funções de defesa.

No que diz com o primeiro argumento, a lógica ínsita ao modelo acusatório impõe que o juiz não possua qualquer poder de instrução *ex officio*, nem mesmo de caráter complementar

ou subsidiário, por uma razão primária: se o juiz corrigir defeitos investigativos, ordenando a produção de provas de ofício, atuará em substituição aos órgãos de investigação.

Sobre o segundo argumento, a lógica acusatória impõe que o magistrado não atue em auxílio da acusação e/ou da defesa. Assim, o argumento da ADI 6.305 parece correto – e havia sido defendido por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, quando da elaboração do art. 4º, do PLS 156/09 – porém não permite a suspensão cautelar do dispositivo, mas interpretação conforme da regra, reconhecendo-se, onde consta a expressão “órgão de acusação”, que o juiz não deve se substituir nas funções probatórias das “partes”⁶.

De todo modo, e como se vê, nenhum dos argumentos das ADI’s seria suficiente para suspender a higidez do art. 3º-A do CPP.

5 A DECISÃO LIMINAR DO MIN. LUIZ FUX: POR QUE O ART. 3º-A DO CPP ESTÁ COM A EFICÁCIA SUSPensa?

Duas decisões liminares foram proferidas nas ADI’s. Nenhuma delas abordou, especificamente, o art. 3º-A do CPP e, mesmo assim, a regra está com a eficácia suspensa.

Na primeira decisão liminar, o Min. Dias Toffoli reconheceu a constitucionalidade da regra, afirmando que a adoção de “um sistema acusatório, no qual é central a salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado” decorre da “conformação constitucional de nosso sistema de persecução penal”.

Alguns dias após, o Min. Luiz Fux revogou esta decisão e, dentre outras medidas, suspendeu, por prazo indeterminado, o art. 3º-A do CPP. No ponto, a decisão posterior contém grave defeito, por não conter absolutamente nenhum fundamento específico que possibilite a suspensão da eficácia da regra.

No plano da inconstitucionalidade formal, afirma-se equivocadamente que o art. 3º-A do CPP é “norma correlata” ao juiz de garantias, ostentando natureza híbrida, “sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária”, violando os arts. 24 e 96, da CR/88. Adiante, reforça-se que “os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária” e que “a implantação dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de

⁶ Essa possibilidade interpretativa encontra guarida na jurisprudência do STF: “Em particulares hipóteses, a fim de compatibilizar normas jurídicas infraconstitucionais de natureza penal aos comandos da Lei Maior, bem como ao próprio sistema em que se inserem, exsurge verdadeira imposição ao julgador no sentido de reconhecer que a lei disse menos do que pretendia (*lex minus scripsit, plus voluit*), a exigir seja emprestada interpretação ampliativa ao texto legal, respeitada a teleologia do texto interpretado.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

Processo Penal requer, em níveis poucas vezes visto (sic) na história judiciária recente, a reestruturação das unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos”.

No plano material, análise da liminar revela inexistir qualquer vício no dispositivo, na medida em que apresenta apenas argumentos a esgrimir a constitucionalidade dos arts. 3º-B a 3º-F do CPP: “a inconstitucionalidade material dos dispositivos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal exsurge especialmente a partir de dois grupos de argumentos: a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para a implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade.”

A decisão liminar do Min. Luiz Fux, propositadamente, analisa conjuntamente os dispositivos sobre o juiz de garantias e o art. 3º-A do CPP para não ter de apresentar nenhum argumento à suspensão deste e, mesmo assim, fazê-lo.

Não se está, por óbvio, a defender os argumentos em prol da suspensão das regras sobre o juiz de garantias. Nesse aspecto, adere-se à posição do Min. Dias Toffoli, que reconheceu, *prima facie*, a constitucionalidade dos arts. 3º-B a 3º-F do CPP. O ponto todo é que, no caso do art. 3º-A do CPP, não se sabe – pois não há motivo explícito na decisão – a razão de estar o dispositivo sem eficácia.

Com efeito, é necessário repisar que a vedação, ao magistrado, (i) da iniciativa instrutória e (ii) de se substituir nas funções do órgão de acusação, é absolutamente compatível com modelos processuais que não adotam o juiz de garantias. Em outros termos, permitir ou vedar que o juiz se substitua nas funções de investigador ou do órgão de acusação é matéria que não guarda relação necessária com o juiz de garantias.

É por esse motivo que a previsão expressa de que o processo penal brasileiro deve adotar estrutura acusatória não afeta em nada a organização judiciária, não havendo qualquer necessidade de reestruturação ou reorganização das atividades judicantes, muito menos gasto extra de recursos ou afetação orçamentária de qualquer natureza.

No mais, qualquer reflexo nos índices de impunidade, oriundo da eficácia do art. 3º-A do CPP revelaria apenas duas graves deficiências: *uma* na investigação preliminar (atribuível exclusivamente às polícias e ao MP) e *outra* na instrução processual (atribuível exclusivamente ao órgão de acusação). E permitir que as coisas sigam como estão, conferindo-se ao magistrado poderes próprios de investigação e instrução processual, contribui apenas para que o juiz criminal possa atuar como auxiliar das polícias e do órgão de acusação, realizando função que, constitucionalmente, não é sua.

Em resumo, a se negar eficácia ao art. 3º-A do CPP, ganha o movimento contrarreformista e o *status quo* inquisitorial. Os fundamentos jurídicos da “vitória” seguem, porém, desconhecidos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *pacote anticrime* promoveu diversas alterações no sistema de justiça criminal. No campo do processo penal, várias das modificações promovidas foram positivas – ainda que inseridas no contexto de reformas parciais – e caminham no sentido da democratização do processo.

Exemplo disso é a regra do art. 3º-A do CPP, que além de prever, explicitamente, que o processo penal brasileiro será acusatório, definiu os contornos do princípio dispositivo, ao vedar qualquer iniciativa de ofício, pelo juiz criminal, na fase de investigação preliminar, vedando ainda ao juiz que se substitua na função probatória do órgão de acusação no curso da fase processual.

Modificações legislativas desse porte, porém, somente mantêm sua eficácia com profunda mudança de mentalidade dos atores de justiça criminal – delegados, promotores, juízes, advogados, afinal, de nada adianta alterar o plano normativo sem uma profunda alteração cultural, algo bastante difícil em um país no qual as práticas democráticas ainda são extremamente recentes.

Mas além da mudança cultural, é necessário um esforço hercúleo para que as alterações legislativas que caminham no sentido da adoção do sistema acusatório sobrevivam ao movimento contrarreformista, ou seja, àquela parcela significativa dos atores do sistema de justiça criminal que comungam a percepção de que o direito penal, o processo penal e a execução penal servem apenas e tão somente para fins expiatórios e retributivos, e não como mecanismos de controle e contenção do poder punitivo estatal.

A decisão liminar do Ministro Luiz Fux representa este movimento contrarreformista, que antes mesmo da entrada em vigência da integralidade do pacote anticrime promoveu a suspensão liminar da eficácia de todos os dispositivos que continham algum avanço em matéria de democracia processual e, no caso específico do art. 3º-A do CPP, isso aconteceu sem absolutamente nenhum fundamento específico que pudesse legitimar a decisão monocrática.

Oxalá as ADI's sejam, o quanto antes, pautadas para julgamento pelo plenário do STF e, quando isso ocorrer, que se restabeleça a eficácia do art. 3º-A do CPP. A democracia e o sistema acusatório agradecerão!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GUALAND, Dieter Mayrhofer; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. A obsessão pela verdade e algumas de suas consequências para o processo penal. *In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. A crise no processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal.* Porto Alegre: Notadez, 2006.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e processo penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

BINDER, Alberto. El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado e dificultades. *In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonçalo (coord.). Código del Proceso Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay.* Montevideo: CEJA – JSCA, 2018, p. 11-31.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Trad. Eduardo Cambi. *GENESIS – Revista de direito processual civil*, n. 9, jul./set.. 2008, p. 606-609.

CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do Código de Processo Penal. *In: CHOUKR, Fauzi Hassan (coord.). Estudos do processo penal: o mundo à revelia.* Campinas: Agá Juris, 2000, p. 101-115.

CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prova penale.* Milano: Giuffrè Editore, 1963.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim do IBCCRIM*, n. 188, jul. 2008, p. 11-13.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 163-198.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os sistemas processuais penais agonizam? *In*: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. *Observações sobre os sistemas processuais penais*: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. v. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 63-78.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília. a. 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 103-115.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974.

FOUCAUT, Michel. *Vigiar e Punir*. 6. ed. Trad. Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1988.

GOLDSCHIMDT, James. *Princípios gerais do processo penal*. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da verdade real. *Jusbrasil*, 2010. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real>. Acesso em: 28 set. 2020.

JANSEN, Euler Paulo de Moura. A verdade formal e a real têm relacionamento harmônico. *Consultor Jurídico*, 5 jun. 2008. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-jun-05/verdade_formal_real_relacionamento_harmonico#:~:text=Os%20princ%C3%ADpios%20da%20verdade%20formal,vontade%20ou%20iniciativa%20das%20partes](https://www.conjur.com.br/2008-jun-05/verdade_formal_real_relacionamento_harmonico#:~:text=Os%20princ%C3%ADpios%20da%20verdade%20formal,vontade%20ou%20iniciativa%20das%20partes.). Acesso em: 28 set. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia da libertação*: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. Caso penal e conhecimento: limites à verdade no processo penal. *Revista ESMAT*, a. 8, n. 10, jan./jun. 2016, p. 129-148.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. Pacote Anticrime: agora o sistema é acusatório? *Canal Ciências Criminais*, 07 jan. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/pacote-anticrime-agora-o-sistema-e-acusatorio/>. Acesso em: 28 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* n. 137.888 - MS. Habeas Corpus. Direito Penal. Contravenção Penal. Vias de fato. Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. Lei Nº 11.340/2006. Artigo 226, § 8º, da Lei Maior. Direitos Humanos da Mulher. Sistema Protetivo Amplo. Interpretação da Lei. Alcance. Infração Penal – Crime e Contravenção. Combate à Violência em todas as suas formas e graus. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inviabilidade. Relatora: Min. Rosa Weber, 31 out. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC137888RW.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.

PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1985.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório *versus* inquisitório: reflexões sobre o processo penal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 57-93.

Submissão do artigo: 05/10/2020

Aprovação do artigo: 18/12/2020