

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Maurício Santos Kern

**A SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO CONTAMINADO POR PROVA ILÍCITA:
Análise do artigo 157, § 5º, do Código de Processo Penal**

Porto Alegre
2022

MAURÍCIO SANTOS KERN

A SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO CONTAMINADO POR PROVA ILÍCITA:

Análise do artigo 157, § 5º, do Código de Processo Penal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre

2022

MAURÍCIO SANTOS KERN

A SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO CONTAMINADO POR PROVA ILÍCITA:

Análise do artigo 157, § 5º, do Código de Processo Penal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

CIP - Catalogação na Publicação

Kern, Maurício Santos

A SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO CONTAMINADO POR PROVA
ILÍCITA: Análise do artigo 157, § 5º do Código de
Processo Penal / Maurício Santos Kern. -- 2022.
70 f.

Orientador: Pablo Rodrigo Alflen da Silva.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2022.

1. juiz contaminado. 2. prova ilícita. 3.
imparcialidade. 4. suspeição. 5. Anticrime. I. Rodrigo
Alflen da Silva, Pablo, orient. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UFRGS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

A todas as pessoas que estiveram comigo nesta jornada,
E a todas as bibliotecas, físicas e digitais, da UFRGS.

Nullum accusatio sine probatione.

Nulla probatio sine defensione.

Ferrajoli, Direito e Razão

RESUMO

A nova causa de suspeição do magistrado contaminado por prova ilícita, introduzida no ordenamento jurídico nacional pela Lei nº 13.964/19 determina que o julgador não poderá proferir sentença ou acórdão se conhecer do conteúdo de prova declarada inadmissível. A norma, todavia, teve sua efetividade suspensa, em razão de sua suposta vagueza e difícil implementação. Diante desta realidade, o presente trabalho se utiliza da revisão bibliográfica de obras de natureza jurídica para responder a seguinte pergunta: a nova causa de suspeição contribui ou prejudica o desenvolvimento dos princípios e garantias constitucionais? Ao fim, concluiu-se que a norma efetivamente contribui para um sistema mais confiável de processo penal, na medida em que se cria mais um mecanismo que favorece sentenças baseadas unicamente em provas lícitas.

Palavras-chave: juiz contaminado; prova ilícita; imparcialidade; suspeição; artigo 157; Anticrime;

ABSTRACT

The new cause of suspicion of the magistrate contaminated by illicit evidence, introduced in the national legal system by Law No 13.964/19 determines that a judge shall sentence if she knows the content of an evidence declared inadmissible in court. The rule, however, had its effectiveness suspended, due to its supposed vagueness and difficult implementation. Faced with this reality, the present work uses the bibliographic review of legal works to answer the following question: does the new cause of suspicion contribute to or harm the development of constitutional principles and guarantees? In the end, it was concluded that the rule effectively contributes to a more reliable system of criminal proceedings, as it creates yet another mechanism that favors sentences based solely on lawful evidence.

Keywords: contaminated judge; illicit evidence; impartiality; suspicion; article 157; anticrime.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL	12
2.1 Sistema processuais penais	12
2.1.1 Considerações iniciais	12
2.1.2 Breve recapitulação histórica da persecução penal	12
2.1.3 Sistema Inquisitório	14
2.1.4 Sistema Acusatório	17
2.1.5 Sistema Misto	20
2.2 Modelo Garantista	23
2.2.1. Considerações Iniciais	23
2.2.2 Os três conceitos de garantismos	25
2.2.3 Democracia formal e substancial	29
2.3 Princípios e garantias fundamentais	31
3. ANÁLISE DA CAUSA DE SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO CONTAMINADO POR PROVA ILÍCITA	37
3.1 Histórico e atual situação da causa de suspeição	37
3.2 A suspensão parcial da Lei Anticrime	40
3.3 A (in)admissibilidade de provas ilícitas	49
3.4 Impedimento, suspeição e incompatibilidade	56
3.5 A contaminação do magistrado pelo contato com provas ilícitas	61
4. CONCLUSÃO	65
BIBLIOGRAFIA	67

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a nova causa de suspeição do magistrado, introduzida ao ordenamento jurídico através do parágrafo quinto do artigo 157 do Código de Processo Penal, pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, para responder a seguinte pergunta: a nova causa de suspeição contribui ou prejudica o desenvolvimento dos princípios e garantias constitucionais?

A análise deste instituto busca, sem esgotar o debate sobre a matéria, e dentro das limitações de uma monografia de conclusão de curso, revisar a bibliografia presente sobre o tema, a fim de analisar sua adequação ao sistema acusatório e ao modelo garantista, bem como explorar questões específicas relacionadas à sua implementação.

O tema se mostra relevante em razão do papel fundamental exercido pelo magistrado no processo penal brasileiro, bem como nos Estados Democráticos de Direito de maneira geral. Com efeito, cabe ao julgador administrar a justiça, através da análise do processo e posterior determinação sobre a verdade no caso, conforme o livre convencimento motivado.

Diante desta realidade, a imparcialidade do magistrado se revela como questão essencial e fundamental para o adequado exercício de suas atribuições, na medida em que sua ausência poderia ocasionar, mesmo que não intencionalmente, vantagem indevida a uma das partes do litígio e gerar eventuais decisões viciadas e inadequadas.

O tema se mostra também pertinente em razão do crescente desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação, que, juntamente com novas técnicas, permitiram que as partes do processo obtenham acesso facilitado a uma ampla gama de informações, nem todas, porém, obtidas de forma válida.

Assim, na primeira parte do trabalho, será examinado o substrato teórico basilar do processo penal, os sistemas processuais em caráter ideal e concreto, e o modelo garantista. A partir desta análise, serão estudados alguns dos principais

princípios e garantias fundamentais relevantes ao tema. O objetivo desta seção é compreender adequadamente as características pertinentes e objetivos do processo penal brasileiro, a fim de melhor conceber as questões que englobam a nova causa de suspeição em sua máxima amplitude.

Em seguida, a segunda parte do trabalho busca analisar as especificidades da norma em questão, através de uma análise de seu histórico legislativo, bem como da subsequente suspensão de sua efetividade, por meio das cautelares concedidas às Ações Diretas de Inconstitucionalidade apresentadas ao Supremo Tribunal Federal. Ademais, serão também analisadas as provas ilícitas, e sua admissibilidade ou inadmissibilidade no processo penal, bem como os institutos da incompatibilidade, suspeição e impedimento. Por fim, os objetivos da norma serão objeto de análise, a fim de compreendê-la em sua real completude.

Portanto, este trabalho de conclusão de curso busca, em suma, analisar a norma tanto em seu aspecto geral quanto específico, a fim de compreender sua compatibilidade com as demais normas, princípios e garantias presentes no atual sistema processual penal nacional.

2 FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL

2.1 Sistema processuais penais

2.1.1 Considerações iniciais

Como ponto de partida para o estudo do instituto disposto no artigo 157, § 5º, do Código de Processo Penal, mostra-se relevante primeiro analisar as possíveis estruturas processuais penais, a fim de melhor compreender qual seria o sistema adotado no Brasil e, conseqüentemente, sob qual contexto o novo instituto foi incluído.

Esta análise, a qual se pretende realizar unicamente com o intuito de esclarecer, sem qualquer pretensão de analisar os diversos sistemas de maneira aprofundada, se mostra também relevante para auxiliar na compreensão teleológica da norma, na medida em que permite conceber em direção a qual sistema processual ideal os alicerces jurídicos se direcionam, bem como a forma como a nova causa de suspeição contribui para atingir este objetivo.

Diante desta realidade, é necessário primeiramente fazer um apanhado geral do desenvolvimento histórico dos sistemas processuais penais, tendo em vista que os modelos atuais, assim como os de outrora, são essencialmente fruto dos pensamentos e da cultura de sua época, bem como das forças políticas e sociais vigentes em determinado momento¹.

2.1.2 Breve recapitulação histórica da persecução penal

No que diz respeito aos sistemas processuais da antiguidade, cumpre discorrer brevemente sobre o sistema romano, tendo em vista suas profundas raízes no sistema brasileiro, bem como em todos os outros sistemas do ramo romano-germânico.

Assim, no sistema romano, o primeiro procedimento penal a ser analisado era conhecido como *cognitio*, e se baseava na *inquisitio*². Assim, desde esta época já existia a concepção da persecução penal como ato de natureza pública, tendo o

¹ MAIER, Julio B. J. **Derecho Processual Argentino**. Buenos Aires: Hamurabi, 1989. p. 45.

² TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: Bushatsky. 1976. p.31.

magistrado ampla capacidade de agir por iniciativa própria, solicitando provas e ocasionalmente atuando sem as demais chamadas “partes” do processo.

Posteriormente, os romanos desenvolveram a *accusatio*, por muitas vezes denominada *judicium publicum* ou *quaestio*³. Neste procedimento, que visava averiguar fatos penais relacionadas à ordem pública, como no caso de infrações praticadas pelos magistrados, os próprios cidadãos davam andamento ao processo, o qual dependia de uma acusação para iniciar⁴. Este sistema era completamente baseado no princípio do contraditório, o qual era exercido oralmente pelas partes, cabendo ao poder público meramente conhecer e julgar a ação. Mesmo assim, esta semente do sistema acusatório sofria com diversas dificuldades, como a dependência na iniciativa dos privados, o que ocasionava altas taxas de impunidade e de acusações falsas.

Com o advento do Império, a acusação deixou de ser praticada pelos cidadãos e passou às mãos dos agentes públicos, até ambas as funções de acusar e julgar passarem a competir exclusivamente ao magistrado.⁵ Neste cenário, desenvolveu-se a *cognitio extra ordinem*, na qual o magistrado passou a ter ampla capacidade de investigar e julgar casos penais, podendo inclusive se valer da tortura. Assim, tem-se que é nesta figura que se baseiam os primeiros modelos inquisitoriais medievais⁶.

Em contrapartida, a queda do Império Romano, e a ascensão dos povos germânicos, ocasionou a assimilação das normas jurídicas daquele por estes, desenvolvendo um novo sistema, romano-germânico⁷. De maneira geral, a forma processual originária dos povos germânicos para a resolução de uma demanda penal era indistinta de uma reparação civil, dependendo de iniciativa privada de persecução, seja pelo ofendido ou por sua família. Este procedimento operava de

³ MAIER, Julio B. J. **Derecho Processual Argentino**. Buenos Aires: Hamurabi, 1989. p. 45.

⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p.82.

⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p.83.

⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p.84.

⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. pg. 85.

forma oral, contraditória e pública, existindo íntima separação entre aquele que acusava e aquele que julgava⁸.

Este sistema, em comunhão com o sistema romano, se expandiu por grande parte da Europa continental, influenciando profundamente seu desenvolvimento histórico-cultural. Porém, com a consolidação dos regimes feudais na Europa medieval, e o crescimento do poder político da Igreja Católica, é lançada a Santa Inquisição, evento que dá início à predominância do sistema inquisitório, o que nos permite analisar seu desenvolvimento histórico em paralelo com o tipo ideal. De fato, em que pese sistemas acusatórios tenham permanecido em vigor pela Europa em simultâneo, como nas Repúblicas italianas, estes modelos vão gradativamente adotando medidas inquisitoriais, até a popularização e implementação das ideias iluministas⁹.

2.1.3 Sistema Inquisitório

Sendo suficiente esta breve explanação da construção histórica do direito penal, até a Santa Inquisição, é possível agora tratar especificamente do sistema inquisitório como é conhecido atualmente. Como exposto anteriormente, um dos possíveis pontos de origem para a análise deste sistema seria o IV Concílio de Latrão, em 1215, pelo Papa Inocêncio III, sendo posteriormente complementado pelos Papas subsequentes¹⁰. De fato, o *Tribunal do Santo Ofício*, desenvolveu-se com especial intensidade durante os séculos XII e XIV, com membros da Igreja Católica, em maior ou menor grau de organização, a depender do período, averiguando e reprimindo casos de heresia ou de afronta aos Mandamentos da Igreja¹¹. É no procedimento eclesiástico que o raciocínio se afasta das ordálias, buscando reconstituir determinado fato histórico por meio da busca da verdade real, podendo os inquisidores se valerem de quase quaisquer meios necessários, inclusive da tortura.

Como modelo ideal, o principal fato caracterizador do sistema inquisitório é a mútua função do magistrado de “acusar” e julgar. Em outras palavras, não haveria

⁸ MAIER, Julio B. J. **Derecho Processual Argentino**. Buenos Aires: Hamurabi, 1989. p. 45.

⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 88.

¹⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 88.

¹¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

separação de papéis, mas apenas uma única pessoa que, como protagonista do processo, busca demonstrar a culpa do acusado, convencendo a si mesmo de sua inocência ou de sua culpa¹².

Além disso, ao analisar o sistema inquisitório como modelo ideal, Aury Lopes Jr expõe seguintes características como principais:

a) gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz (figura do juiz-ator e do ativismo judicial = princípio inquisitivo); b) ausência de separação das funções de acusar e julgar (aglutinação das funções na mão do juiz); c) violação do princípio ne procedat iudex ex officio, pois o juiz pode atuar de ofício (sem prévia invocação); d) juiz parcial; e) inexistência de contraditório pleno, e f) desigualdade de armas e oportunidades¹³.

Assim, para este doutrinador, o principal fator característico deste sistema seria a gestão probatória, ou seja, se caberia ao magistrado ter iniciativa sobre a prova, podendo requerê-la ou produzi-la de ofício.

No mesmo sentido, Mauro Fonseca Andrade, ao analisar o mesmo tema assim o descreve:

“a) o acusador é prescindível ao processo, o que não implica sua completa exclusão do sistema inquisitivo; b) o processo pode ser instaurado com o ajuizamento de uma acusação, notitia criminis ou de ofício; c) órgão encarregado de julgar está formado por funcionários públicos, abandonando-se o modelo que admitia representantes do povo; d) a persecução penal é regida pelo princípio de oficialidade; e) o procedimento é secreto, escrito e sem um contraditório efetivo; f) há desigualdade entre as partes; g) a obtenção das provas é uma tarefa inicial do juiz, ao invés de ser confiada exclusivamente às partes; h) o juiz que investiga também julga; i) o sistema de provas é o legal, com sua divisão em prova plena e semiplena; j) para a obtenção da prova plena, se admite a tortura do investigado e das testemunhas; l) possibilidade de defesa quase nula; m) possibilidade de recurso contra decisão de primeira instância, e n) nulidade como consequência da inobservância das leis e formas estabelecidas”¹⁴

Como se vê, segundo a compreensão do autor, não é necessária a aglutinação das funções de julgar a acusar em uma só pessoa, sendo possível a existência de um terceiro acusador, todavia, este seria prescindível, na medida em que uma ação penal poderia ser instaurada por meio de uma acusação, da notícia de um crime, ou de ofício pelo magistrado.

¹² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

¹³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

¹⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 38.

Desta forma, o sistema inquisitório ainda mantém consideráveis raízes na percepção popular do processo penal, como na ideia de que o magistrado é um agente ativo no processo, que age em oposição ao réu, com o intuito de lutar contra a criminalidade.

No mesmo sentido, este sistema ainda mantém reflexos na legislação atual, tema este que será melhor exposto ao tratarmos do sistema processual misto. Mesmo assim, é possível destacar o art. 156 do Código de Processo Penal, o qual permite que o juiz, caso assim deseje, determine a produção de prova antecipada ou de diligência complementar, a fim de esclarecer determinado ponto. De fato, num sistema puramente acusatório, o qual será exposto logo em seguida, caberia unicamente às partes do processo produzirem provas e, ao magistrado, apenas analisá-las dentro do universo dos autos, determinando se a responsabilidade penal do acusado fora demonstrada para além de uma dúvida razoável, enquanto, em um sistema puramente inquisitivo, esta norma estaria em completa adequação, dado o papel de protagonista do magistrado sobre a gestão da prova.

Este protagonismo, inclusive, é um dos principais fatores impeditivos da verdadeira imparcialidade do juiz no procedimento. Assim, quanto a parcialidade do magistrado, ponto este que dialoga diretamente com o tema central deste Trabalho de Conclusão, cumpre indicar alguma atenção especial. De fato, para que haja verdadeira imparcialidade, é necessário que o sujeito atue como mero espectador que, por meio de uma estrutura dialética, absorva os argumentos e provas produzidos pelas partes, a fim de desenvolver seu convencimento. Ocorre que esta imparcialidade é impossibilitada, ou, ao menos, em grande parte dificultada, caso o julgador busque ativamente provar a responsabilidade do acusado, na medida em que os argumentos e narrativas desenvolvidos por si próprio sempre serão, por óbvio, mais convincentes do que os de outra pessoa em um papel essencialmente antagônico. Neste mesmo sentido, é o entendimento de Aury Lopes Junior:

“Recordemos que não se pode pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, sob pena de incorrer em grave reducionismo. A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.”¹⁵

¹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

Portanto, em apertada síntese, é possível concluir que o sistema inquisitório seria aquele em que o magistrado opera como protagonista do processo, podendo agir amplamente de ofício em prol de seu convencimento quanto à verdade do caso. Neste sistema, princípios fundamentais, como a imparcialidade e o contraditório, são meramente preocupações acessórias, quando levadas em consideração, dando espaço para a busca da verdade real, caso esta busca seja considerada possível.

2.1.4 Sistema Acusatório

Como exposto anteriormente, o sistema acusatório era amplamente adotado pelos povos europeus até o lançamento da Santa Inquisição, no século XII. Todavia, neste período, o procedimento possuía um caráter muito mais popular, e uma natureza privada, focada na suposta reparação do dano causado ao ofendido ou a sua família.

Assim, no apogeu inquisitorial, o sistema acumulou críticas e contestações dos mais diferentes pensadores do período, como Beccaria, Montesquieu, Voltaire, Bentham e Rousseau, dentre muitos outros. Com efeito, o desenvolvimento das ideias iluministas motivou uma nova concepção do direito, e, por consequência, do processo penal¹⁶, como parte de uma crítica maior do chamado antigo regime. Estas ideias foram aos poucos superando o meio acadêmico, alcançando ampla popularidade e penetrando nos ideais culturais de diversos povos¹⁷

Todavia, foi apenas com o advento da revolução francesa, e das reformas jurídicas napoleônicas, que o sistema antes abandonado passou a ser aplicado, tendo como marco inicial o *Code d'Instruction Criminelle* em 1808, o qual separava o procedimento penal em uma fase investigatória e uma fase judicial, ocorrendo a última de forma pública e em observância ao contraditório¹⁸.

Assim, o novo sistema acusatório implementou a separação de funções, a qual será analisada a seguir, porém mantinha o caráter público e a concepção inquisitorial do crime como uma afronta ao Estado com um todo. Por este motivo, é

¹⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 99.

¹⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 100.

¹⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 102.

oportuno esclarecer que, embora haja semelhanças, os ideais e fundamentações do sistema acusatório clássico, e do sistema acusatório contemporâneo, são suficientemente distintos para que sejam terminologicamente diferenciados.

Quanto ao tipo ideal, *per si*, o sistema acusatório pode ser compreendido como um sistema processual em que as atividades de acusar e julgar são claramente separadas e exercidas por pessoas, e entidades, distintas. Ademais, neste modelo cabe às partes (defesa e acusação) comprovar suas alegações, enquanto o magistrado opera unicamente como terceiro imparcial e passivo, dependendo de prévia provocação para agir. No mesmo sentido, é o entendimento de Aury Lopes sobre as características definidoras de um sistema acusatório:

“a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as partes); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio ao labor da investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo; e) procedimento é, em regra, oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a defesa pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição”¹⁹

Desta forma, pode-se dizer que o sistema acusatório existe de forma diametralmente oposta ao sistema inquisitório. Com efeito, enquanto este se funda no protagonismo do magistrado, que acumula as funções de acusar e julgar, há naquele uma estrita separação de funções, sendo a primeira exercida por uma entidade focada em convencer o julgador e a segunda por um magistrado imparcial e alheio aos fatos.

Há também no sistema acusatório uma maior preocupação com a efetiva imparcialidade do magistrado, o que se mostra especialmente relevante para assegurar o novo papel do acusado no sistema. De fato, enquanto no sistema inquisitório o acusado opera como mero objeto processual, sob o qual cai a difícil tarefa de refutar o próprio magistrado, aqui há sua efetiva elevação ao patamar de parte processual, como sujeito de direitos e garantias, que, por meio do contraditório e da paridade de armas, se mostra capaz de refutar as alegações do órgão

¹⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

acusador e influir no convencimento do magistrado²⁰. Ademais, há também uma elevação do ônus probatório em relação ao órgão acusador, que agora precisa superar a presunção de inocência do acusado, demonstrando a veracidade de suas alegações para além da dúvida razoável²¹.

Além da paridade de armas e contraditório, outro fator bastante relevante do sistema acusatório é a maior observância do procedimento consagrado em lei, ou seja, há uma preocupação com o respeito à forma legal do processo. Mesmo assim, o necessário grau de observância das formalidades ainda é tema controverso na doutrina, autores como Badaró sustentando a visão de que a inobservância da formalidade somente acarretaria em nulidade caso demonstrado prejuízo a uma das partes²², enquanto Aury Lopes defenderia uma visão mais ampla, segundo a qual a nulidade ocorreria mesmo sem qualquer prejuízo demonstrado, pensamento este que pode ser sintetizado pela máxima “forma é garantia”²³.

Esta forma de operar a justiça penal, em que pese se tratar de um modelo ideal, pode ser intimamente relacionada com sua construção histórica, na medida em que decorre de concepções originadas do pensamento político liberal clássico dos séculos XIV a XVIII, levadas a eficácia pelos movimentos sociais e políticos da época. Neste sentido, enquanto o sistema inquisitório opera com o objetivo de identificar o provável responsável pela perpetração de um determinado delito e puni-lo, o sistema acusatório opera sob a lógica liberal clássica de frear o poder coercitivo do Estado, limitando as situações em que este poderá restringir um dos direitos individuais fundamentais, qual seja, a liberdade²⁴. Assim, o fato de este sistema ter sido implementado e popularizado num período em que os ideias liberais estavam em íntima comunhão com os ideias do povo e da nova classe dirigente da época não é mera coincidência, mas sim uma consequência lógica. Neste sentido, afirma J. Goldschmidt:

“los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los

²⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

²¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

²² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. E-book.

²³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 389.

²⁴ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. p. 106.

elementos corporativos o autoritários de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. [...] El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el derecho vigente, no es tampoco más que un tránsito del derecho pasado al derecho del futuro.²⁵

2.1.5 Sistema Misto

Além dos dois sistemas ideais anteriores, parte considerável da doutrina reconhece a existência de um sistema misto, no qual coexistem características de ambos, a depender do momento processual, com o sistema jurídico se adequando, em determinado momento ao sistema inquisitório, e em outro ao acusatório. Neste sentido, a doutrina majoritária reconhece o modelo brasileiro como um representante do sistema misto, na medida em que se adequaria ao sistema inquisitório durante a fase pré-processual e ao sistema acusatório durante a fase processual.

Neste sentido, o início do sistema misto estaria historicamente relacionado com a aplicação do sistema acusatório, com o *Code d'Instruction Criminelle* em 1806, na medida em que, embora o código tenha implementado o sistema acusatório, diversas normas, juntamente com a cultura jurídica da época, ainda mantinham concepções inquisitoriais. Por este motivo, o sistema misto pode também ser chamado de acusatório formal²⁶, na medida em que busca ter uma forma acusatória, com a presença de um agente processual responsável pela proposição e manutenção da persecução penal, enquanto caberia a outra tomar decisões e proferir sentenças sobre o caso. Em outras palavras, a acusação é exercida por órgão diferente do magistrado, respeitando o chamado “princípio acusatório”²⁷.

Assim, durante a fase pré-processual, qual seja, o inquérito policial, haveria adequação ao sistema inquisitorial, na medida em que caberia ao Ministério Público, por intermédio da entidade policial, simultaneamente, averiguar determinado fato típico, buscando evidências de sua perpetração, e decidindo, pelo oferecimento da denúncia ou arquivamento do caso, mesmo que essa decisão possa ser questionada pelo magistrado, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal.

²⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Montevideo: Editorial B de F, 2000. p. 67.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. p. 116.

²⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 29 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2022. p.36.

De outro lado, a fase processual, ou seja, a ação penal propriamente dita, se adequaria ao sistema acusatório, na medida em que caberia à entidade acusatória apresentar provas e argumento para convencer um magistrado imparcial de suas alegações, enquanto o acusado buscaria, por meio do contraditório, convencê-lo do contrário.

Importante ressaltar, todavia, que este conceito de sistema misto não é aceito de forma pacífica por todos os doutrinadores. De fato, segundo a visão do doutrinador Norberto Avena, o sistema misto nada mais seria do que a adoção simultânea de aspectos inquisitórios e acusatórios no decorrer do processo judicial, ou, em suas palavras:

“Classicamente, define-se sistema processual misto como um modelo processual intermediário entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo. Isso porque, ao mesmo tempo em que há a observância de garantias constitucionais, como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, mantém ele alguns resquícios do sistema inquisitivo, a exemplo da faculdade que assiste ao juiz quanto à produção probatória ex officio e das restrições à publicidade do processo que podem ser impostas em determinadas hipóteses.

Na medida em que resulta de uma fusão entre as características dos outros dois modelos, o sistema misto, na atualidade, vem sendo chamado também de inquisitivo garantista.”²⁸

Igualmente, o doutrinador Henrique Badaró rejeita a concepção do sistema misto como um tipo ideal, reconhecendo-o primariamente como uma característica prática dos sistemas jurídicos, no que tange à presença de fatores acusatórios e inquisitórios em coexistência ao longo do tempo, “*Ora o processo é prevalentemente acusatório, ora apresenta maiores características inquisitoriais*”²⁹.

Por outro lado, a mera concepção de tipos ideais é criticada pelo doutrinador, como Aury Lopes Jr., o qual compreende que nenhum sistema processual seria capaz de, na prática, se adequar perfeitamente aos tipos teóricos ideais, sendo, portanto, todos os sistemas do mundo mistos³⁰. Por este motivo, o autor compreende o reconhecimento de sistemas mistos como reducionistas, na medida em que o verdadeiro critério definidor do sistema seria o princípio fundante, ou seja, se ao realizar a finalidade básica do processo penal, a reconstituição de um fato

²⁸ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>>. Acesso em: 19 set 2022.

²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. E-book.

³⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

histórico, a gestão da prova está nas mãos das partes, constituindo um sistema acusatório, ou nas mãos do juiz, constituindo um sistema inquisitório.

Assim, segundo o doutrinador, muito embora caiba ao Ministério Público acusar e buscar convencer o magistrado de suas alegações, a mera separação formal de funções seria incapaz de adequar o Brasil ao sistema acusatório, na medida em que a gestão da prova ainda estaria nas mãos do magistrado. Com efeito, como mencionado anteriormente, o magistrado atualmente ainda possui poderes instrutórios, podendo determinar, de ofício, a produção de novas provas, o que fere o princípio do contraditório e reconhece um protagonismo do juiz no processo. Portanto, mesmo com a separação formal das funções, ainda pode ser reconhecido o caráter inquisitorial do sistema penal brasileiro, se tratando de um sistema acusatório meramente formal, mas não material.

Ainda segundo Aury Lopes Jr., o doutrinador sustenta que, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5º, inciso LV, assegura o contraditório e a ampla defesa, e o novo art. 3º-A do Código de Processo Penal veda a iniciativa do juiz na fase investigatória e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, haveria a possibilidade de realizar uma “filtragem constitucional”, excluindo do ordenamento jurídicos as normas inquisitórias. Conforme seu argumento, através de uma análise hermenêutica, cuja exposição detalhada foge do escopo deste trabalho, as normas acusatórias mencionadas teriam preferência sobre as demais em casos de conflito normativo, seja pelo critério hierárquico ou temporal. Por este motivo, a estrutura legislativa nacional comportaria um sistema não só formal, mas também materialmente acusatório, havendo possibilidade de se reconhecer a invalidade material das normas de caráter inquisitório, mesmo que sejam atualmente aplicadas no dia a dia³¹.

³¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

2.2 Modelo Garantista

2.2.1. Considerações Iniciais

Tendo suficientemente explorado o tema dos sistemas processuais penais, é agora possível compreender qual a realidade do direito brasileiro, bem como a qual o sistema ideal os princípios processuais melhor se adequam .

Neste sentido, é também oportuno compreender a teoria garantista, mesmo que de forma sucinta, tendo em vista as limitações inerentes a um trabalho de conclusão de curso, porquanto seu objetivo seria justamente analisar a adequação e conformidade da nova causa de suspeição ao sistema acusatório e ao modelo garantista. Assim, para além de compreender o referido sistema, é também necessário conceber as características básicas da teoria garantista.

Ainda, antes de tentar conceituar a teoria garantista, é primeiro necessário compreender o conceito de *garantia*, termo este sob o qual se funda a teoria. De maneira geral, esta palavra pode ser compreendida através de uma ótica ampla e estrita, tendo para cada um deles um significado distinto.

Em sentido amplo, as garantias nada mais seriam do que direitos subjetivos de natureza positiva, que buscam garantir uma vantagem do cidadão sobre o Estado, ou, ocasionalmente, outra entidade ou pessoa. Por outro lado, em sentido estrito, as garantias podem ser compreendidas como os instrumentos através dos quais se busca a proteção ou a promoção dos direitos propriamente ditos. desta forma, possuiriam uma natureza jurídica acessória aos direitos, com o intuito de, através de normas positivas, assegurar a forma adequada de agir do Estado, das instituições e das demais pessoas³².

As garantias possuem papel fundamental no ordenamento jurídico do Estado, especialmente no Estado democrático de direito, na medida em que operam para que as os direitos e declarações não estejam presentes apenas no âmbito abstrato, mas também na realidade fática. De fato, seria de pouco valor a conquista de direitos por parte da população se não fossem também instituídos meios pelos quais

³² FERRAJOLI. Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74

estes possam ser aplicados, da mesma forma que para prevenir e protegê-los de eventuais, ou recorrentes, abusos ou transgressões por parte do Estado

Tendo isso em mente, a teoria garantista pode ser compreendida como uma tese jurídico-filosófica de carácter analítico-positivista. Cunhado por Luigi Ferrajoli no contexto penal da Itália durante a década de 1970, este modelo tem como fundamento a racionalidade, a justiça e a legitimidade da intervenção punitiva³³, e possui suas raízes conceituais na teoria liberal do direito penal e no iluminismo jurídico-filosófico. Mesmo assim, cumpre indicar que o termo garantismo já era utilizado por diversos teóricos do direito, especialmente na França do século XIX, porém, neste trabalho, ao tratar do tema, sempre se buscará tratar da teoria de Ferrajoli.

Tanto no Brasil como em diversos outros países, o termo “garantismo” foi gradativamente deturpado e ideologizado ao longo do tempo, sendo, em muitos contextos, utilizado de maneira errônea ou ao menos imprecisa, seja por imprecisão teórica, interesse político/ideológico ou até simples má-fé do interlocutor.³⁴

De maneira geral, a palavra garantia, no contexto aqui apresentado, pode ser compreendida através de três perspectivas:

“A expressão *garantia* pode ser empregada desde três entendimentos possíveis: (1º) *processual ou instrumental*, que indica falsa a interrogação ‘o que é garantia’ podendo apenas ser formulada a questão ‘como se expressam ou como funcionam as garantias’; (2º) *final*, visto que será garantista o sistema que maximize a tutela dos direitos fundamentais; e (3º) *gradual*, pois nunca serão realizadas (ou não realizadas) todas as garantias e muito menos existirão sistemas perfeitos, encontrando apenas modelos mais ou menos garantistas ou antigarantistas. A satisfação das garantias individuais e sociais expressa nas constituições democráticas indicariam, então, a maior ou menor adesão de determinado Estado ao sistema normativo garantista”³⁵

Assim, tem-se que o termo garantia pode ser compreendido através de três óticas. Através da ótica processual, é impossível, ou, ao menos contraproducente, buscar determinar terminologicamente o termo, sendo mais relevante e oportuno

³³ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 683.

³⁴ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Garantismo penal: Ferrajoli por Ferrajoli, colocando os pingos nos is. **Consultor Jurídico**. Belém, 29 de julho de 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-ferrajoli-ferrajoli>>. Acesso em 21 set 2022.

³⁵ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 683.

determinar como estas operam no sistema jurídico e na realidade. De outra banda, a perspectiva finalística compreende que um sistema é garantista quando tem por objetivo maximizar a tutela dos direitos fundamentais. Já na visão gradual, nenhum sistema será completamente garantista, mas apenas será garantista em maior ou menor escala, podendo inclusive ser tão pouco garantista ao ponto de se tornar antigarantista³⁶.

2.2.2 Os três conceitos de garantismos

Em que pese a conceituação genérica anterior, é necessário buscar a conceituação originária de Ferrajoli, a fim de compreender adequadamente sua concepção de garantismo. Neste sentido, o termo garantismo teria, simultaneamente, três significados distintos mas intimamente relacionados entre si.

Inicialmente, o garantismo pode ser compreendido como um modelo normativo de direito de caráter estritamente legal. Este modelo, segundo Ferrajoli, seria somente possível no Estado de direito³⁷, e teria como principais características sua composição como sistema de poder mínimo, a fim de maximizar a liberdade e minimizar a violência, por meio de limitações ao poder punitivo do Estado para garantir os direitos dos cidadãos. Assim, por este aspecto, seria *garantista* qualquer sistema jurídico penal onde as normas estejam em conformidade com o exposto, de forma efetiva e satisfatória.

Neste sentido, a antiga dicotomia entre os teóricos jusnaturalistas, que buscavam, através da racionalidade abstrata, determinar se uma norma seria válida, e os juspositivistas clássicos³⁸, que baseavam a mesma validade na adequação da norma aos requisitos formais e materiais de validade expostas no ordenamento jurídico em que se encontravam, estaria mitigada no Estado constitucional moderno. De fato, com o movimento de constitucionalização dos princípios fundamentais desenvolvidos pelas teorias jusnaturalistas, deixou-se de meramente diferenciar o “ser” do “dever ser”, e a norma “injusta” da “inválida”.

³⁶ FREIRE, Antonio Manuel Penã. **La garantía en el Esado Constitucional de Derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 25-26.

³⁷ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 684.

³⁸ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 116.

Com efeito, a constitucionalização dos direitos fundamentais introduziu nos ordenamentos um arcabouço de princípios ético-políticos e noções de justiça, tornando necessárias análises ético-políticas para determinar se uma norma está em conformidade com o todo e, portanto, servindo como forma de legitimá-la ou deslegitimá-la, não por meio de teorias e meios externos, mas sim puramente internos.

Assim, em Estados democráticos com sistemas jurídicos suficientemente garantistas, nos quais os princípios jurídicos e direitos fundamentais foram positivados na Constituição, uma norma poderia passar por todas as formalidades dispostas no rito legislativo típico e, mesmo assim, serem descartadas em função de sua invalidade decorrente da violação à justiça material, resultante de violações principiológicas.

Por este motivo, Ferrajoli diferencia as normas “vigentes” das normas “válidas”. As primeiras seriam apenas formalmente válidas, por resultarem de ato normativo regular, sendo portanto frutos da denominada legitimidade jurídica formal,, enquanto as segundas seriam materialmente válidas, pois seu conteúdo estaria em conformidade com os princípios e direitos fundamentais constitucionalizados, estando portanto no campo da legitimidade jurídica substancial³⁹. Assim, uma norma pode ser ao mesmo tempo vigente mas inválida, quando estiver em conflito com outra, o que é representado na máxima de Norberto Bobbio “duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas”⁴⁰.

Assim, conforme esta concepção da teoria garantista, uma norma dependeria não apenas de justificação externa, tema este que estaria alheio ao primeiro conceito de garantismo, mas também à legitimação interna, através de uma análise de sua conformidade com todos os direitos fundamentais constitucionalizados e demais princípios jurídicos positivados

Alternativamente, o garantismo pode também ser compreendido como uma teoria crítica do direito. Neste sentido, a teoria prega por uma separação conceitual entre os termos “validade” e “efetividade”, tratando-os como categorias

³⁹ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 288.

⁴⁰ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 289

completamente diversas. Diante desta concepção, o direito não deveria ser visto nem puramente através de uma ótica normativa, nem por uma ótica puramente realista, mas sim pela divergência entre ambas. De fato, segundo a teoria garantista, não bastaria analisar a adequação dos princípios e normas jurídicas vigentes aos modelos ideais, mas também a adequação das práticas jurídicas na realidade, tanto às normas quanto aos modelos. Esta concepção pode ser melhor compreendida nas palavras de Ferrajoli:

“Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “deve ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendemente garantistas) e práticas operacionais (tendemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia - dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica - que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas”⁴¹

Como se vê, o garantismo como teoria crítica do direito busca, de forma ampla, analisar se as normas válidas estão operando no campo da eficácia, ou seja, sendo aplicadas pelas autoridades, ao mesmo tempo em que busca analisar se os atos praticados por estas mesmas autoridades possuem alguma validade ou respaldo no ordenamento jurídico.

Importante ressaltar, todavia, que não se trata, nesta concepção, de uma teoria política ou externa de qualquer forma, mas de uma teoria eminentemente interna, que opera na legitimação, bem como na deslegitimação, do sistema jurídico e da arbitrariedade de sua aplicação, optando por, em vez de meramente reconhecer e justificar eventuais antinomias, denunciar e expor, tanto elas quanto a ameaça que representam às garantias.

Por fim, o garantismo pode ser também conceituado como filosofia política. Diante deste sentido, o Estado possui o dever de expor motivos adequados para sua atuação, de forma eminentemente externa. Assim, para compreender esta justificação, é necessário tomar diversos conceitos, comumente vistos como sinônimos, como diversos e contrastantes. Nas palavras de Ferrajoli:

“Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica de separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o

⁴¹ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 681.

"ser" e o "dever ser" do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo."⁴²

Este aspecto decorre diretamente do pensamento iluminista e sua visão da ciência jurídica, em face do Estado de direito. Estas formas de pensar o direito através de uma ótica externa, alheia à mera concepção de legalidade estrita, é característica das correntes de pensamento reformistas ou revolucionárias, e tendem à inexistência nas correntes conservadoras. Isso se dá pelo fato de que uma concepção externa permite pressupor sobre toda a doutrina democrática dos poderes do Estado. Assim, a visão externa, exprimida através da visão popular, demonstra as necessidades intrínsecas do ser humano, cuja satisfação se dá por meio das instituições políticas e jurídicas. Mesmo assim, é importante ressaltar que a preocupação exclusiva com um ponto de vista externo, sem a devida percepção e consideração da esfera interna, foi o substrato teórico justificador dos movimentos autoritários, portanto, é necessário sempre compreender o Estado e o direito como meios para atingir a satisfação destas necessidades, e não como mero fim em si mesmo⁴³.

Diante destes três conceitos, como modelo jurídico, teoria crítica e filosofia jurídica, pode-se compreender o garantismo não como simples matéria relacionada ao direito penal, mas sim como verdadeira teoria geral. De fato, esta generalidade, baseada na vinculação do poder público ao Estado de direito, na divergência entre atos justos, injustos, legítimos e ilegítimos, e na concepção de uma visão ético-política diversa da visão jurídica, permitem aplicar a teoria para as mais diversas áreas jurídicas, como o direito civil, constitucional, trabalhista, administrativo, dentre outros. Ainda, a partir desta aplicação da metodologia garantista, seria possível analisar as antinomias e lacunas, tanto no âmbito jurídico quanto político, nestas diversas áreas, traçando novos modelos de legitimidade e legalidade⁴⁴.

Assim, de maneira geral, tem-se que a teoria garantista, em suas três dimensões, revela um verdadeira método, por meio do qual é possível traçar uma

⁴² FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 682.

⁴³ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 682.

⁴⁴ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 682.

teoria geral, a partir de uma maior percepção da divergência entre o ser e o deve ser, para adequadamente analisar a relação entre os direitos positivados e os valores ético-políticos externos, entre os princípios constitucionais e as normas infraconstitucionais, entre as normas válidas e as eficazes, e entre o conjunto de normas jurídicas em relação às normas aplicadas no dia a dia. Em todos estes casos, é evidenciada a importância da divergência como foco central da análise, a fim de adequadamente agir criticamente frente às mais diversas ideologias políticas, que buscam ofuscar as divergências e viabilizar o regresso em relação às conquistas jurídicas adquiridas ao longo das décadas nos Estados democráticos de direito.

2.2.3 Democracia formal e substancial

Tendo minimamente conceituado o garantismo, em suas três possíveis dimensões, é necessário também compreender os conceitos de democracia formal e substancial, bem como o papel da teoria nesta divergência. Assim, para compreender estes termos, mostra-se oportuno primeiramente observar a definição oferecida por Ferrajoli:

“O Estado de direito, como resultado do conjunto das garantias liberais e sociais, pode ser, pois, configurado como um sistema de metaregras em relação às regras mesmas da democracia política. Precisamente, se a regra do Estado liberal de direito é que nem sobre tudo se pode decidir, nem mesmo em maioria, a regra do Estado social de direito é aquela na qual nem sobre tudo se pode não decidir, nem mesmo em maioria: sobre questões de sobrevivência e subsistência, por exemplo, o Estado não pode não decidir, mesmo se não interessarem à maioria. Apenas sobre todo o resto vale a regra da democracia política segundo a qual se deve decidir por maioria, direta ou indireta, dos cidadãos.”⁴⁵

Como se vê, Ferrajoli define o Estado de direito como uma consequência direta das garantias, tanto individuais quanto coletivas, operando como um sistema de regras sobre o mundo e regras sobre as próprias regras. Neste sentido, enquanto, no Estado Liberal, alguns assuntos estariam fora do alcance da alteração, como direitos individuais e cláusulas pétreas, no Estado Social, haveria temas sob os quais obrigatoriamente deve haver decisão, como questões de sobrevivência, sobrando, aos demais casos, a máxima democrática da decisão por maioria dos votantes.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 690.

Diante disso, segundo Ferrajoli⁴⁶, a democracia não é um conceito uno, mas pode, na verdade, ser compreendido de duas formas: formal ou substancial. Em sua concepção, a democracia formal se daria pela mera existência de um Estado político representativo, que tome por base o princípio da maioria como principal fonte de sua legalidade. Por outro lado, a democracia substancial dependeria da existência de garantias efetivas, tanto liberais quanto sociais. Desta forma, seriam substanciais tanto as normas primárias, quando tratarem das garantias individuais e sociais, quanto às normas secundárias, quando estas tratarem de quais pessoas ou entidades podem decidir sobre certos temas, de que forma deve ocorrer este tratamento, e quais temas não devem ter suas normas modificadas.

Diante desta definição, tem-se que os dois conceitos são, essencialmente, independentes, podendo tanto coexistir, existirem individualmente, ou estarem ambos ausentes. Em outras palavras, um país poderia ser substancialmente e formalmente democrático, apenas formalmente ou substancialmente, ou nem formalmente nem substancialmente.

Nesta medida, um país seria meramente uma democracia formal quando há efetiva participação popular na escolha de seus representantes, e respeito à sua vontade. Por outro lado, seria meramente substancial quando não houvesse efetiva participação popular, ou preocupação com a representação efetiva de sua vontade, mas o respeito e a efetividade às garantias liberais e sociais fosse fielmente observado.

Mesmo assim, na visão de Ferrajoli⁴⁷, seria de maior importância o desenvolvimento de uma democracia ao menos substancial, na medida em que esta incorporaria valores de maior importância, como o respeito ao devido processo legal ou a confirmação de direitos a qualquer cidadão ou a coletividade. De outro lado, em um sistema meramente formal de democracia, as maiorias poderiam optar por negar direitos básicos a uma determinada minoria, ou até interferir indevidamente no procedimento que busca averiguar a ocorrência ou não de determinado fato típico punível e culpável. Por esta razão, são tão importantes as normas secundárias,

⁴⁶ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 691.

⁴⁷ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 691.

tendo em vista que são elas que definem quais temas os representantes do povo podem decidir sobre e de qual forma, bem como quais não devem ser modificados.

Desta forma, para que a democracia substancial se desenvolva e cresça, deve haver, em simultâneo, a ampliação do Estado liberal mínimo e do Estado social máximo, porém, em diferentes esferas. O Estado liberal mínimo seria necessário, por exemplo, na esfera penal, a fim de limitar a atividade repressiva do Estado e as possibilidades de restringir a liberdade do cidadão. Por outro lado, o Estado máximo atuaria em âmbito social, buscando maximizar os direitos dos cidadãos e a obrigação do Estado de os efetivar. Este desenvolvimento, por certo, ocasionaria em verdadeira expansão e ampliação da complexidade do Estado e de suas instituições, tendo em vista que novas garantias aos direitos conquistados precisam ser desenvolvidas, por meio de mecanismos positivos, visando tanto oferecer quanto certificar a efetivação dos direitos.

2.3 Princípios e garantias fundamentais

A visão garantista de Ferrajoli, a qual espera-se estar suficientemente explorada nos pontos anteriores, foi profundamente influente no desenvolvimento e aperfeiçoamento do direito brasileiro, tendo contribuído para uma melhor produção legislativa, quando seus ensinamentos chegaram aos legisladores, seja por seus próprios estudos, seja pela consulta a especialistas e assessores. Todavia, suas contribuições foram ainda mais fundamentais na atividade jurisprudencial e doutrinária, auxiliando na interpretação das normas positivadas e na resolução de lacunas e antinomias. Neste sentido, a atual Constituição da República Federativa do Brasil dispõe em seu texto diversos princípios e garantias processuais, cujas principais, e mais diretamente relacionadas com o tema central do trabalho, serão analisadas neste ponto.

De largada, tendo em vista o tema deste trabalho de conclusão, é posta em evidência a garantia do juiz independente e imparcial. Embora não estejam explicitamente dispostas, diversas prerrogativas foram implementadas, a fim de garantir a independência do magistrado, como a vitaliciedade e inamovibilidade. De igual forma, a imparcialidade dos magistrados é garantida pelas vedações dispostas no art. 95, parágrafo único, da CF/88⁴⁸. Com efeito, a imparcialidade não é

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. E-book.

explicitamente assegurada, decorrendo meramente do raciocínio teleológico da norma indicada, bem como de toda a Constituição, na medida em que de nada serviria a introdução de um terceiro para a resolução do conflito se este não fosse imparcial. Desta forma, tem-se que a independência e a imparcialidade, embora inicialmente pareçam distintas, são na verdade interdependentes, na medida em que a independência do magistrado, e do poder judiciário como um todo, é um requisito necessário para garantir sua efetiva imparcialidade.

Esclarecido este ponto, resta agora trabalhar a questão fundamental do ponto, qual seja: por que um juiz deve ser imparcial? Pois bem, para responder a esta pergunta, é necessário inicialmente compreender o que significa ser parcial ou imparcial.

Neste sentido, Aury Lopes determina a imparcialidade como o “*princípio supremo do processo*”⁴⁹, sendo o magistrado imparcial aquele que está “*para além do interesse das partes*”⁵⁰, enquanto o magistrado parcial seria, segundo o mesmo doutrinador, aquele acometido por questão subjetiva e emocional. Ainda, como exposto no primeiro ponto deste trabalho, o doutrinador ressalta que a imparcialidade é uma garantia exclusiva do sistema acusatório, no qual o magistrado está afastado da atividade probatória⁵¹.

Ademais, o doutrinador também divide as formas de parcialidade entre em subjetiva e objetiva⁵². Neste sentido, a parcialidade subjetiva estaria relacionada com as convicções e os conhecimentos prévios do magistrado, as quais seriam transmitidas por ele ao caso. Já a parcialidade objetiva estaria relacionada com uma questão estética, ou seja, com a aparência de parcialidade do juiz, em razão das circunstâncias do caso, em razão de sua relação com o objeto do processo.

Diante desta compreensão, percebe-se a relevância do princípio da imparcialidade do juiz, na medida em que a existência de um magistrado imparcial, capaz de se situar “no vértice da relação processual triangular entre ele, a acusação e a defesa”⁵³, ou seja, com condições de analisar a demanda de forma neutra,

⁴⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

⁵⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

⁵¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

⁵² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

⁵³ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>>. Acesso em: 19 set 2022.

conforme as normas legais e as evidências apresentadas nos autos, é uma questão verdadeiramente fundamental para a adequada administração da justiça.

Em seguida, a garantia do juiz natural está duplamente prevista na Constituição, de forma positiva pela necessidade de competência do juiz, e de forma negativa pela vedação de tribunais de exceção, conforme o Art. 5º, incisos LIII e XXXVII, respectivamente. Novamente, há uma íntima relação entre ambas as normas, na medida em que uma exige que o órgão julgador seja previamente e adequadamente determinado, em adequação ao art. 92, caput da Constituição, enquanto a outra deve se adequar às normas constitucionais de competência. Em ambos os casos, busca-se a imparcialidade do julgamento, o que seria dificultado num tribunal de exceção, seja *ad personam* ou *ex post factum*, na medida em que o responsável pela indicação dos julgadores poderia escolher pessoas específicas, com o intuito de facilitar ou prejudicar o acusado. Igualmente, a garantia de julgamento por juiz competente, determinado por meio de normas prévias, abstratas e objetivas, possui o intuito de evitar qualquer forma de discriminação ou favorecimento⁵⁴.

Neste ponto, cumpre ressaltar que o sistema processual brasileiro se utiliza das normas constitucionais para determinar as competências funcionais e objetivas, enquanto os códigos tratam da questão no que tange ao foro. Portanto, pode-se dizer que o juiz natural tem relação com o órgão constitucionalmente competente para exercer a jurisdição. Assim, caso os autos sejam processados e julgados por juiz constitucionalmente incompetente, se estará tratando de atos inexistente, enquanto, caso o processo seja julgado por órgão constitucionalmente competente, mas pela comarca inadequada, não se estaria na presença de uma violação à garantia do juiz natural, mas de mero caso de incompetência de foro, motivo pelo qual seria caso de nulidade dos atos processuais⁵⁵.

Ainda neste tema, mostra-se relevante tratar da parcial inaplicabilidade do art. 567 do Código de Processo Penal. Com efeito, o referido Código fora elaborado durante a Constituição de 1937, cuja análise apropriada foge do escopo deste trabalho, mas que havia eliminado a garantia do juiz natural. Diante deste contexto,

⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. E-book.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 55.

a referida norma determinava que, uma vez reconhecida a incompetência do juízo, apenas os atos decisórios seriam anulados. Ocorre que, em razão da garantia do juiz natural, percebe-se que a norma somente pode ser aplicada nos casos de incompetência de foro, enquanto, nos casos de incompetência constitucional, esta seria inaplicável, tendo em vista a inexistência dos atos, e não apenas mera nulidade⁵⁶

Pelo mesmo motivo e contexto, a norma disposta no art. 564, inciso I do Código de Processo Penal também merece ser analisada. Com efeito, o referido dispositivo normativo dispõe sobre o fato da incompetência ser uma causa de nulidade, sem, todavia, diferenciar entre competência constitucional e competência de foro. Assim, pode-se também concluir pela inaplicabilidade parcial desta norma, na medida em que a incompetência constitucional não será uma causa de nulidade, mas sim representará atos inexistentes⁵⁷. Assim, caso o processo estivesse, erroneamente, “transitado em julgado”, não haveria como reconhecer coisa julgada, uma vez que atos inexistentes são incapazes de alcançar tal situação. Mesmo assim, no caso de absolvição, estaria vedada a tentativa de nova persecução do acusado, diante da supremacia dos princípios *favor rei* e *favor libertatis*⁵⁸

Já no que tange às garantias do contraditório e da ampla defesa, estas podem ser justificadas por dois principais fatores. Em primeiro lugar, está a ciência dos atos e termos processuais por parte dos envolvidos no processo, em segundo, a possibilidade de utilizar esta informação para reagir, contrariando as informações até então apresentadas. Neste sentido, o fornecimento de informações seria uma obrigatoriedade processual, já a reação seria mera possibilidade, na medida em que a parte poderia optar pelo silêncio como estratégia⁵⁹. De fato, esta garantia é fundamental ao processo penal, porquanto o exercício pleno do contraditório permite uma maior elucidação dos fatos, facilitando a reconstrução histórica do fato controverso e dificultando o proferimento de decisões e sentenças errôneas pelo magistrado.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 54.

⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 56.

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 55.

⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. E-book.

A garantia do estado de inocência, por sua vez, está prevista no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, e pode ser compreendida, simultaneamente, como uma garantia política do cidadão, uma regra de tratamento do acusado, e como uma regra probatória⁶⁰. Em todos os casos, o estado de inocência se mostra fundamental para respeitar o propósito do processo penal, conforme exposto no ponto sobre o sistema acusatório, qual seja, a averiguação de um motivo legítimo capaz de justificar a violação ao direito de liberdade de um cidadão, conforme as ideias liberais. Por este motivo, o princípio da inocência se traduz na máxima *in dubio pro reo*, tendo em vista que o acusado deve sempre ser visto e tratado como inocente, salvo quando demonstrado, além da dúvida razoável, o contrário, em conformidade com as formalidades legais.

Por sua vez, a garantia de motivação, disposta no art. 93, inciso IX da Constituição Federal, tem por objetivo tanto informar às partes do processo as razões pelas quais o magistrado tomou sua decisão, que poderá ser alvo de eventual recurso, quanto permitir o controle social da atividade jurisdicional⁶¹. Em ambos os casos, é necessário que o magistrado exponha e justifique suas decisões de forma expressa, clara, coerente e lógica, a fim de cumprir ambos os propósitos⁶². Isso se mostra ainda mais relevante quando relacionado ao tema deste trabalho, na medida em que a motivação deve partir de fatores legais e válidos, não podendo o magistrado se valer de provas ilícitas ou alheias ao processo para justificar suas decisões.

Finalmente, a garantia do devido processo legal está explicitamente disposta no Art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal. Esta garantia determina que qualquer sanção ao acusado ou aos seus bens só poderá ser aplicada se previamente permitida pela lei. Neste sentido, a garantia opera como princípio englobador de todas as garantias, tanto aqui expostas quanto às demais, na medida em que seria impossível imaginar algum outro princípio sendo respeitado num cenário de flagrante desrespeito da lei, como pela ocorrência de condenação proferida por tribunal de exceção ou por base em provas jamais juntadas ao processo⁶³.

⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. E-book.

⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. E-book.

⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. E-book.

⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. E-book.

Desta forma, embora diversas outras garantias pudessem ser objeto de análise, está suficientemente exposto que as garantias constitucionais previamente expostas se adequam aos preceitos e conceitos de garantismo analisados ao longo do ponto, porquanto asseguram a realização do procedimento penal em respeito às normas constitucionais e ao estado democrático de direito.

3. ANÁLISE DA CAUSA DE SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO CONTAMINADO POR PROVA ILÍCITA

3.1 Histórico e atual situação da causa de suspeição

Como já exposto anteriormente, o objeto central deste trabalho de conclusão, qual seja, a nova causa de suspeição de magistrados, disposta no art. 157, § 5º, do Código de Processo Penal, foi adicionada ao ordenamento jurídico nacional por meio da Lei nº 13.964/19. O instituto, todavia, encontra-se suspenso, por decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida pelo Ministro Luiz Fux. Todavia, a norma já havia sido proposta em idêntica redação pela reforma processual penal finalizada em junho de 2008. Assim, para que se possa analisar adequadamente a norma, é necessário primeiro entender, mesmo que superficialmente, sua idealização, tramitação, promulgação e suspensão

Neste sentido, a referida reforma se originou no Projeto de Lei 4205/2001⁶⁴, de autoria do Ministério da Justiça, decorrente dos trabalhos realizados pela Comissão de Juristas constituída em 20 de janeiro de 2000⁶⁵, tendo inclusive sido tema de debate nas III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, ocorrida em 23 a 26 de agosto de 2000. De maneira geral, buscou-se, neste momento, adequar as normas processuais penais referentes ao interrogatório e defesa dos acusados aos princípios constitucionais, com foco no art. 5º, incisos LV e LXIII da Constituição Federal. Assim, o Projeto de Lei buscava modificar o art. 157 do Código de Processo Penal, a fim de firmar a seguinte redação:

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

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.

§ 2º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório.

⁶⁴ BRASIL. **Projeto de Lei n. 4205 de 2001**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26555>>. Acesso em: 24 set 2022.

⁶⁵ BRASIL. **Projeto de Lei n. 4205 de 2001**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26555>>. Acesso em: 24 set 2022.

§ 3º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença. "(NR)⁶⁶

Como se vê, consta no terceiro parágrafo a causa de suspeição analisada neste trabalho, em redação idêntica à utilizada posteriormente.

O Projeto de Lei 4205/2001, apresentado em 12 de março de 2001, tramitou regularmente na Câmara dos Deputados, sendo alvo de diversas análises e deliberações por parte dos parlamentares. Dentre estas, foi juntada Emenda de Plenário 06/2007, que passou a causa de suspeição para o quarto parágrafo, enquanto atribuiu ao terceiro parágrafo norma sobre preclusão de prova inadmissível.

Conforme parecer emitido pelo Deputado Valtenir Pereira (PSB-MT), o Projeto de Lei buscava aprimorar a produção probatória, em face das novas tecnologias, e evitar morosidades ocasionadas por formalismos supostamente excessivos. Neste sentido, são elencados quatro principais objetivos para justificar sua aprovação: celeridade, eficiência, simplicidade e segurança. Já no que tange à proibição de provas ilícitas, esta medida visava especificamente coibir a perpetração de infrações pelos agentes estatais, assim como assegurar os direitos e garantias dispostos no ordenamento jurídico.

Ocorre que, após a aprovação da Redação Final pela Câmara dos Deputados em 14 de maio de 2008, o Projeto foi enviado ao Presidente da República, momento em que este optou por vetar o então parágrafo 4º do art. 157 do Código de Processo Penal, ou seja, a causa de suspeição⁶⁷. Em seus motivos, alega que a medida contraria os preceitos de celeridade e simplicidade, na medida em que exigiria que o juiz responsável por toda a instrução do caso fosse substituído por um outro que o desconhecesse. Ademais, questiona também a eficácia da medida em segunda instância, uma vez que, mesmo não redigindo o acórdão, o magistrado poderia, em seu entendimento, ainda compor o colegiado e emitir voto. Assim, após ser alvo de

⁶⁶ BRASIL. **Projeto de Lei n. 8.035 de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2010/msg701-101215.htm>. Acesso em: 25 set. 2022.

⁶⁷BRASIL. **Mensagem n. 350 de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm>. Acesso em: 24 set 2022.

veto por questões eminentemente políticas⁶⁸, a medida permaneceu relativamente inerte até voltar a ser discutida no âmbito do Pacote Anticrime, o qual será analisado a seguir.

Desta forma, tem-se que o anteprojeto que originou a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) fora elaborado pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro⁶⁹, que buscava, originalmente, modificar a legislação penal e processual penal brasileira, ampliando o poder do Ministério Público e outras instituições, a fim de estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e crimes praticados com grave ameaça à pessoa. Dentre as diversas medidas expostas, destaca-se: a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância; modificações no procedimento do Tribunal do Júri; concessão de excludente de ilicitude para policiais em serviço; endurecimento e aumento das penas em determinados casos; aumento do período máximo de cumprimento de pena; mudanças no conceito de organização criminosa; modificações nas normas relacionadas a apreensão e perdimento de bens; modificações nos termos prescricionais; introdução do acordo de não persecução penal; modificação das normas de competência nos casos de investigações ou processos com multiplicidade de agentes, com participação de autoridades com prerrogativa de foro; mudanças no regime de interrogatório por videoconferência; modificações no regime jurídico dos presídios federais; ampliação das medidas para investigação e identificação de agentes e bens suspeitos e; introdução da figura do informante.

Como se vê, as diversas medidas propostas pelo então Ministro possuíam, de maneira geral, caráter punitivista, na medida em que buscavam ampliar a capacidade investigativa dos agentes estatais, dificultar a prescrição e suspensão de processos, e agravar as penas dos condenados. Todavia, as diversas medidas de caráter garantista e acusatório, bastante conhecidas atualmente, inexistem no anteprojeto, sendo adicionadas gradativamente ao longo do processo legislativo.

⁶⁸ SANTOS, Marcos Paula Dutra **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>>. Acesso em: 18 sep. 2022.

⁶⁹ BRASIL. **Projeto de Lei n. 882 de 2019**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 24 set 2019.

De fato, o anteprojeto originou o Projeto de Lei nº 882/2019, o qual, em 13 de março de 2019, foi apensado ao Projeto de Lei nº 10.372/2018, apresentado inicialmente em 06 de junho de 2018 pelo Deputado José Rocha (PR-BA), dentre outros⁷⁰, em razão de tratar de matérias semelhantes.

O Projeto de Lei nº 10.372/2018, por sua vez, teve origem na Comissão de Juristas instituída em 10 de outubro de 2017, presidida pelo Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, que buscava elaborar uma proposta legislativa para combater a criminalidade organizada, com foco no tráfico de armamentos e entorpecentes⁷¹.

Em decorrência disso, ao longo do processo legislativo, diversas alterações ao texto original foram incorporadas, dentre elas, as medidas de natureza garantista como o juiz de garantias e a causa de suspeição analisada neste trabalho. Com efeito, é possível reconhecer a existência destas normas como decorrente das deliberações realizadas e promovidas pelo Grupo De Trabalho, em reuniões deliberativas e audiências públicas com a sociedade civil e comunidade jurídica. Assim, as medidas já podem ser constatadas no corpo do Projeto desde o parecer proferido em Plenário em 04 de dezembro de 2019, permanecendo a redação do art. 157, § 5º, do Código de Processo Penal inalterada desde então.

Após o longo trâmite legislativo, o Projeto de Lei nº 10.372/18, que passou a ser popularmente conhecido e referido pela mídia e sociedade como sinônimo do “Pacote Anticrime”, foi sancionado em 24 de dezembro de 2019, tornando-se a Lei 13.964/19.

3.2 A suspensão parcial da Lei Anticrime

Ocorre que, após sua aprovação, diversas Ações foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal, como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs)

⁷⁰ BRASIL. **Projeto de Lei n. 10372 de 2018**. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-10372-2018>>. Acesso em: 24 set 2022.

⁷¹ BRASIL. **Projeto de Lei n. 10.372 de 2018**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497>. Acesso em: 24 set 2022.

6298⁷², 6299, 6300 e 6305, todas de relatoria do Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298 foi apresentada pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE em 27 de dezembro de 2019, e se opunha aos novos artigos 3-A, 3-B, 3-C, 3-D, 3-E e 3-F do Código de Processo Penal, ou seja, contra as normas que instituem o juiz de garantias, bem como contra a norma que determinou o prazo de 30 dias após a publicação da Lei para sua vigência⁷³.

Em apertada síntese, as entidades sustentam⁷⁴, quanto ao prazo de vigência, que o prazo de 30 dias é insuficiente para a implementação da medida, não havendo qualquer regra de transição, assim, as normas se tornariam ineficazes. Ademais, quanto ao juiz de garantias propriamente, alega que o Poder Judiciário nacional não possuiria estrutura suficiente para sua implementação regular. Este fato poderia trazer, supostamente, diversas consequências para o andamento da justiça, como uma nova escassez de juizes competentes para atuar em investigações, tornando-as ainda mais demoradas. Outrossim, alegam que, dentre os referidos artigos, existiriam normas procedimentais, tema este que não seria de competência dos tribunais, fundamentando este argumento no art. 96, inciso I, alínea “d” e inciso II, alíneas “b” e “d” da Constituição Federal.

Ainda em seus argumentos, as entidades alegam que a medida violaria o princípio do juiz natural, exposto no art. 5º, inciso LIII da Constituição Federal, na medida em que o instituto do juiz de garantias exigiria uma divisão na jurisdição, a qual deveria ser una e indivisível. Haveria também violação ao princípio da igualdade, presente no art. 5º, caput da Constituição Federal, uma vez que as normas procedimentais da Lei nº 8.038/90 não foram revogadas, havendo assim um

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 27 dez 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 23 set 2022.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 27 dez 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 23 set 2022.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 27 dez 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 23 set 2022.

procedimento nos casos originados nos juízos de 1º grau e outro nos casos iniciados nos tribunais.

Por fim, dentre seus argumentos subsidiários, as entidades sustentam que a medida exigiria um aumento considerável de despesas do Poder Judiciário, sem, porém, oferecer prazo suficiente para que este organize e disponibilize os fundos para tanto. De fato, diversas comarcas operam com apenas um juiz, enquanto, para que possa existir o juiz de garantias, um mínimo de dois magistrados seria necessário em cada comarca. Este aumento de gastos, por sua vez, violaria o chamado “teto de gastos”, instituído pela Emenda Constitucional nº 95, havendo especial transgressão ao seu art. 104, inciso II.

Assim, como se pode ver, esta Ação Direta de Inconstitucionalidade se limita a elencar argumentos contrários à implementação da figura do juiz de garantias, seja por motivos formais ou materiais. Mesmo assim, muitos de seus argumentos serão replicados nas demais ações, como se verá a seguir.

Em seguida, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6299⁷⁵ foi apresentada pelos Partidos Podemos e Cidadania, em 28 de dezembro de 2019, ou seja, um dia após a ADI 2698. A Ação buscava combater os novos arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F e 157, § 5º, do do Código de Processo Penal, ou seja, novamente é questionada a figura do juiz de garantias, agora em conjunto com a nova causa de suspeição.

Em seus argumentos, alegam que há vício de iniciativa, porquanto caberia exclusivamente ao Poder Judiciário elaborar normas de organização judiciária, conforme o art. 96, inciso II, alínea “d” da Constituição Federal. Ademais, as normas também careceriam de análise de impacto orçamentário, bem como de qualquer regra de transição ou prazo razoável para sua implementação, os quais seriam necessários em razão do custo considerável da medida, sendo argumento análogo ao desenvolvido na ADI 6298⁷⁶.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6299. Requerente: Partidos Podemos e Cidadania. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 dez 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em 23 set 2022.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6299. Requerente: Partidos Podemos e Cidadania. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 dez 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em 23 set 2022.

Ademais, as normas violariam também os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade. O primeiro estaria sendo violado em razão das normas serem, supostamente, incapazes de atingirem seu objetivo, qual seja, um juiz isento e imparcial em absoluto, uma vez que a participação do magistrado após a investigação ainda poderia praticar atos que o tornariam suspeito no decorrer do processo, como o relaxamento da prisão, ou sua decretação. Já em relação ao princípio da necessidade, o ordenamento atual já possuiria, segundo os requerentes, mecanismos suficientes para evitar a parcialidade dos magistrados, motivo pelo qual as novas normas seriam desnecessárias. Finalmente, quanto à proporcionalidade, as medidas seriam extremamente custosas, sem haver, em contrapartida, evidências concretas de efetividade⁷⁷.

Por fim, as medidas também violariam o princípio da duração razoável do processo, tendo em vista que o magistrado, segundo os requerentes, por não participar do desenvolvimento das investigações, necessitaria de tempo superior para entender o processo, o que aumentaria ainda mais a duração das já morosas ações penais. Este argumento também possui desdobramento específico à nova causa de suspeição, alegando as partes que haveria distanciamento do magistrado com o processo, o que prejudicaria a busca pela verdade material⁷⁸.

Assim, tem-se que esta Ação Direta de Inconstitucionalidade, embora apresente argumentos semelhantes à anterior, trata também, de forma específica, da causa de suspeição.

De outra banda a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6300⁷⁹ foi apresentada pelo Partido Social Liberal em primeiro de janeiro de 2020. Esta ação, assim como a ADIN 6298, buscava se opor aos novos artigos 3-A, 3-B, 3-C, 3-D, 3-E e 3-F do Código de Processo Penal, ou seja, as normas que instituem o juiz de garantias, bem como a norma que determinou o prazo de 30 dias após a publicação da Lei para sua vigência.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6299. Requerente: Partidos Podemos e Cidadania. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 dez 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em 23 set 2022.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6299. Requerente: Partidos Podemos e Cidadania. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 dez 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em 23 set 2022.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6300. Requerente: Partido Social Liberal. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 01 jan 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em 23 set 2022.

Em seus argumentos, o requerente alega que a medida carece de estudo prévio de impacto econômico, orçamentário e organizacional, o que causaria um estado geral de caos nos poderes do Estado. De fato, o argumento apresentado nesta ação é bastante semelhante ao apresentado na primeira, trazendo especial atenção à situação econômica do país e à prévia aprovação da lei orçamentária para o ano seguinte⁸⁰.

Ademais, também indica que as normas ferem a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como o pacto federativo. Isso porque, conforme sustenta, o art. 99, § 5º, da Constituição Federal veda a realização de despesas e assunção de obrigações que não estivessem previamente estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, salvo se for previamente aberto crédito suplementar ou especial. Depreende-se deste ponto que, uma vez que a medida provavelmente exigirá um número maior de juízes atuando em cada comarca, e conseqüentemente mais servidores e despesas, o Poder Judiciário e o Estado Brasileiro como um todo seriam alvo de considerável aumento de despesas, sem que seja reservado orçamento específico para tanto, o que é vedado pela referida norma constitucional⁸¹.

Em seguida, o requerente também alega que a implementação do juiz de garantias violaria os princípios da isonomia e simetria constitucional, em razão das autoridades com foro de prerrogativa de função. Segundo sua argumentação, haveria assimetria entre as ações penais originárias do primeiro grau de jurisdição e aquelas com origem no segundo grau de jurisdição, porquanto a Lei nº 8.038/90 permanece inalterada, havendo nesta normas onde fica explícita a exigência de que o mesmo juiz atue na instrução e no julgamento. Assim, tem-se que o argumento apresentado é análogo ao presente na ADI 6298.

Finalmente, o requerente alega que, caso o prazo para a vigência da norma permaneça, e os Tribunais sejam incapazes de instituir o juiz de garantias, haverá ampla adesão dos representantes de réus em ações penais pela tese de nulidade

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6300. Requerente: Partido Social Liberal. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 01 jan 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em 23 set 2022.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6300. Requerente: Partido Social Liberal. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 01 jan 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em 23 set 2022.

por ausência do juiz de garantias, o que, segundo sua argumentação, prejudicará o andamento das ações penais e eventualmente resultará na prescrição de diversos casos⁸².

Desta forma, assim como a ADI 6298, esta Ação Direta de Inconstitucionalidade restringe seus argumentos ao juiz de garantias, apresentando motivos materiais e formais para evitar sua implementação.

Finalmente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6305⁸³ foi apresentada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP em 20 de janeiro de 2020. A Ação buscava combater os novos arts. 3º-A, 3º-B, 3º-D e 28-A, bem como a nova redação dos arts. 28 e 310, todos do Código de Processo Penal

Em seus argumentos, a requerente contesta, primeiramente, a segunda metade do novo art. 3º-A do Código de Processo Penal, que veda a substituição da atuação probatória do órgão de acusação pelo juiz, sem, porém, vedar a atuação probatória defensiva do magistrado. Neste sentido, conforme sustenta, esta parte do artigo violaria o verdadeiro sistema acusatório, na medida em que estaria afastando o juiz de seu papel de imparcialidade, criando um suposto juiz-defensor. Assim, a norma ignora todos os interesses em jogo, como o dos acusados, das vítimas e da sociedade como um todo.

Já quanto ao art. 3º-B do Código de Processo Penal, a associação reclamante foca seus questionamentos nos incisos IV, VIII, IX, X, XI, dispondo o primeiro sobre o dever da autoridade acusatória de informar o juiz sobre a instauração de qualquer investigação criminal, a segunda sobre a reserva da competência do magistrado para decidir sobre a prorrogação do prazo de duração do inquérito, quando o investigado estiver preso, o terceiro sobre a determinação de trancamento do inquérito policial, o quarto sobre a competência para requisitar documentos e informação sobre o andamento das investigações e o quinto sobre a competência para decidir sobre determinados requerimentos. Em contraposição, a parte requerente indica que as normas conflitam com a autonomia e com o exercício do

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6300. Requerente: Partido Social Liberal. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 01 jan 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em 23 set 2022.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6305. Requerente: Partido Social Liberal. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 jan 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em 23 set 2022.

poder investigatório do Ministério Público, bem como prejudicam a equidistância do magistrado de ambas as partes processuais⁸⁴.

Já quanto ao parágrafo único do art. 3º-D do Código de Processo Penal, que determina um sistema de rodízio dos magistrados nas comarcas com apenas um juiz, a parte requerente alega que esta disposição viola o art. 125, § 1º, da Constituição Federal, na medida em que se trata de norma de organização judiciária⁸⁵.

Em seguida, o art. 28 do Código de Processo Penal, que, em sua nova redação, modificou o procedimento de arquivamento dos inquéritos policiais. Neste ponto, é meramente questionada a dificuldade operacional da medida, sendo necessário prazo superior a 30 dias para sua implementação. Já quanto ao art. 28-A do Código de Processo Penal, que instituiu o acordo de não persecução penal, a parte requerente somente contesta parcialmente a medida. De fato, inicialmente, indica que deveria caber ao Ministério Público, e não ao juiz de execução, determinar o local da prestação de serviços e a entidade beneficiada por estes, uma vez que não se trataria de pena propriamente dita. Além disso, questiona também a possibilidade do investigado de recorrer da decisão de não oferecimento do acordo, indicando que, caso possível, a decisão deverá caber ao órgão revisional do próprio Ministério Público, e não a um magistrado⁸⁶.

Desta forma, tem-se que esta Ação Direta de Inconstitucionalidade apresenta argumentos bastante distintos dos anteriormente apresentados, todavia, mantém o foco no juiz de garantias, embora também discorra sobre as novas normas referentes ao inquérito policial e ao acordo de não persecução penal.

Suficientemente analisadas estas quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade, cumpre ainda analisar a decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, em 22 de janeiro de 2020, na qual o Ministro concedeu a medida

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6305. Requerente: Partido Social Liberal. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 jan 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em 23 set 2022.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6305. Requerente: Partido Social Liberal. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 jan 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em 23 set 2022.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6305. Requerente: Partido Social Liberal. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 jan 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em 23 set 2022.

cautelar, decidindo por suspender indefinidamente a eficácia de algumas das normas legais contestadas pelas ADIs⁸⁷.

De maneira geral, o Ministro percebeu a “fumaça do bom direito” em razão das alegações de inconstitucionalidades formais em diversas normas da Lei 13.964/19 por, dentre outros motivos, tratar da organização e divisão interna no judiciário, o que estaria em desacordo com o Art. 96, I, “d”, bem como II, “b” e “d” da Constituição Federal⁸⁸.

. Além disso, o § 5º, do Art. 157 do Código de Processo Penal, tema desta monografia, seria também materialmente inconstitucional, na medida em que violaria os princípios da isonomia, do juiz natural, e da duração razoável do processo, previstas no art. 5º, caput, LIII e LXXVIII, respectivamente, da Constituição Federal. Ainda, violaria a regra da regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário, prevista no Art. 99 da Constituição Federal⁸⁹.

Igualmente, o “perigo na demora” seria representado pela proximidade da então data de vigência da lei, o que faria com que o Poder Judiciário e o Ministério Público não conseguissem aplicar a tempo as reformas estruturais necessárias para aplicar as novas exigências legais, causando suposta alta insegurança jurídica e instabilidade nas instituições⁹⁰.

Em suas razões, o Ministro Fux ressaltou o papel distinto que exercem os membros do Poder Judiciário, em comparação com aquele exercido pelos membros

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 jan 2020. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 23 set 2022.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 jan 2020. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 23 set 2022.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 jan 2020. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 23 set 2022.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 jan 2020. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 23 set 2022.

dos poderes Executivo e Legislativo, e analisou individualmente cada um dos institutos questionados⁹¹.

Diante disso, no que diz respeito à nova causa de suspeição, o Ministro faz referência direta à decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli, então presidente da Corte, em 15 de janeiro de 2020, enquanto exercia o plantão judicial.

Em suas palavras, a norma deveria ser suspensa por ser extremamente vaga, e por gerar inúmeras dúvidas. Neste ponto o Ministro apontou que não estaria claro o significado da expressão “conhecer do conteúdo de prova declarada inadmissível”, porquanto poderia significar tanto ter emitido juízo de valor sobre a prova quanto meramente ter tido acesso a esta. Ademais, ainda estaria nebuloso se o magistrado poderia prosseguir com a instrução e proferir decisões interlocutórias, ou se estaria, desde já, impedido de atuar no caso. Por fim, o Ministro aponta possíveis inconveniências ao processo, como seria o caso do magistrado reconhecer a inadequação de uma prova durante a prolação da sentença, ou de um acórdão⁹².

Em razão dessas inconveniências, o Ministro compreendeu que a norma estaria em desacordo com o princípio da legalidade, porquanto a vagueza e imprecisão dos termos seria incapaz de orientar efetiva e adequadamente a ação individual dos magistrados⁹³.

Além disso, a norma também violaria o princípio do juiz natural, uma vez que estariam ausentes “*critérios claros e objetivos para sua aplicação*”, visto que as partes poderiam produzir prova inadmissível de forma proposital, com o intuito de modificar o magistrado responsável por julgar o caso, concedendo às partes a capacidade de manipular indevidamente na escolha de seu julgador⁹⁴.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 jan 2020. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 23 set 2022.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 jan 2020. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 23 set 2022.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 jan 2020. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 23 set 2022.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil. Relator:

3.3 A (in)admissibilidade de provas ilícitas

Conforme exposto anteriormente, a nova norma exposta no parágrafo 5º do artigo 157 do Código de Processo Penal determina que o juiz que conhecer do conteúdo de prova declarada inadmissível não poderá julgar o caso relacionado. Desta forma, para compreender o instituto normativo, é necessário também esclarecer o significado de provas inadmissíveis, bem como distingui-las das provas meramente ilícitas. Ocorre que, para compreender tais conceitos, revela-se necessário discorrer rapidamente sobre o conceito de prova.

Nesta banda, ao tratar do tema, Aury Lopes expõe o seguinte entendimento⁹⁵:

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime). O tema probatório é sempre a afirmação de um fato (passado), não sendo as normas jurídicas, como regra, tema de prova (por força do princípio *iura novit curia*)

Como se vê, o doutrinador compreende o processo penal como um meio, um instrumento, mediante o qual é possível reconstruir os fatos da lide. Diante desta realidade, as provas operam como utensílios, capazes de efetivamente reconstruir, mesmo que parcialmente, o passado.

Assim, as provas podem ser compreendidas como “*o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos*”⁹⁶. Ocorre que este termo pode ser alvo de múltipla conceituação, na medida em que engloba tanto as fontes de prova, os meios de prova e os objetos de prova.

Assim, a fim de esclarecer este ponto, em apertada síntese, pode-se compreender fontes de prova como “*as pessoas (testemunha Pedro – fonte pessoal) ou objetos (documento – fonte real) com idoneidade suficiente a fornecer resultados valorativos ao julgador, de onde são extraídos os dados cognoscitivos, a prova em*

Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 jan 2020. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 23 set 2022.

⁹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 143.

si⁹⁷”, ou seja, o instrumento através do qual se é capaz de obter a prova. Por outro lado, meios de prova seriam “os mecanismos ou instrumentos processuais utilizados para introduzir no processo os elementos emanados das fontes de prova⁹⁸”, em outras palavras, seriam os meios através dos quais o magistrado obtém acesso à prova, como o caso do testemunho e das perícias. Por fim, objeto da prova são os fatos históricos cuja veracidade se pretende demonstrar⁹⁹.

Esclarecido o conceito de prova, em suas diferentes facetas, pode-se agora adentrar no tema das provas ilícitas e ilegítimas. Neste sentido, vejamos inicialmente a visão de Nucci sobre o tema¹⁰⁰:

“O conceito de ilícito advém do latim (illicitus = il + licitus), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo do termo ilícito, vedando-se a prova ilegal e a ilegítima. Nesse contexto, abrem-se duas óticas, envolvendo o que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei). Este último enfoque (formalmente ilícito), como defendemos, é o ilegítimo.”

Como se vê, na visão de Nucci, o termo “ilícito” pode tanto ser utilizado em sentido estrito, para descrever algo contrário às leis, quanto em sentido amplo, ao contrariar questões jurídicas mais abrangentes, englobando os princípios gerais do direito, os bons costumes e qualquer outro fator moral social. Ainda nesta questão, conforme expôs o doutrinador, a ilicitude da prova poderia ser compreendida pelo seu caráter material ou formal, sendo o primeiro relacionado ao conteúdo da prova ou a forma como fora obtido, e o segundo relacionado somente à forma como fora juntada ao processo. Assim, as provas ilícitas propriamente ditas seriam as materialmente ilícitas, enquanto a prova indevida seria a formalmente ilícita.

Desta forma, segundo o doutrinador, a ilicitude em sentido amplo seria um tempo genérico, no qual estariam situadas todas as modalidades de provas

⁹⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Grupo GEN. 2016. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>>. Acesso em: 19 set 2022

⁹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Grupo GEN. 2016. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>>. Acesso em: 19 set 2022.

⁹⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 381

¹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 20 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993474/>>. Acesso em: 19 set 2022

contrárias ao ordenamento jurídico, ou seja, tanto as provas ilícitas propriamente ditas quanto as ilegítimas. Esta compreensão se dá por uma análise terminológica da norma presente no art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal, a qual determina que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”¹⁰¹. Assim, caso se compreendesse pelo contrário, ou seja, que as provas indevidas sejam o gênero, ou que existam num conjunto alheio à ilicitude, seria possível admiti-las no processo, o que evidentemente violaria o objetivo do preceito constitucional mencionado, que claramente buscava garantir o respeito inequívoco das partes ao direito durante a produção probatória.

Embora este entendimento seja amplamente aceita entre a doutrina, tem-se que a classificação das provas que contrariam normas jurídicas não é uníssona entre a doutrina. De fato, Alexandre de Moraes¹⁰², ao conceituar o mesmo instituto, opta por diferenciar as provas inadmissíveis entre ilícitas, ilegítimas e ilegais. Neste sentido, uma prova seria ilícita se contrariasse normas de direito material, enquanto a prova ilegítima estaria em contrariedade com as normas de direito processual. Ainda, o conceito de provas ilegal funcionaria em sentido amplo, englobando tanto provas ilícitas quanto ilegítimas, ou seja, qualquer prova que viole normas tanto processuais quanto materiais.

Esta visão é também compartilhada por Aury Lopes, que expõe em sua obra a seguinte classificação:

“Devem-se distinguir prova ilegal, ilegítima e ilícita. A prova “ilegal” é o gênero, do qual são espécies a prova ilegítima e a prova ilícita. Assim:

prova ilegítima: quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo Exemplo: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como o são as declarações escritas e sem contraditório) etc.;

prova ilícita: é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo). Nesse caso, explica MARIA THEREZA, embora servindo, de forma imediata, também a interesses processuais, é vista, de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. Em geral, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade (exemplos:

¹⁰¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 set 2022.

¹⁰² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas. 2003. p. 96.

interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal do sigilo bancário, fiscal etc.)”¹⁰³

Ocorre que, embora mantenha classificação semelhante, o doutrinador aqui compreende que o Artigo 157 do Código de Processo Penal engloba somente as provas ilícitas, ou seja, as obtidas em desconformidade com o ordenamento jurídico. De fato, em sua visão, estas provas jamais devem ser admitidas no processo, e caso admitidas, devem ser desentranhadas e destruídas. Por outro lado, as provas ilegítimas são repetíveis, meramente devendo ser desentranhadas do processo em razão de algum erro no momento ou forma de sua juntada, não havendo, portanto, necessidade de serem destruídas, nem sendo vedada sua eventual juntada no momento adequado.

Assim, de maneira geral, podem ser destacadas quatro grandes teorias que tratam da admissibilidade da prova ilícita, ou seja, a obtida em violação ao ordenamento jurídico: a) teoria da admissibilidade processual da prova ilícita; b) teoria da inadmissibilidade absoluta; c) teoria da admissibilidade da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade e; d) teoria da admissibilidade ilícita em nome do princípio da proporcionalidade pro reo.

Segundo a teoria da admissibilidade processual, da prova ilícita, às violações ao direito material são irrelevantes, devendo apenas haver adequação ao direito processual¹⁰⁴. Ainda, segundo a teoria, as partes poderiam se utilizar de qualquer prova para demonstrar a veracidade de suas alegações. Todavia, em que pese a admissibilidade das provas materialmente ilícitas, o responsável por sua obtenção poderia responder judicialmente pelas normas violadas, em autos apartados, sejam eles cíveis ou penais. Esta teoria é atualmente tida como minoritária na doutrina brasileira e não encontra adoção relevante em qualquer tribunal do país. Dentre os críticos da corrente, prepondera a percepção de que é ilógico permitir que um objeto produza efeitos em um processo e, em outro, seja usado para justificar uma sanção ao responsável por sua existência.

Como exemplo, poderia-se utilizar o caso de um agente estatal que realiza uma interceptação telefônica ilícita, onde o réu de uma ação penal confessa a prática delitiva. Esta interceptação, conforme a teoria, poderia ser juntada aos autos,

¹⁰³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

ser usada para tentar demonstrar a veracidade das alegações acusatórias e justificar uma condenação. Porém, aqueles responsáveis pela interceptação responderão, em processo autônomo, pela prática do delito previsto no artigo 10^a da Lei nº 9.296/96 (Lei das Interceptações Telefônicas).

De outra banda, a teoria da inadmissibilidade absoluta dita que o art. 5^o, inciso LVI da Constituição Federal deve ser interpretado de forma literal, sendo, portanto, inadmissível qualquer prova obtida de forma ilícita, ou seja, materialmente ilícita¹⁰⁵. Esta corrente possui considerável adesão da doutrina e da jurisprudência nacional, estando inclusive presente em julgados do STF. Em seus motivos, a teoria descreve que, por ser uma vedação constitucional, exceções e relativizações não devem ser toleradas. Essa teoria, porém, é também criticada por parte da doutrina, que a vê como excessivamente rígida, tanto por ignorar a atual e frequente relativização das normas e preceitos constitucionais, quanto por ignorar a eventual complexidade e excepcionalidade de eventuais casos. Ademais, a teoria também impediria que as normas constitucionais se adequassem a novas realidades sociais com o passar dos anos.

Assim, se fossemos aplicar o mesmo exemplo anterior, no qual um agente estatal realiza uma interceptação telefônica ilícita, onde o réu de uma ação penal confessa a prática delitativa, o resultado seria diverso. De fato, neste caso, a prova não poderia, de qualquer forma, ser admitida no processo, porquanto fora obtida em violação ao preceito constitucional, bem como às normas legais. Assim, a acusação não poderia se valer das informações presentes nesta interceptação para tentar demonstrar a veracidade das alegações acusatórias, nem o juiz se valer delas para justificar eventual condenação.

Já a corrente da admissibilidade da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade dita que uma prova ilícita pode ser admitida, em casos graves e excepcionais, quando estas forem a última forma razoável e possível de proteger o interesse público¹⁰⁶. Esta corrente busca evitar sentenças flagrantemente injustas, ocasionadas por situações em que o caso possui alta relevância, mas o “mundo dos fatos” e o “mundo dos autos” estão em intensa discordância.

¹⁰⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

¹⁰⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

Esta corrente é bastante criticada por Lopes, senão vejamos¹⁰⁷:

“O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do interesse público x interesse privado, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da “prevalência” do interesse público...

É um imenso perigo (grave retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto, manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais. Recordemos que o processo penal é democratizado por força da Constituição, e isso implica a revalorização do homem.”

Conforme aponta, esta teoria poderia apresentar grande risco à segurança jurídica, na medida em que uma enorme quantidade de magistrados estariam se utilizando do princípio da razoabilidade e proporcionalidade para aplicar sua própria vontade, ignorando as normas legais e constitucionais, para violar direitos fundamentais em nome de um suposto interesse público. Isso, segundo fundamenta, representaria um retrocesso no processo penal, porquanto o respeito aos direitos e garantias fundamentais está determinado pela Constituição Federal, e a adoção desta corrente representaria um retorno ao estado anterior.

Assim, conforme o exemplo já utilizado anteriormente, em que um agente estatal realiza uma interceptação telefônica ilícita, na qual o réu de uma ação penal confessa a prática delitativa, a admissibilidade dependeria de fatores externos. Com efeito, para avaliar a admissibilidade da prova, seria necessário primeiro constar a relevância do caso concreto em análise e, em seguida, a possibilidade de razoavelmente obter as informações por qualquer outro meio legal. Assim, caso ambos os requisitos sejam preenchidos, a parte poderá se apoiar na interceptação para demonstrar a veracidade de suas alegações, e o juiz poderá, igualmente, se utilizar desta para justificar seu convencimento.

Finalmente, segundo a corrente da admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade *pro reo*, a prova ilícita pode ser admitida no processo, desde que seja sopesado o valor da liberdade de um inocente em face do eventual direito violado na obtenção ou juntada da prova.

¹⁰⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

Esta teoria é defendida por LOPES¹⁰⁸ e por GRECO FILHO¹⁰⁹ tende este se pronunciado no seguinte sentido:

“uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal”

Assim, conforme expõe, esta corrente compreende que, na imensa maioria dos casos, um acusado poderia violar direitos alheios, a fim de produzir provas de sua inocência, na medida em que a injustiça de uma eventual condenação seria maior que a injustiça ocorrida no momento da produção desta evidência.

Esta linha de pensamento tem sido adotada pelos tribunais brasileiros, como o Superior Tribunal de Justiça, que compreende haver causa de exclusão da ilicitude quando o agente viola direitos alheios para produzir prova de sua inocência, porquanto estaria agindo em legítima defesa ou estado de necessidade, ou até porque uma conduta diversa seria inexigível¹¹⁰. Assim, excluída a ilicitude da conduta, a prova seria lícita e, portanto, admissível no processo.

Mesmo assim, importante ressaltar que, conforme exposto, a prova somente é admissível por permitir que uma pessoa inocente evite uma condenação injusta, tendo em vista a violenta injustiça que esta representaria. Assim, embora admissível para fundamentar a absolvição, esta prova não poderia ser utilizada para fundamentar a condenação de um terceiro, pois representaria um desvio de propósito e ultrapassaria os limites permissivos da violação de direitos ocorrida em sua produção, sendo, para este, ilícita e inadmissível.

Assim, adaptando o exemplo utilizado para ilustrar as demais teorias, pode-se imaginar o caso em que um réu realiza uma interceptação telefônica sem permissão de autoridade judicial e consentimento dos interlocutores, durante a qual um destes confessa a prática do delito pelo qual o réu está sendo acusado. Nesta situação, a prova seria admissível para absolver o acusado, na medida em que este pode se

¹⁰⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

¹⁰⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. Ebook.

¹¹⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Barueri: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770526/>>. Acesso em: 19 set 2022.

valer de todos os meios possíveis para demonstrar sua inocência. Mesmo assim, esta mesma gravação não poderia ser utilizada contra o terceiro que confessou a prática delitiva, porquanto violaria seu direito à privacidade. Assim, a acusação não poderá se apoiar na interceptação para demonstrar a veracidade de suas alegações, mas a defesa poderá, e o juiz somente poderá se utilizar desta para fundamentar um juízo absolutório, jamais condenatório.

Desta forma, tendo em vista o exposto no primeiro ponto deste trabalho de conclusão, no que tange ao propósito do processo penal contemporâneo, tem-se que esta corrente se revela como a mais adequada para evitar condenações injustas, sem abrir mão das limitações impostas ao poder estatal contra a violação irrestrita de garantias e direitos fundamentais do cidadão.

3.4 Impedimento, suspeição e incompatibilidade

Como tem sido exposto no decorrer de todo este trabalho, seu objeto é a nova causa de suspeição disposta no art. 157, § 5º, do Código de Processo Penal. Assim, para que se possa suficientemente entender seu propósito e conteúdo, é necessário primeiro compreender o que são causas de suspeição, bem como de impedimento e incompatibilidade.

Assim, tem-se que os três conceitos estão intimamente conectados ao princípio da imparcialidade, na medida em que buscam, no caso dos magistrados, de uma forma ou de outra, impedir que alguém participe do processo, por dúvida quanto à sua capacidade de efetivamente cumprir sua função constitucional, seja por um critério objetivo ou subjetivo.

Neste sentido, as hipóteses legais de incompatibilidade estão dispostas no art. 112 do Código de Processo Penal. Conforme a norma, magistrados, membros do Ministério Público, funcionários e serventuários da justiça, peritos e intérpretes devem se abster de participar de um processo quando constatarem sua própria parcialidade, cabendo também, caso não se abstenham voluntariamente, oposição de exceção pelas partes.

Como inexiste no dispositivo legal a adequada conceituação do termo incompatibilidade, é necessário recorrer à doutrina. Neste sentido, Giacomolli, ao analisar o tema, compreende que a incompatibilidade pode ser compreendida como

o gênero, conceito geral, enquanto a suspeição e o impedimento seriam espécies, conceitos específicos¹¹¹. Portanto, sempre que houvesse referência a uma suspeição ou um impedimento, se estaria tratando de uma incompatibilidade, embora a recíproca não seja verdadeira.

De outra banda, este mesmo termo é conceituado de forma diversa por Avena, o qual parte do entendimento “*que considera como causas de incompatibilidade todas aquelas hipóteses que, não classificadas como impedimento ou suspeição, reflitam na imparcialidade do juiz.*”¹¹².

Desta forma, haveria concordância entre os conceitos de Giacomolli e Avena, na medida em que haveriam condições que se adequariam somente à hipótese de incompatibilidade, sem encontrar respaldo nos casos de suspeição ou impedimento, todavia, o conceito se mostra divergente, uma vez que o primeiro trata todos os casos de impedimento e suspeição como casos de incompatibilidade, enquanto o segundo reconhece como incompatibilidade somente os casos não previamente compreendidos como suspeição ou impedimento

Ademais, Nucci também apresenta uma visão divergente sobre o conceito de incompatibilidade, conforme o seguinte enxerto:

Incompatibilidade, pois, é a afirmação, sem provocação da parte interessada, da suspeição. Quando o juiz, por exemplo, se declara suspeito, retirando-se dos autos, está reconhecendo uma incompatibilidade. Se a parte o considera suspeito e pretende afastá-lo da decisão da causa, ingressa com uma exceção de suspeição. Tratando da mesma situação – suspeição – em capítulos diferenciados, o Código de Processo Penal fornece ao termo incompatibilidade a força de declaração de ofício, bem como ao de exceção de suspeição, a significação de defesa, proposta pela parte interessada. Assim, não há “exceção de incompatibilidade” – mas apenas afirmação de ofício de incompatibilidade, fundada na suspeição –, tampouco “exceção de suspeição afirmada de ofício” – mas, sim, arguição apresentada pela parte interessada para afastar o órgão suspeito.¹¹³

Como se vê, para o doutrinador, não se trata de termo genérico, mas apenas de termo sinônimo, o qual deve ser utilizado nos casos em que a suspeição ou o

¹¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Grupo GEN. 2016. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>>. Acesso em: 19 set 2022.

¹¹² AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>>. Acesso em: 19 set 2022.

¹¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 20 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993474/>>. Acesso em: 19 set 2022.

impedimento for declarado de ofício pelo incompatível, sem a necessidade de pedido ou exceção por alguma das partes.

Assim, tem-se que o conceito de incompatibilidade é controverso na doutrina. Mesmo assim, pode-se depreender de todos os conceitos anteriormente expostos que um magistrado incompatível como o processo não deve julgá-lo, e poderá se autodeclarar incompatível, cabendo também oposição de exceção pelas partes, quando isto não ocorrer.

Já o impedimento, disposto no art. 252 do Código de Processo Penal, determina que o magistrado não poderá atuar no processo em que seu cônjuge ou algum de seus parentes, tanto consanguíneo quanto afim, e tanto em linha reta quanto colateral até terceiro grau, esteja atuando seja no polo ativo ou passivo, bem como quando ele ou algum familiar estiver envolvido no caso, como autoridade policial, auxiliar de justiça, perito ou testemunha ou seja de qualquer forma terceiro interessado no feito. Igualmente, não poderá atuar no caso quando tiver atuado como magistrado em instância diversa, ou tendo se pronunciado sobre o caso. Ademais, conforme o art. 253, também haverá impedimento se algum dos magistrados, em órgão colegiado, for cônjuge ou parente do julgador, dentro dos mesmos limites impostos anteriormente.

Como se vê pela disposição normativa, as causas de impedimento possuem caráter objetivo¹¹⁴, sendo irrelevante para o caso a real parcialidade do magistrado, bastando somente o cumprimento de algum dos requisitos legais¹¹⁵. Neste sentido, Nucci compreende o impedimento como uma incompatibilidade mais grave, capaz de impedir o exercício da função magisterial. De fato, as causas de impedimento podem ser compreendidas como endoprocessuais, uma vez que tratar de questões internas do processo¹¹⁶

¹¹⁴AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>>. Acesso em: 19 set 2022.

¹¹⁵ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>>. Acesso em: 19 set 2022.

¹¹⁶GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Grupo GEN. 2016. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>>. Acesso em: 19 set 2022.

Assim, constatado o impedimento do magistrado, todos os atos praticados por ele serão não apenas nulos, mas sim inexistentes¹¹⁷, motivo pelo qual todos os atos por ele realizados devem ser refeitos¹¹⁸. Ademais, tendo em vista seu caráter objetivo, as partes não podem aceitar o juiz, devendo este solicitar seu afastamento o quanto antes ou, caso não o faça, deverão as partes, por meio de exceção¹¹⁹.

Finalmente, a suspeição está disposta no art. 254 do Código de Processo Penal. Como dispõe o artigo, o magistrado será declarado suspeito quando: possuir relação de amizade ou inimizade com alguma das partes; ele mesmo, seu cônjuge, ascendente ou descendente estiver sendo processado por caso semelhante, com caráter criminoso controverso; ele, seu cônjuge ou parente, nos mesmos moldes do impedimento, estiver envolvido em processo que será julgado por alguma das partes; tiver aconselhado alguma das partes; for credor, devedor, tutor, curador de alguma das partes ou; sócio, acionista, administrador de sociedade que esteja interessada no feito.

Assim, ao contrário das causas de impedimento, as causas de suspeição possuem caráter subjetivo¹²⁰, de natureza extraprocessual, na medida em que tratam de questões de relacionamento entre o magistrado, ou pessoa a ele conectada, e as partes ou o tema¹²¹. Por este motivo, os atos praticados pelo juiz suspeito serão reconhecidos como inválidos, seja relativa ou absolutamente. Com efeito, caso a alegação de suspeição seja acolhida pelo próprio juiz, seus atos processuais serão dotados de invalidade relativa, em razão da presunção de boa-fé do magistrado¹²². Já quando este negar sua suspeição, mas tiver esta reconhecida pelo Tribunal, no julgamento da exceção de suspeição, a invalidade será absoluta,

¹¹⁷ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>>. Acesso em: 19 set 2022.

¹¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 20 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em:

<<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993474/>>. Acesso em: 19 set 2022

¹¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 20 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em:

<<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993474/>>. Acesso em: 19 set 2022

¹²⁰ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>>. Acesso em: 19 set 2022.

¹²¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Grupo GEN. 2016.

E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>>. Acesso em: 19 set 2022.

¹²² AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>>. Acesso em: 19 set 2022.

uma vez que a presunção anterior de boa-fé do magistrado inexistirá¹²³. Em todos os casos, é importante ressaltar que a jurisprudência das cortes superiores tem sido no sentido de que, sejam as invalidades relativas ou absolutas, deve-se ainda demonstrar o prejuízo à alguma das partes¹²⁴, antes que o ato seja descartado do processo¹²⁵

Diante de todo o exposto, percebe-se agora um impasse. Isso porque nenhuma das hipóteses dispostas nos arts. 112, 253 e 254 do Código Penal faz referência direta à situação do juiz contaminado pela prova ilícita. Assim, para que possamos classificar a norma do art. 157, § 5º, do Código de Processo Penal como uma causa de suspeição, impedimento ou incompatibilidade, é necessário analisar as normas conceitualmente.

Assim, uma vez que a norma busca afastar o magistrado em razão de sua parcialidade presumida, frente a uma prova ilícita e inadmissível, percebe-se que a situação em questão trata de um fator psicológico do magistrado, ou seja, uma questão subjetiva. Portanto, seria possível presumir que se trata de uma hipótese de suspeição, muito embora não esteja explicitamente previsto no art. 254 do Código de Processo Penal.

Portanto, para que esta análise possa ser aceita, é necessário que o rol do art. 254 do Código de Processo Penal comporte situações alheias às expostas, ou seja, seja reconhecido como rol meramente exemplificativo, e não taxativo.

Neste ponto, Aury Lopes, ao tratar do tema, compreende que o rol do referido artigo deve ser exemplificativo, na medida em que não há referência expressa à quebra de imparcialidade do julgador em qualquer outra exceção. Assim, caso o rol fosse taxativo, a quebra de imparcialidade não poderia ser sanada por qualquer meio legal, o que seria inadmissível, tendo em vista sua relevância fundamental no processo penal. Neste sentido, é o entendimento do referido doutrinador:

Situação bastante relevante – e grave – é a exceção de quebra da imparcialidade do julgador. Ao não estar expressamente prevista, acaba tendo de ser tratada no campo da suspeição, conduzindo, assim, a uma

¹²³ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>>. Acesso em: 19 set 2022.

¹²⁴ Encontrar algum jeito de fundamentar isso

¹²⁵ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>>. Acesso em: 19 set 2022.

nova problemática: o rol do art. 254 é taxativo? Não, não pode ser taxativo, sob pena de – absurdamente – não admitirmos a mais importante de todas as exceções: a falta de imparcialidade do julgador (recordando que o Princípio Supremo do processo é a imparcialidade)¹²⁶.

De igual forma, Norberto Avena compartilha deste entendimento, declarando o caráter meramente exemplificativo do referido rol, sendo apenas necessário demonstrar o comprometimento pessoal do magistrado, conforme dita o seguinte enxerto:

No Código de Processo Penal, os casos de suspeição encontram-se estipulados no art. 254. Tal dispositivo, entretanto, é meramente exemplificativo, sendo firme o entendimento de que, relevante para o reconhecimento da suspeição, é a constatação do comprometimento pessoal do juiz com a questão discutida no processo ou com as partes, sendo prescindível, então, a perfeita adequação do caso a um dos incisos do citado art. 254 do CPP.¹²⁷

Esta visão é também compartilhada por Nucci, que, ao tratar do tema, declara sua preferência pela compreensão do rol como exemplificativo, na medida em que este estaria apenas apresentando algumas hipóteses que feriram a isenção do magistrado, sem, todavia, expor todas, como se vê:

Características do rol: embora muitos sustentem ser taxativo, preferimos considerá-lo exemplificativo. Afinal, este rol não cuida dos motivos de impedimento, que vedam o exercício jurisdicional, como ocorre com o disposto no art. 252, mas, sim, da enumeração de hipóteses que tornam o juiz não isento. Outras situações podem surgir que retirem do julgador o que ele tem de mais caro às partes: sua imparcialidade. Assim, é de se admitir que possa haver outra razão qualquer, não expressamente enumerada neste artigo, fundamentando causa de suspeição.¹²⁸

Portanto, conforme exposto, vê-se que a caracterização do rol do art. 254 do Código de Processo Penal como exemplificativo é, se não um consenso entre a doutrina, uma visão com ampla aceitação. Desta forma, pode-se concluir que o art. 157, § 5º, expõe, de fato, uma causa de suspeição, na medida em que trata da contaminação do magistrado pelo seu contato com prova ilícita.

3.5 A contaminação do magistrado pelo contato com provas ilícitas

Compreendidas as especificidades da norma, resta agora, finalmente, trabalhar seu objetivo. Neste sentido, embora não conste nas razões legislativas,

¹²⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

¹²⁷ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>>. Acesso em: 19 set 2022.

¹²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 20 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993474/>>. Acesso em: 19 set 2022.

resta claro que a causa de suspeição busca garantir que apenas as provas lícitas e adequadamente admitidas no processo possam ser utilizadas na formação do convencimento do magistrado¹²⁹.

De fato, no sistema atualmente vigente, o julgador, ao compreender determinada prova como inadmissível, deverá desentranhá-la dos autos, bem como qualquer outra dela decorrente, conforme dita o art. 157, *caput* e §1º, do Código de Processo Penal.

Além disso, ao declarar seu juízo, o magistrado somente poderá fundamentar seu convencimento nas provas válidas juntadas aos autos, devendo, portanto, ignorar os elementos desentranhados. De fato, embora o magistrado tenha liberdade para determinar seu convencimento conforme sua consciência, ainda deve balizá-lo nas provas válidas juntadas aos autos¹³⁰

Ocorre que, mesmo que o magistrado realize um esforço ativo para esquecer as provas ilícitas com as quais teve contato, estas ainda podem exercer influência, mesmo que inconsciente, sob sua percepção dos fatos e seu convencimento. Com efeito, alegações poderão ter sua plausibilidade ampliada, e outras evidências poderão ser apoiadas pela prova desentranhada, gravada na memória do juiz. Isso, é claro, parte de uma concepção do magistrado como agente de boa-fé, sem levar em consideração a hipótese em que este deliberadamente se utiliza da prova desentranhada para formar seu convencimento, apenas evitando referenciá-la na sentença.

Nucci critica esta visão do juiz como “contaminado” pelo contato com prova ilícita, indicando, dentre outros motivos, que os magistrados poderiam entrar em contato com diversas evidências ou narrativas relacionadas ao processo através de meios externos, como conversas casuais, noticiários ou manifestações populares. Assim, admitir a possibilidade de contaminação do juiz por entrar em contato com prova ilícita acarretaria na exigência de que todos os julgadores se abstivessem de entrar em contato com o mundo exterior, a fim de preservar sua imparcialidade¹³¹.

¹²⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime**: comentários à lei 13.964/2019 artigo por artigo. Salvador: Editora PODIVM, 2020. p. 248.

¹³⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Barueri: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770526/>. Acesso em: 19 set 2022.

¹³¹NUCCI, Guilherme de Souza. Existe juiz contaminado por prova ilícita? Análise do novo § 5º do art. 157 do CPP. **Migalhas**. 05 mai 2020. Disponível em:

Neste ponto, muito embora seja possível compreender o raciocínio exposto pelo doutrinador, é também possível compreender a razão da causa de suspeição, tendo em vista o enorme impacto que uma prova ilícita pode ter no convencimento do julgador, mesmo que contra a sua vontade. Diante desta realidade, parte da doutrina tem optado por compreender que a norma somente seria aplicável no caso do magistrado admitir a prova, mas esta ser desentranhada em razão de solicitação das partes ou quando realizada após o proferimento da sentença ou acórdão¹³².

Na primeira hipótese, segundo alguns, caso o juiz opte por não admitir a prova ilícita, estaria cumprindo adequadamente seu papel constitucional, sob a luz do art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal. Desta forma, não haveria motivo para presumir a contaminação do juízo, ou afastar a presunção de boa-fé do julgador¹³³. Por outro lado, caso a alegação de nulidade seja recusada, o julgador estaria sinalizando sua adesão ao seu conteúdo, o que evidenciaria uma “*provável dissonância cognitiva merecedora de neutralização*”¹³⁴.

Já no segundo caso, caso já tenha sido proferida sentença ou acórdão, com a valoração fático-jurídica de todas as provas trazidas aos autos, estaria evidenciado o impacto da prova ilícita no convencimento do julgador, motivo pelo qual seria necessária a prolação de nova sentença ou acórdão, por magistrado diverso, desconhecedor da prova ilícita¹³⁵. Ademais, tendo em vista o caráter monocrático das decisões probatórias nas ações de competência originária dos Tribunais, a suspeição de toda a Câmara ou Turma seria hipótese absolutamente excepcional, mas ainda remediável, pela transferência da competência para o Colegiado sequencial¹³⁶.

<<https://www.migalhas.com.br/depeso/335916/existe-juiz-contaminado-por-prova-ilicita--analise-do-no-vo---5--do-art--157-do-cpp>>. Acesso em 19 set 2022.

¹³² SANTOS, Marcos Paula Dutra **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>>. Acesso em: 18 sep. 2022

¹³³ SANTOS, Marcos Paula Dutra **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>>. Acesso em: 18 sep. 2022.

¹³⁴ SANTOS, Marcos Paula Dutra **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>>. Acesso em: 18 sep. 2022.

¹³⁵ SANTOS, Marcos Paula Dutra **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>>. Acesso em: 18 sep. 2022.

¹³⁶ SANTOS, Marcos Paula Dutra **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>>. Acesso em: 18 sep. 2022.

Neste ponto, cumpre destacar breves comentários da doutrina a respeito da causa de suspeição, quais sejam, os danos à celeridade processual e a possibilidade de causar a suspeição do juiz natural maliciosa e deliberadamente. Diante do primeiro caso, tem-se que o impacto não seria tão considerável, uma vez que apenas a nova sentença ou acórdão precisará ser prolatada, sem necessidade de refazer qualquer ato instrutório¹³⁷. Já em relação ao risco ao juiz natural, não há motivos para credibilizar esta tese, tendo em vista que a parte não poderá juntar a mesma prova ilícita e então solicitar o afastamento do magistrado, tendo em vista o disposto no art. 256 do Código de Processo Penal¹³⁸.

Assim, tem-se que a norma busca garantir a imparcialidade do julgador, evitando que este possa se valer, mesmo que inconscientemente, de provas ilícitas para justificar a sentença ou o acórdão. Neste ponto, em que pese as possíveis críticas, não há como negar o amplo benefício ocasionado pela norma, na medida em que colabora na prevenção de o julgamento de casos por juízes contaminados, fortalecendo o princípio da imparcialidade no processo penal.

¹³⁷ SANTOS, Marcos Paula Dutra **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>>. Acesso em: 18 sep. 2022.

¹³⁸ SANTOS, Marcos Paula Dutra **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>>. Acesso em: 18 sep. 2022.

4. CONCLUSÃO

Este trabalho buscou analisar a nova causa de suspeição disposta no art. 157, § 5º, do Código de Processo Penal através de uma revisão da bibliografia disponível relacionada ao tema, sem, todavia, esgotar o debate sobre a matéria.

Neste sentido, ao longo do primeiro capítulo, foram analisados os fundamentos do processo penal, através de sua construção histórica e modelos ideias, bem como através das diferentes perspectivas trazidas pelo modelo garantista. Por meio desta análise, foram possíveis extrair diferentes princípios e garantias fundamentais do processo penal, os quais devem ser desenvolvidos e ampliados a fim de alcançar um processo penal mais próximo de um autêntico sistema materialmente acusatório, de natureza garantista, e em concordância com a Constituição Federal.

Já no segundo capítulo, foram analisadas as especificidades da norma, como seu histórico legislativo, sua natureza jurídica, hipóteses de ocorrência, e objetivos. Assim, constatou-se que a norma já estava em discussão ao longo da reforma processual penal de 2008, tendo, desde então, mantido idêntica redação. Ademais, a norma efetivamente representa um caso de suspeição, mas, mesmo que se tratasse de uma causa de uma causa de impedimento ou incompatibilidade, ainda seria necessário recorrer ao mesmo procedimento para sanar a questão. Foram também estudadas a natureza da prova ilícita, e a possibilidade da defesa se utilizar destas para demonstrar sua inocência sem incorrer na suspeição do magistrado. Finalmente, a possibilidade do magistrado ser contaminado por provas ilícitas foi também alvo de análise, a fim de melhor compreender o entendimento doutrinário a respeito de sua possibilidade e as situações em que poderia, ou não, ocorrer.

Desta forma, tem-se que a nova causa de suspeição cumpre tanto os objetivos na esfera ampla quanto na esfera estrita. Com efeito, a norma contribui para uma aproximação do sistema processual nacional a um sistema ideal acusatório, com maior igualdade entre as partes e certeza na efetiva imparcialidade do juiz. Ademais, a norma também se aproxima de um modelo garantista, indo de encontro com diversos princípios e garantias fundamentais, sem, todavia, enfraquecer de maneira relevante qualquer outro. Igualmente, a norma se sustenta

de forma específica, tendo em vista sua implementabilidade, baixa capacidade de ser utilizada em má-fé e benefícios para o bom exercício e confiabilidade da magistratura.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>>. Acesso em: 19 set 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. E-book.

BRASIL. Mensagem n. 350 de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm>. Acesso em: 24 set 2022.

BRASIL. Projeto de Lei n. 10372 de 2018. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-10372-2018>>. Acesso em: 24 set 2022.

BRASIL. Projeto de Lei n. 4205 de 2001. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26555>>. Acesso em: 24 set 2022.

BRASIL. Projeto de Lei n. 8.035 de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2010/msg701-101215.htm>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Projeto de Lei n. 882 de 2019. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 24 set 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 27 dez 2019. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em 23 set 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6299. Requerente: Partidos Podemos e Cidadania. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 dez 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em 23 set 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6300. Requerente: Partido Social Liberal. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 01 jan 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em 23 set 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6305. Requerente: Partido Social Liberal. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 jan 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>>. Acesso em 23 set 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 29 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

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

FREIRE, Antonio Manuel Penã. **La garantía en el Estado Constitucional de Derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 25-26.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Grupo GEN. 2016. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>>. Acesso em: 19 set 2022.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Montevideo: Editorial B de F, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. Ebook.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: comentários à lei 13.964/2019 artigo por artigo**. Salvador: Editora PODIVM, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Processual Argentino**. Buenos Aires: Hamurabi, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 20 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993474/>>. Acesso em: 19 set 2022

NUCCI, Guilherme de Souza. Existe juiz contaminado por prova ilícita? Análise do novo § 5º do art. 157 do CPP. **Migalhas**. 05 mai 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/335916/existe-juiz-contaminado-por-prova-ilicita-analise-do-novo-5-do-art-157-do-cpp>>. Acesso em 19 set 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. p. 116

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Garantismo penal: Ferrajoli por Ferrajoli, colocando os pingos nos is**. **Consultor Jurídico**. Belém, 29 de julho de 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-ferrajoli-ferrajoli>>. Acesso em 21 set 2022.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Marcos Paula Dutra. **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. Disponível em: <<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645077/>>. Acesso em: 18 sep 2022.

TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do Processo Penal Romano**. São Paulo: Bushatsky. 1976.