

CRÍTICA À SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DO ART. 3º-A DO CPP

CRITICISM TO SUSPENSION OF EFFECTIVENESS OF THE ART. 3º-A OF CPP

Bruno Augusto Vigo Milanez

Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Especialista em Direito Penal e Criminologia – ICPC/UFPR. Professor e Advogado.

ORCID: 0000-0002-9249-5148

bruno@mfadvocacia.adv.br

Resumo: O artigo busca demonstrar que a decisão liminar do Min. Luiz Fux, nas ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, não contém nenhum fundamento explícito que permita a suspensão da eficácia do art. 3º-A do CPP. Além de violar o princípio constitucional da motivação das decisões, insere-se a decisão naquilo que se poderia denominar de movimento de contrarreforma, em que medidas salutares em prol do modelo processual penal acusatório são simplesmente anuladas, mantendo-se a mentalidade e as práticas inquisitoriais no processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Pacote anticrime - Sistema acusatório - Contrarreforma.

Abstract: The article intend to demonstrate that the injunction of Justice Luiz Fux, at the ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, does not contain explicit fundamentals that would allow the suspension of the effectiveness of art. 3º-A, CPP. Besides violating the constitutional principle of motivation, the injunction is inserted in what could be called counter-reform movement, in which beneficial providences in favor of the adversary system are simply set aside, maintaining the inquisitorial mentality and practices in the Brazilian criminal procedure.

Keywords: Anti-crimepackage - Adversarial system - Counter-reform.

I. INTRODUÇÃO

Há muito se diz que o melhor termômetro para medir o grau de civilidade de um povo é a forma pela qual são salvaguardados direitos e garantias individuais no processo penal.¹ Esse argumento é suficiente para que se busque um modelo processual acusatório, consentâneo com a CR/88 e seus ideais democráticos.

Em que pesem os incontáveis desacertos da Lei 13.964/19, algumas das medidas aprovadas democratizam o processo penal, mesmo que inseridas no âmbito de reformas parciais, de todo criticáveis.²

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

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

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

Essa passagem permite algumas ponderações.

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

Em **segundo lugar**, a opção pelo sistema acusatório implica afastar o juiz da iniciativa probatória, incumbindo a gestão da prova exclusivamente à acusação e defesa. Se o processo penal deve servir como mecanismo de reconstrução dos fatos pretéritos, para a formação do convencimento judicial, é evidente que o destinatário do conhecimento produzido no processo é o juiz e os protagonistas da sua produção são as partes. Atribuir ao juiz a gestão da prova implica em indevida sobreposição de funções.³

Em **terceiro lugar**, o modelo acusatório maximiza a imparcialidade, fortalecendo a equidistância do juiz em relação às partes.⁴

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

II. O MOVIMENTO DE CONTRARREFORMA

Há uma inequívoca dimensão política no processo penal, que avulta quando em jogo leis novas que versam liberdades públicas do cidadão investigado/acusado. No contexto, a experiência da América Latina comprova que, após movimentos de reforma

das codificações processuais penais, no caminho de modelos acusatórios, surgem movimentos contrarreformistas, tencionando as garantias conquistadas em prol da manutenção de práticas inquisitoriais.⁵

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

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

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

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

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

III. CONTRAPONTO AOS ARGUMENTOS CONTRAREFORMISTAS

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

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

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

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

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

Ademais, o dispositivo não cria novo órgão jurisdicional, não estabelece novo procedimento, não implica aumento de gastos com a máquina judicial e não viola o princípio do juiz natural, mas apenas explicita o núcleo estrutural do sistema processual penal acusatório.

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

No que diz com o primeiro argumento, a lógica ínsita ao modelo acusatório impõe que o juiz não possua qualquer poder de instrução *ex officio*, nem mesmo de caráter complementar ou subsidiário, por uma razão primária: se o juiz corrigir defeitos investigativos, ordenando a produção de provas de ofício, atuará em substituição aos órgãos de investigação.

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

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

A LÓGICA ACUSATÓRIA IMPÕE QUE O MAGISTRADO NÃO ATUE EM AUXÍLIO DA ACUSAÇÃO E/OU DA DEFESA. ASSIM, O ARGUMENTO DA ADI 6.305 PARECE CORRETO

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

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

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

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

No plano da inconstitucionalidade formal, afirma-se equivocadamente que o art. 3º-A do CPP é "norma correlata" ao juiz de garantias, ostentando natureza híbrida, "sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária", violando os arts. 24 e 96, da CR/88. Adiante, reforça-se que "os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária" e que "a implantação dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal requer, em níveis poucas vezes visto (sic) na história judiciária recente, a reestruturação das unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos".

No plano material, análise da liminar revela inexistir qualquer vício no dispositivo, na medida em que apresenta apenas argumentos a esgrimir a constitucionalidade dos arts. 3º-B a 3º-F do CPP:

a inconstitucionalidade material dos dispositivos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal exsurge especialmente a partir de dois grupos de argumentos: a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para a implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade.

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

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

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

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

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

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

Notas

- ¹ (PISAPIA, 1985, p. 26); (COUTINHO, 2008, p. 12); (BETTIOL, 1974, p. 195); (GOLDSCHIMDT, James, 2002, p. 71).
- ² Além do texto de Jacinto Coutinho, referido anteriormente, cf.: Choukr, 2000, p. 101-115.
- ³ (COUTINHO, 2009, p. 103-115).
- ⁴ (LOPES JUNIOR, 2016, p. 57-61).
- ⁵ Sobre o tema, cf.: Binder, 2018, p. 11-31.

- ⁶ Essa possibilidade interpretativa encontra guarida na jurisprudência do STF: "Em particulares hipóteses, a fim de compatibilizar normas jurídicas infraconstitucionais de natureza penal aos comandos da Lei Maior, bem como ao próprio sistema em que se inserem, exsurge verdadeira imposição ao julgador no sentido de reconhecer que a lei disse menos do que pretendia (*lex minus scripsit, plus voluit*), a exigir seja emprestada interpretação ampliativa ao texto legal, respeitada a teleologia do texto interpretado." (BRASIL, 2018).

Referências

- BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- BINDER, Alberto. El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado e dificultades. In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonçalo (Coords.). *Código del Proceso Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: CEJA – JSCA, 2018, p. 11-31.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 137.888*. Relator: Min. Rosa Weber, 21 fev. 2018. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20180220_031.pdf. Acesso em: 27 jun. 2021.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do Código de Processo Penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan. (Coord.). *Estudos do processo penal: o mundo à revelia*. Campinas: Agá Juris, 2000, p. 101-115.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim do IBCCRIM*, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.
- GOLDSCHIMDT, James. *Princípios gerais do processo penal*. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. 4.ed. Padova: Cedam, 1985.

Recebido em: 30.03.2020 - Aprovado em: 05.02.2021 - Versão final: 07.07.2021