



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**LUIZ FELIPE GUERREIRO COUTO**

**SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: UM ESTUDO SOBRE O PROCESSO PENAL  
E O SEU GESTOR**

**BRASÍLIA  
2020**

**LUIZ FELIPE GUERREIRO COUTO**

**SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: UM ESTUDO SOBRE O PROCESSO PENAL  
E O SEU GESTOR**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Marcus Vinicius Reis Bastos

**BRASÍLIA  
2020**

**LUIZ FELIPE GUERREIRO COUTO**

**SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: UM ESTUDO SOBRE O PROCESSO PENAL  
E O SEU GESTOR**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Marcus Vinicius Reis Bastos.

**BRASÍLIA, \_\_\_\_\_ DE 2020**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor Orientador Marcus Vinicius Reis Bastos**

---

**Professor(a) Avaliador(a)**

Dedico este trabalho à minha mãe, *Martha*, e  
à minha avó, *Lia*.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha família, pilar fundamental da minha formação.

Agradeço a todos os meus professores, por tudo que aprendi e sigo aprendendo.

Ao meu professor orientador, Marcus Vinicius Reis Bastos, pelos inestimáveis conselhos e ensinamentos.

Aos advogados Ticiano Figueiredo, Pedro Ivo Velloso, Thiago Machado, Célio Rabelo, Juliano Aveiro, Francisco Agosti, Marcelo Neves, Camila Crivilin e Oberdan Costa, por tantas lições e conselhos, além da generosidade e confiança.

Agradeço ao assessor André Luiz Silva Araújo, notável jurista e conhecedor do Supremo Tribunal Federal, pela confiança e pelos ensinamentos.

Agradeço aos amigos que o Direito me deu, Pedro Henrique Souza, Guilherme Ribeiro, Jefferson Hable, Luís Felipe Lavôr e Eduardo Sampaio, pela agradável e imprescindível companhia de sempre. Aos meus amigos estagiários na judicatura, Iago Reis, Arthur Lima e João Victor Prasser, por tantos momentos especiais. Aos meus amigos estagiários na advocacia, João Paulo Ferraz, Felipe Lins e Augusto Guerra, pelo companheirismo nas trincheiras da vida.

Por último, em especial, agradeço ao querido professor Paulo Cesar Rodrigues, jurista de erudição inigualável, cujas aulas colossais e inesquecíveis revelam porque o Direito é a arte do bom e do justo.

*Os prudentes freqüentam as casas  
de renomados heróis que são mais  
palcos de heroísmo que palácios de  
futilidade. Alguns são notáveis  
pelos conhecimentos e bom senso;  
pelo exemplo e pelo modo de agir,  
são oráculos de toda a grandeza.*

**Baltazar Gracián.**

## RESUMO

Resumo: a presente monografia busca investigar as bases dos sistemas processuais penais analisados pela doutrina tradicional – inquisitivo, acusatório e misto – por meio de pesquisa dogmática da bibliografia pertinente ao tema. Em seguida, faz-se o exame sobre a escolha constitucional. Viabiliza-se, então, a análise acerca da conformidade constitucional da lei processual penal, onde se verá a persistência da incompatibilidade do Código de Processo Penal com o sistema acusatório, eleito pela Constituição da República de 1988. Ainda, aprecia-se as normas introduzidas no ordenamento processual penal pela Lei nº 13.964/2019, pois se observa que o desenho da lei adjetiva penal comum foi consideravelmente alterada, ganhando mais cores acusatórias, notadamente a partir da instituição do Juiz de Garantias. Na sequência, averigua-se o papel do Juiz no processo penal acusatório, observando qual deve ser a atividade própria do órgão julgador em um sistema acusatório. Posteriormente, faz-se a anotação necessária sobre o inquérito instaurado de ofício pelo Supremo Tribunal Federal e violador do sistema acusatório. A metodologia utilizada ao longo do estudo foi o exame da doutrina tradicional sobre o tema, incursões pela jurisprudência de ontem e de hoje, além de intensa interdisciplinaridade, dialogando com o Direito Comparado e Direito Constitucional.

**Palavras-chave:** Direito processual penal. Direito Constitucional. História do processo penal. Sistemas processuais penais. Sistema inquisitivo. Sistema acusatório. Sistema misto. Conformidade constitucional. Poderes instrutórios do juiz. Separação de funções processuais. Inquérito das *fake news*. Lei n. 13.964/2019. Pacote Anticrime.

## SUMÁRIO

<b>Introdução .....</b>	<b>1</b>
<b>1. Processo Penal Acusatório .....</b>	<b>4</b>
1.1. Jurisdição e Processo .....	4
1.2. O Direito Processual Penal .....	10
1.3. Sistemas de Estruturação do Processo Penal: Inquisitivo, Acusatório e Misto .....	14
1.4. A Opção Constitucional.....	35
<b>2. Conformidade Constitucional da Lei Processual Penal.....</b>	<b>55</b>
2.1. Legislação Processual Penal Brasileira .....	55
2.1.1. Perspectiva histórica .....	55
2.1.2. Perspectiva dogmática .....	65
2.2. A [in]compatibilidade com o sistema acusatório.....	69
2.2.1. Nota introdutória.....	69
2.2.2. Investigação .....	71
2.2.3. Medidas assecuratórias .....	85
2.2.4. Provas .....	87
2.2.5. Medidas cautelares.....	98
2.3. Atual estágio da persecução penal brasileira .....	111
<b>3. O Juiz no Processo Penal Acusatório.....</b>	<b>114</b>
3.1. A atividade própria do Juiz no sistema acusatório .....	114
3.2. O caso do Inquérito das Fake News ou do Fim do Mundo .....	124
<b>4. Considerações Finais .....</b>	<b>144</b>
<b>Referências .....</b>	<b>149</b>



## INTRODUÇÃO

Os juristas brasileiros caminham, há muito, numa trilha ardorosa e impopular em busca do aperfeiçoamento do processo penal democrático – ou, ao menos, que se pretende democrático. Assim, diga-se, desde logo: o presente trabalho consiste em um singelo contributo à essa trilha pavimentada por tanto tempo e por tantos juristas excepcionais, de modo que se trata de um apanhado da história do direito processual penal temperado com as nuances do estado da arte contemporâneo.

Os percalços da trilha não são poucos. Vive-se em um país que aprendeu a velar alguns sentimentos em nome de sua própria sobrevivência – nuances que não cabem ser desfloradas aqui.

Se por um lado a cultura nacional é inegavelmente rica e bela, por outro, e talvez pelos mesmos motivos, há traços negativos que teimam em se revelar vez ou outra. O brasileiro é cordial – não poderia ser mais precisa a lição de Sérgio Buarque de Holanda. É generoso, mas autoritário. É gentil, até certo ponto. É pacífico, por vezes. É modesto, quando não há razão para orgulho. Nessa vereda, talvez o autoritarismo camuflado e uma constante necessidade paternal dialoguem com maior intimidade com o tema ora em estudo.

Os sentimentos que aqui gorjeiam, não gorjeiam como lá. Não por acaso Eça de Queiroz eternizou a bela definição do brasileiro: “*O brasileiro é o português – dilatado pelo calor*”. O autor, aliás, anunciava que nas democracias a ânsia da maioria dos mortais é alcançar em sete linhas o louvor dos jornais. A ironia vem em seguida: “*Para se conquistarem essas sete linhas benditas, os homens praticam todas as acções – mesmo as boas*”.

E neste caldo cultural há o processo penal, que medeia a justa pretensão punitiva estatal quando um crime é cometido e o legítimo interesse do acusado em se defender e garantir sua liberdade. É uma tensão, como diria o saudoso professor José Frederico Marques. É o conflito entre a sociedade na defesa dos bens jurídicos, caros, e por isso penalmente tutelados, e o acusado, que é inocente até a preclusão maior do eventual título penal condenatório.

A mediação feita pelo processo penal é o meio legítimo – e, portanto, o único possível – para que o Estado exerça a pretensão punitiva. E assim o é porquanto o processo faz ser isonômico o tratamento entre os cidadãos acusados, sendo, então, verdadeira garantia – devido processo legal. Mas não só. O processo oportuniza a defesa, direito fundamental, além de diversas outras garantias de índoles constitucional e infraconstitucional.

Em se considerando o processo como garantia, deve-se zelar para que o sistema processual, sobretudo no âmbito penal, seja o mais idôneo possível, pois em jogo a liberdade de ir e vir. E ser idôneo é necessariamente estar em conformidade com a Constituição da República. Neste contexto, o estudo recorrente da conformidade ou não do processo penal com os valores democráticos e constitucionais é tarefa imprescindível para qualquer penalista.

Por outro lado, a fluidez do tempo demonstra que a interpretação do significado e alcance de normas constitucionais varia constantemente – por obra do principal intérprete da Lei Fundamental, o Supremo Tribunal Federal. E diz-se principal porque não é o único intérprete, embora sua palavra definitivamente tenha o peso da jurisdição. Nesse sentido, contribui de forma ímpar o professor Peter Häberle ao delinear a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, cuja tese vinculava ao processo de interpretação constitucional *“todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição”*.

Outro fator a impulsionar o exame da validade constitucional do processo penal é a produção industrial de leis pelo Congresso Nacional que alteram pontos episódicos ou até estruturais do direito penal e processual penal – tem-se, por exemplo, o denominado *Pacote Anticrime*, recente lei tombada sob o nº 13.964/2019. Não bastasse, tramita perante o Supremo Tribunal Federal o controverso inquérito 4.781, apelidado de inquérito das *fake news* ou do fim do mundo, cujas apontadas violações foram superadas no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572.

Soma-se a tudo isso a multiplicidade de discursos dos operadores político-jurídicos, tanto na doutrina quanto no Poder Judiciário, que por vezes titubeiam entre argumentos de eficiência ou garantia, desprovendo o cidadão jurisdicionado de uma previsibilidade das decisões judiciais ou, até mesmo, deixando de implementar direitos e garantias fundamentais irredutíveis. Há – para parte considerável da doutrina penalista – um descompasso entre o

texto constitucional formal e os respectivos procedimentos que o implementam, o que decorreria da sobrevivência de traços culturais relutantes.

É por essas razões que o estudo dos sistemas de processo penal é salutar. Entende-se por modelo (ou estrutura) de processo penal o espírito do conjunto de regramentos que pavimentam a persecução penal. É a espinha dorsal da atividade punitiva, que pode ter diferentes vieses e, portanto, ser classificada dessa ou daquela maneira.

Sobre a mesa, classicamente, pode-se apontar os sistemas inquisitivo, acusatório e misto. A primeira parte deste estudo discorre sobre as diferenças dogmáticas entre tais sistemas de estruturação do processo penal. Em linhas gerais, pode-se definir o conflito sobre os sistemas processuais penais como o conflito entre a finalidade do processo. Para os adeptos ao sistema inquisitório ou misto, a busca da verdade figura como objeto maior e norteador da atividade do Juiz e da Acusação, enquanto a Defesa figura como participante de menor importância, cuja fala deve ser valorada *cum grano salis*, vez que defende o acusado e, assim, não seria confiável. Por outro lado, no sistema acusatório, o processo é visto como forma de garantir ao máximo os direitos constitucionalmente conferidos ao indivíduo e método de limitação de poder do Estado.

Embora ao longo dos anos houvera uma tímida e paulatina guinada rumo a um sistema predominantemente acusatório, persistem diversos “pontos de tensão” entre a ordem pretendida e a ordem posta – sendo esta a que vige desde 1941. Ainda, aprecia-se as normas introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, pois se observa que o desenho processual penal comum foi consideravelmente alterado, ganhando mais cores acusatórias, nomeadamente a partir da instituição do Juiz de Garantias.

Na sequência, averigua-se o papel do Juiz no processo penal acusatório, observando qual deve ser a atividade própria do juiz em um modelo acusatório e pontuando em quais momentos a disciplina legal do processo penal se afasta deste modelo. O Juiz, como gestor do processo penal e detentor de poderes significativos na estrutura do Estado, deve ter sua atividade delimitada conforme o sistema acusatório, remanescendo alheio à iniciativa probatória e busca de verdades.

Posteriormente, faz-se a anotação necessária sobre o inquérito instaurado de ofício pelo Supremo Tribunal Federal e violador do sistema acusatório, fazendo-se a reflexão sobre a desalentadora circunstância de ter sido a própria Corte Constitucional, a qual deveria zelar

pelo sistema processual preconizado pela Constituição da República de 1988, que violará sistema sensível e caro ao Estado contemporâneo.

O objetivo é pretensioso. Espera-se, ao menos, que a leitura seja agradável.

## 1. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

### 1.1 Jurisdição e Processo.

A história da *jurisdição* como a se conhece atualmente confunde-se com o processo de desenvolvimento dos Estados-nações no decorrer da Idade Média. Nos seus respectivos territórios, os Reis, detentores do poder temporal, partilhavam sua autoridade externamente com o poder atemporal da Igreja e internamente deveriam observar os caprichos dos senhores feudais e do clero, mantendo, assim, uma base política.

A lição do historiador Marvin Perry é precisa e reveladora ao afirmar que a autoridade central do Rei “*era moderada por jurisdições que se sobrepunham e por numerosas vassalagens que competiam entre si*”, pelo que “*as pessoas se viam membros de uma ordem – clero, nobreza ou povo – e não como súditos ou cidadãos de um Estado*”.<sup>1</sup>

O embrião da soberania dos Estados é germinado por Nicolau Maquiavel. O florentino escreve sua conhecida obra *O Príncipe* (1513), cujo objetivo era aconselhar politicamente o então governador de Florença, Lourenço de Médici.

Trata-se a obra de um breviário, isto é, um livro de conceitos. Um compilado artesanal de sugestões aos governantes – em especial ao citado Médici – de como agirem para galgarem respeito perante súditos e subordinados. O príncipe deveria seguir determinados padrões de conduta alheios à moralidade cristã<sup>2</sup> – governar bem não constituía um ofício qualquer, sobretudo no contexto de então, recheado de traições e intrigas.

---

<sup>1</sup> Sobre o tema, ver: PERRY, Marvin. *Civilização ocidental: uma história concisa*. Trad. Waltensir Dutra e Silvana Vieira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 249.

<sup>2</sup> Ibidem, p. 223.

Como se sabe, nesse momento da história – séc. XVI –, a Itália ainda não era um país, tendo sua unificação apenas em 1848. O cenário, portanto, à época de Maquiavel, era permeado por entidades políticas distintas com diferentes potestades: reinos, cidades autônomas e repúblicas. Veneza era uma república; Sicília era o *Reino das Duas Sicílias*; Nápoles era o *Reino de Nápoles*. Na fronteira com a França, havia o *Reino do Piemonte*.

A partir de então se começa a pensar na ideia de Estado, termo que aparece pela primeira vez com firmeza na referida obra de Nicolau Maquiavel. As pessoas passam, paulatinamente, a se verem ligadas a uma unidade política, não mais a um Rei ou Príncipe.

Ainda no séc. XVI, Jean Bodin busca conformar a noção de soberania ao Direito, justificando e legitimando a entidade política *Estado*, ao menos formalmente. Se qualquer sociedade possui regras de comportamento emanadas por alguma autoridade, soberana, esta estaria acima do direito posto. No entanto, a mesma autoridade se situaria em degrau inferior aos deveres e responsabilidades morais.<sup>3</sup>

Aos poucos, no decorrer dos sécs. XVI e XVII, encorpados por doutrinas políticas aquilatadas, os monarcas afirmam-se perante o poder eclesiástico e o poder descentralizado dos feudos, bem como criam a casta da burocracia.<sup>4</sup> Tal concentração de poder viria a saturar o próprio sistema do absolutismo monárquico, o *ancien régime*.

No século XVIII, parte do povo francês assume o controle do poder transformando o que era Reino na entidade política Estado – referido movimento é alcunhado de iluminismo, tendo reverberado tanto na França como nas ilhas britânicas e nos Estados Unidos da América. No âmbito francês, o então novo regime não comportava a figura de um poder soberano para ditar a vida pública. E, se não havia a figura do rei, a recém-posta unidade política, pois, deveria se guiar por regras. A soberania passa a ser da nação, pelo que o governante, eleito, atua como representante dos que o elegeram.

A lei é tida como a principal e quiçá única fonte do direito<sup>5</sup>, em detrimento do costume e da jurisprudência, que poderiam reverberar anseios do Antigo Regime. Se por um lado não

---

<sup>3</sup> Ver: REALE, Miguel. *Obras políticas: 1ª fase – 1931/1937*. Tomo I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983. pp. 203-204.

<sup>4</sup> PERRY, op. cit., pp. 249-250.

<sup>5</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 417.

há em tempos modernos o fetiche<sup>6</sup> pela lei que àquela época os franceses experimentavam, é certo que a tradição brasileira é prole da crença em leis e normas positivadas, sentimento que provém da Revolução Francesa, dos irmãos portugueses e, por óbvio, do Direito Romano.

Essa regulação da unidade política representa o (re)nascimento do mundo moderno. Trata-se de regular a atuação estatal, delimitando sua vontade nos limites e momentos previstos pela lei.<sup>7</sup> Assim, a partir desse momento, substitui-se a vontade do Monarca pela vontade do Estado limitada pela lei. Qualquer pessoa que ascendesse ao poder estaria limitada por regras preestabelecidas.

A jurisdição é parte do engenho da soberania atingida pelos Estados-nações, podendo ser definida como o poder, a atividade e a função do Estado-juiz de dizer o direito, no caso concreto, com força definitiva.<sup>8</sup>

Quando ainda em formação, os Estados buscavam autoridade frente aos seus habitantes e aos demais núcleos de poder vigentes à época, notadamente ao poder temporal do papado. Para tanto, fazia-se necessário algum fator de imposição, o que foi construído a partir da noção de jurisdição, ofício coercitivo que passou a ser monopolizado pelos Soberanos em ascensão.

E, como mencionado, a jurisdição decorre da soberania. É que não seria possível jurisdicionar, coercitiva e definitivamente, sem antes se desvencilhar de diversas influências

---

<sup>6</sup> GILISSEN, ao analisar a difusão dos Códigos napoleônicos, de forma a elucidar o relevo das normas positivadas que aguçava o imaginário à época, menciona que Napoleão Bonaparte teria dito na ilha de Santa Helena, onde faleceu exilado, que sua maior glória não foram as batalhas ganhas, mas o código civil por ele outorgado, que viveria eternamente. Op. cit., p. 456. Alguma razão tinha o líder militar, ao menos para os juristas.

<sup>7</sup> A vontade do representante eleito jamais poderá ser desmedida, isto é, *fora da lei*. Oportuno mencionar que sequer no Estado Novo brasileiro, regime reconhecidamente arbitrário, franqueava-se ao governante o uso arbitrário do poder. Em entrevista concedida à imprensa em janeiro de 1938, Francisco Campos apresentou a estrutura e o conteúdo ideológico do Estado Novo – ou Estado Nacional – de Getúlio Vargas. Na ocasião, o jurista asseverou ser “*desnecessário insistir em que o Estado brasileiro, sendo democrático, é também autoritário*”, porém, a “*primazia dada ao Presidente não o torna infalível nem irresponsável*”. Observa-se o eminente jurista com receio pelo anseio autoritário, mas inegável admiração à sua cultura jurídica. Após a mensagem autocrática, o renomado jurista, com propriedade, deu lição atemporal de direito, ao afirmar que o “*mundo jurídico, que é essencialmente o mundo da segurança e da ordem, baseia-se, além do postulado da justiça, nos postulados da certeza e da duração*”. CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, 2001. pp. 81-83.

<sup>8</sup> O luminoso conceito de jurisdição é dado pelo professor Paulo César Rodrigues, que, em seguida, leciona: “*A característica essencial da jurisdição, portanto, não está só em encontrar a solução de direito do conflito, mas em declará-la com força definitiva, em torná-la efetiva*”. Sobre o tema, ver: RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Souto Lopes. *Renúncia à nacionalidade brasileira: direito fundamental à apatridia voluntária*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 47.

externas, no desenvolver da história. É, portanto, a soberania, pedra angular e fonte da jurisdição.<sup>9</sup>

Ademais, a *soberania* pode ser vista sob duas perspectivas: interna e externa. No plano interno, *soberania* é o monopólio do uso legítimo da violência, enquanto, no plano externo, *soberania* consiste na insubmissão a Estado estrangeiro.

Note-se, com relação ao conceito de soberania no plano interno, que o uso da violência é legítimo, pois decorre do contrato social. O contratualismo, teorizado por tantos gigantes, pode ser delineado em linhas gerais como corrente filosófica que busca explicar a origem da sociedade e sua relação com a autoridade política a partir de um acordo (contrato), tácito ou expresso, no momento – difícil de se precisar – em que a maioria dos indivíduos acorda em delegar poderes a uma autoridade política. Passa-se do estado selvagem ou natural ao estado social e político.<sup>10</sup>

No ensinamento de Miguel Reale, tratando de Hobbes, o Direito e a Justiça “*só pertencem ao homem quando reunido em sociedade*”, pois “*não são faculdades do corpo ou do espírito*”. Os indivíduos acordam em ceder parcelas de sua liberdade a uma autoridade política então constituída para que esta governe e permita que todos vivam usufruindo um patamar mínimo de direitos ou poderes, em detrimento do medo recíproco.<sup>11</sup>

A função da autoridade política começa a ser desenhada no sentido de contraprestação, tendo como dever a tutela da ordem jurídica e das liberdades.<sup>12</sup>

Aquele que venha a praticar conduta reprovada pela sociedade, seja por violar a esfera de proteção de outro indivíduo ou da própria coletividade, finda por sofrer represália, de

---

<sup>9</sup> Não por acaso a soberania é um princípio fundamental da República brasileira, insculpido na Constituição da República, logo ao Título I – Dos Princípios Fundamentais: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política* – trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. Vol. I. p. 272.

<sup>11</sup> Ver: REALE, op. cit., pp. 215-216. Anote-se, por oportuno, o destaque de John M. Kelly ao mencionar que o cardeal alemão Nicolau de Cusa, ainda no séc. XV, já abordava um “*acordo eletivo de submissão espontânea*” como fundamento da autoridade política, embora o principal agente legitimador desta fosse a potestade divina. A anotação é interessante, pois considerável tempo antes dos contratualistas mais notórios como Hobbes, Locke e Rousseau, já se fixavam as bases. KELLY, John M.. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Trad. Marylene Pinto Michael; revisão técnica e de tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 220.

<sup>12</sup> Ver: REALE, op. cit., Tomo II, p. 52.

forma a desestimular novas condutas tidas como nocivas ao convívio harmônico e imprescindível.<sup>13</sup> Logo, a sociedade espera que haja prestação de jurisdição, visando a manutenção da ordem e paz social. Nessa vereda, percebe-se que a finalidade da jurisdição e do Direito em geral se aproxima mais da pacificação do conflito social, ou seja, da segurança<sup>14</sup>, que da idealizada, sobremaneira subjetiva e talvez até inatingível *justiça*.

O ser humano tende essencialmente a se relacionar com o outro e, dessa relação, podem resultar variados conflitos, pelo que deve haver alguma ordem a disciplinar a vida das pessoas.<sup>15</sup> Daí o brocardo *ubi societas, ibi jus*, isto é, onde há sociedade, haverá Direito.

Assim, revela-se a jurisdição como função do Estado, pois este é obrigado a prestar o serviço de jurisdicionar, ou seja, dizer o direito no caso concreto com força definitiva, consistindo tal atividade verdadeira obrigação a contrapartida esperada pelos cidadãos em troca da parcela de liberdade por estes cedida ao Estado Soberano. A jurisdição, portanto, é inafastável e ininterrupta.<sup>16</sup>

Por outro lado, além de função obrigatória do Estado, a jurisdição é uma atividade. O Estado, personificado pelos Juízes, pratica o ato de jurisdicionar ao resolver um processo, via de regra, proferindo a devida sentença.

Por fim, a jurisdição é poder, tendo em vista que o Estado – novamente por meio dos Juízes – decide eventual conflito e força a execução do que decidido.<sup>17</sup> Quem dá a última palavra é o Estado, que detém o poder soberano de decidir sobre a exceção.<sup>18</sup>

Por outro lado, sob pena de se transfigurar em arbítrio, é preciso haver um meio comum e predeterminado para exercer o poder jurisdicional. Não seria razoável para um Estado de Direito, isto é, regulado pelo direito, assim como para uma República, que reclama

<sup>13</sup> FILOCRE, Lincoln D'Aquino. *Direito de segurança pública: limites jurídicos para políticas de segurança pública*. São Paulo: Almedina, 2010. p. 73.

<sup>14</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 37.

<sup>15</sup> Do contrário, em não havendo ordem a ser seguida, “a sociedade dissolver-se-á, mas nem a anarquia é sustentável duradouramente (o homem aspira à ordem) nem o despotismo é tolerável por muito tempo”. Sobre o tema, ver: JUSTO, António Santos. *Introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2018. pp. 15-36.

<sup>16</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 5º - XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] Art. 93 – XII. a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>17</sup> A própria nomenclatura *Poder Judiciário* é intuitiva, dado que constitui justamente um dos poderes do Estado, seja em nível federal ou estadual, mas sempre um *poder* de jurisdicionar.

<sup>18</sup> SCHMITT, Carl. *Théologie politique*. Paris: Gallimard, 1988. p. 15.



igualdade de todos perante a lei em detrimento de poderes absolutos, que se impusesse imperativamente uma obrigação a alguém sem que se estabelecesse uma forma a garantir direitos mínimos aos indivíduos de contestação e defesa. A forma pela qual se exerce a jurisdição é o processo<sup>19</sup>, consistindo este, assim, em garantia de isonomia de tratamento perante o Estado – ainda que formalmente – e limite de poder. Trata-se do filtro legitimador da jurisdição.<sup>20</sup>

Em linhas gerais, o *processo* pode ser definido como o meio pelo qual o Estado-juiz presta e exerce a *jurisdição*. O Poder Judiciário apenas o desempenha quando requerido por determinado indivíduo que, mediante o exercício do direito de ação<sup>21</sup>, busca satisfazer uma pretensão em tese resistida por outro indivíduo. Este, que supostamente resiste, tem o direito de ter ciência da demanda existente contra si, além de poder se defender.

As pessoas, então, subordinam-se ao processo, método de atuação<sup>22</sup> da potestade estatal e o caminho civilizado e permitido de o indivíduo tentar ver satisfeita sua pretensão resistida.<sup>23</sup> Diz-se civilizado e permitido pois não se permite a autotutela livre e primitiva, em que não há ordenação social, segurança ou pacificação de conflitos. Aliás, por essa razão, o exercício arbitrário das próprias razões é crime (artigo 345 do Código Penal).<sup>24</sup> Releva pontuar, pela beleza do preceito primário, qual a conduta criminalizada: *Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite. A pena é de detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.*

Decorre da própria soberania do Estado o monopólio do uso legítimo da força e da violência – plano interno da soberania. Daí resulta a impossibilidade de os indivíduos fazerem justiça pelas próprias mãos. É do Estado a prerrogativa de exercer o controle social e o dever de prestar segurança aos seus cidadãos. Nesse sentido, o delito ora mencionado

---

<sup>19</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 33.

<sup>20</sup> MONNERAT, Fabio. *Introdução ao estudo do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 359.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 359.

<sup>22</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 163.

<sup>23</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume I. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. pp. 37-38.

<sup>24</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume I. Campinas: Bookseller, 1997. pp. 23-24.

simboliza com felicidade a parcela de liberdade cedida pelos indivíduos em troca da tutela estatal, fruto do contrato social.

Releva anotar que o preceito secundário aparentemente módico para reprimir o agente infrator não poderia ser diverso e comportar pena elevada. Isso porque o desvalor da conduta é baixo. O sujeito ativo do delito está, em realidade, fazendo justiça para satisfazer pretensão legítima, conforme o texto anuncia – ainda que legítima a pretensão, o monopólio do Estado a ela se sobrepõe e deve mediar.

Por último, as exceções ao monopólio do uso da força: as hipóteses em que a lei permite o uso da força pelo particular para fazer justiça são, no direito civil, a defesa da posse e, no direito penal, a legítima defesa.

## **1.2 O Direito Processual Penal.**

O Estado tem o poder e o dever de resolver os conflitos que o sejam submetidos, o que é feito por meio do *processo*.

Os conflitos podem ser de ordens diversas. Um particular pode discutir com seu vizinho sobre o volume da música a ser ouvida depois de determinado horário; um consumidor, enfurecido após adquirir certo bem a partir de propaganda enganosa, pode se voltar contra o fornecedor que o vendera o produto; em um contrato de empreitada, empreiteiro e comitente podem discutir ao final da obra sobre eventuais vícios e deformidades.

Os exemplos são muitos, sendo possível, na maioria dos casos, a solução consensual entre as partes e, caso esta não seja frutífera, pode-se submeter o exame do conflito ao Estado para que este diga, com força definitiva, a quem assiste razão jurídica.

A teoria geral do processo fornece o refinado conceito do objeto do processo, isto é, a lide: conflito intersubjetivo caracterizado por uma pretensão resistida. É conflito – caso contrário, as partes entrariam em acordo e tudo se resolveria. É intersubjetivo por ser entre sujeitos e não um conflito interno ao sujeito. E, por último, caracteriza-se pela pretensão –

vontade e interesse – que esbarra na resistência de outro sujeito em satisfazer a referida pretensão.

Porém, é certo que o processo terá suas nuances a depender da espécie de direito material em discussão. Nesse contexto, há uma estirpe de conflitos que é especialmente cara ao Estado, por envolver a liberdade e a honra de um cidadão em contraposição ao legítimo interesse da sociedade em repreender a prática de condutas que violem bens juridicamente tutelados.

Esse conflito é a alma do processo penal.

O legítimo interesse em repreender a prática de conduta criminosa é tido como o direito de punir, que decorre da soberania. A lição magistral do professor José Frederico Marques deve ser transcrita: “*da prática de um fato aparentemente delituoso, nasce para o Estado o direito de punir*”.<sup>25</sup> O fenômeno do crime abala a tal ponto as estruturas sociais que faz o Estado tomar para si o direito de repreender – aplicar pena – o agente criminoso, de modo a retribuir-lhe o mal praticado e prevenir a ocorrência de ilícitos posteriores, pelo que a restauração da ordem jurídica violada configura um imperativo do bem comum.<sup>26</sup>

No ponto, cabe rememorar que o Estado é vítima de todo e qualquer crime, vez que *crime* é a conduta típica, ilícita e culpável. Decorre do princípio da legalidade, elementar do direito penal, não haver crime sem lei anterior que o defina, assim como não haver pena sem prévia cominação legal – daí dizer que crime é a conduta típica: a conduta está prevista em um tipo penal. Assim, considerando que o Estado, por meio do poder legislativo, elabora as leis, por consequência, a conduta criminosa viola precisamente o comando imperativo do próprio Estado, que informou a todos que a conduta era proibida. Isso porque todo crime praticado é uma violação ao comando legal de abstenção.<sup>27</sup>

Por sua vez, os bens jurídicos são tutelados justamente através da tipificação de condutas que podem-nos vir a violar. Essa tutela é feita pelo legislador, eleito pelo povo,

---

<sup>25</sup> MARQUES, op. cit., p. 23.

<sup>26</sup> MARQUES, op. cit., p. 23.

<sup>27</sup> A seguinte passagem do professor Renato Brasileiro de Lima é elucidativa: “*Quando o Estado, por intermédio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a praticar a conduta delituosa, surge para ele o direito de punir os infratores num plano abstrato e, para o particular, o dever de se abster de praticar a infração penal*”. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 37.

razão pela qual é de interesse da coletividade que não se pratique essa ou aquela conduta, diante do mal por ela acarretado.

Entre os diversos bens juridicamente tutelados, para ilustração, pode-se citar a vida, a incolumidade física e mental, a saúde, a honra, a liberdade pessoal, o domicílio, a privacidade, o patrimônio, a propriedade imaterial, a organização do trabalho, o sentimento religioso e o respeito aos mortos, a dignidade sexual, a família, a incolumidade pública, a fé pública e a Administração Pública.

Nessa perspectiva, o processo, na seara penal, é o meio pelo qual o Estado condena ou absolve um indivíduo diante da eventual prática de crime. Trata-se, em outras palavras, do meio pelo qual o Estado exerce o direito de punir.<sup>28</sup> Assim, como dito, percebe-se que a marca do processo penal é a constante tensão entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do indivíduo.

Depreende-se disso o caráter de mediação exercido pelo processo. Nessa perspectiva, por mediar o poder jurisdicional, é no processo que será garantido às partes expor suas razões e deduzir pretensões, devendo o magistrado, fundamentadamente, buscar a solução jurídica ao caso concreto. O processo penal, então, assume a identidade de filtro de limitação de poder, dado que estará em jogo a liberdade de ir e vir.

No feliz dizer do professor Aury Lopes Júnior, “o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal”.<sup>29</sup> Por essa razão, o eminente professor anota que o direito penal não existe sem o processo penal. Logo, as regras processuais medeiam o poder de punir do Estado.<sup>30</sup>

Essa, em linhas gerais, é a estrutura filosófica do processo penal.

Em um sentido técnico, tem-se o direito processual penal, que consiste no conjunto de normas jurídicas cuja finalidade é regular o *modo*, os *meios* e os *órgãos* encarregados de punir do Estado.<sup>31</sup> Como dito, a realização da punição por parte do Estado consiste em um

---

<sup>28</sup> LIMA, op. cit., p. 37.

<sup>29</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2020.

<sup>30</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 213.

<sup>31</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 87.

poder-dever a ser realizado por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto.<sup>32</sup>

A persecução criminal é dever do Estado, nascendo de sua obrigação funcional de lograr alguns dos fins essenciais de sua própria existência: segurança e reintegração da ordem jurídica.<sup>33</sup>

Em síntese, a persecução criminal é iniciada a partir da notícia do crime ou de sua possível existência. Tal notícia chega ao conhecimento da autoridade responsável pela investigação do suposto crime e, assim, o órgão investigador inicia os procedimentos previstos na lei de regência com vistas à elucidação e apuração da efetiva ocorrência de crime e colheita de elementos informativos para aparelhar eventual acusação formal (oferecimento de denúncia ou queixa) que é, feita, no caso brasileiro, pelo Ministério Público, ressalvadas as hipóteses de ação penal privada.

A dita investigação consiste em procedimento administrativo. Disso decorre assumir que nesse momento não há a necessidade de observância ampla às garantias a que a pessoa acusada gozaria no processo judicial. A ampla defesa, o contraditório, a publicidade, o direito à informação, dentre outros, são direitos e garantias fundamentais legitimamente flexibilizados quando da investigação preliminar, fase reconhecidamente inquisitiva. É claro que há alguma garantia, mas a força, a abrangência e a observância de tais garantias não se revelam em sua inteireza.

Após a fase investigativa, os elementos de informação produzidos pela autoridade policial – ou por outro órgão responsável pela investigação – são fornecidos ao detentor do direito de acusar, em regra o Ministério Público.

Se o órgão acusador verificar a prática de crime, passa-se à formulação de denúncia, que, caso recebida pelo Poder Judiciário, acarretará o início da fase processual. Nesta, a pessoa acusada poderá se defender de forma ampla, tendo ciência de todos os atos processuais e participando da produção da prova. Ao final, o juiz examinará o processo e proferirá sentença condenatória ou absolutória.

---

<sup>32</sup> NUCCI, op. cit., p. 87.

<sup>33</sup> MANZINI, *Apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, volume I*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 35.

Eis a persecução criminal, em linhas brevíssimas, apenas a título introdutório.

### 1.3 Sistemas de Estruturação do Processo Penal: Inquisitivo, Acusatório e Misto.

Em primeiro lugar, deve-se elucidar o que é modelo – ou sistema –, sobretudo por ser esse o espectro do presente estudo. Aliás, registre-se a precisa advertência do professor Paulo Rangel ao anotar que consistiria em erro de metodologia e flerte com a falta de compreensão o estudo de sistemas processuais sem, antes, definir etimologicamente a palavra sistema.<sup>34</sup>

Para tanto, e como o leitor talvez já o tenha percebido, é frequente o uso dos termos *sistema* e *modelo* como sinônimos. É possivelmente mais didática, em um primeiro momento, a apresentação do tema dessa forma. No entanto, por apego à precisão é necessário fixar balizas seguras, o que facilita a compreensão do tema e confere propriedade a quem sobre ele escreve.

O renomado jurista português António Santos Justo define *sistema* como um conjunto de elementos que se inter-relacionam e ordenam uma unidade intrínseca.<sup>35</sup> O termo modelo, porém, pode ser interpretado como *construção teórica* de determinado objeto e assim se aproximando do sentido de sistema.

É valioso, porém, observar a diferenciação de autoria do professor Cândido Rangel Dinamarco entre *sistema processual* e *modelo processual*.<sup>36</sup> Para o eminente professor, *sistema processual* consiste em um conjunto harmônico de órgãos, técnicas e institutos

<sup>34</sup> RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 119.

<sup>35</sup> Ver: SANTOS JUSTO, op. cit., p. 231.

<sup>36</sup> “*Sistema é um conjunto fechado de elementos interligados e conjugados em vista de objetivos externos comuns, de modo que um atua sobre os demais e assim reciprocamente, numa interação funcional para a qual é indispensável a coerência entre todos. Sistema processual é um conglomerado harmônico de órgãos, técnicas e institutos jurídicos regidos por normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de propiciar sua operacionalização segundo o objetivo externo de solucionar conflitos. Um dado sistema processual, considerado pelo conteúdo específico das normas que o regem, pela concreta conformação dos órgãos que o operam e pelo modo-de-ser dos institutos encadeados em razão desse objetivo constitui um modelo processual. Tem-se por modelo processual, portanto, cada um dos sistemas processuais encontrados especificamente nos diversos lugares do mundo e em tempos diferentes. Falar em modelo processual é considerar um dado sistema processual pelos elementos que concretamente o identificam e diferenciam de outros no tempo e no espaço*”. DINAMARCO, op. cit., p. 175.

jurídicos disciplinados por normas constitucionais e infraconstitucionais, com aptidão a operacionalizar a solução de conflitos.

Por outro lado, a denominação *modelo processual* se refere a determinado *sistema processual* considerando o conteúdo específico das normas que o regem, pela concreta conformação dos órgãos que o operam e pelo modo-de-ser dos institutos encadeados em razão desse objetivo, o que concretamente o identifica e diferencia de outros *sistemas processuais no tempo e no espaço*.

É dizer, *modelo processual* representa cada um dos sistemas processuais encontrados especificamente sob a ótica dos diversos lugares do mundo e em tempos diferentes.

No ponto, deve ser mencionado que alguns autores entendem que o sistema processual penal é extraído apenas pelas normas constitucionais, e assim informa o ordenamento inferior.<sup>37</sup> Discorda-se, respeitosamente. É que não há como dizer que se vive em um país cujo sistema processual penal é inquisitivo, acusatório ou misto, sem deixar de observar (i) a legislação infraconstitucional, cuja densidade normativa é verdadeiramente maior do que o plexo relevantíssimo de normas constitucionais, assim como (ii) o modo pelo qual tais normas são aplicadas ou deixam de sê-lo pelos Tribunais.

Aqui, retoma-se a ideia do eminente doutrinador Cândido Rangel Dinamarco ao assentar que “*sistema processual é um conglomerado harmônico de órgãos, técnicas e*

---

<sup>37</sup> O grande mestre Geraldo Prado faz uma rica incursão sobre a temática de sistemas e subsistemas. Para o mencionado autor, o sistema ou subsistema em estudo seria um “*conjunto harmônico de normas e princípios constitucionais aplicáveis ao processo, e também de princípio, voltada tal estrutura para a concretização da persecução penal conforme os valores indiscutíveis dos direitos fundamentais*”. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 108-109. No mesmo sentido: “*Assim, sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto*”. RANGEL, op. cit., p. 119. Embora os mencionados autores, talvez diante do fenômeno da constitucionalização do direito, ponham a Constituição em foco – e que de fato é –, olvidam-se de que nem sempre houve uma Constituição propriamente dita – como em Roma Antiga e Grécia Antiga, ou mesmo após a queda do Império Romano até a baixa Idade Média –, mas, em todos esses momentos, verificasse a existência desse ou daquele modelo de estruturação penal. Assim, não seria completo admitir que os sistemas de processo penal inquisitivo e acusatório decorreriam exclusivamente da Constituição, em que pese esta tenha enorme relevo. Por último, em atenção ao que leciona o já citado professor Antônio Santos Justo, embora não especificamente sobre o tema em análise, mas que com ele dialoga, o sistema jurídico é composto de princípios normativos, normas, dogmática e realidade jurídica. Ao pressupor ordem e unidade, o sistema consiste em uma articulação coerente de normas. Op. cit., pp. 232-234. A coerência, aqui, sobressai da relação de mais uma espécie de norma com a unidade da *persecução penal*.

*institutos jurídicos regidos por normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de propiciar sua operacionalização segundo o objetivo externo de solucionar conflitos”.*<sup>38</sup>

Logo, para o sobrevoo teórico do que marca e diferencia cada sistema de persecução penal, é preferível a terminologia ora utilizada, qual seja, *sistema*. Este termo representa em um panorama abstrato, teórico, idealizado, do que se entende por sistema acusatório e inquisitivo. O termo modelo, como dito, seria mais apropriado ao se referir a determinado sistema considerando-se o tempo e o espaço em que executado.

Para ilustrar, é possível dizer que a ideia de um sistema processual penal misto nasce na França com a promulgação do *Code d'instruction criminelle* francês de 1808, considerando as características formais da persecução penal. Por outro lado, se se examinar profundamente essa persecução penal, delimitando-a pelo território e momento, o termo modelo misto francês seria mais adequado.

Dito isso, passa-se a examinar o que diferencia os sistemas de estruturação do processo penal. Para tanto, o empreendimento de investigar as origens da ideia de cada sistema é o ponto de partida, pois, como diz o ditado popular, entender o passado é o primeiro passo para entender o presente.

Nesse sentido, conforme a época e o espírito do povo, o modo pelo qual se desenvolve a persecução penal, o papel de cada sujeito processual e as garantias franqueadas aos cidadãos em face do poderio estatal variam significativamente.

A persecução penal consiste na síntese de toda atividade estatal voltada à repressão de um crime. Trata-se do caminho trilhado desde a atuação das autoridades policiais, no decorrer de uma prisão em flagrante ou durante o inquérito policial, passando pelo Ministério Público, que oferece ou não denúncia, até a gênese do processo penal com o recebimento pelo juízo natural dessa denúncia oferecida. Após a defesa prévia e a instrução processual, em sendo caso de confirmação da pretensão ministerial, há formação culpa, com a preclusão maior do título penal condenatório após o julgamento da causa e dos eventuais recursos interpostos.

Nos meandros desse caminho, diversas são as regras para cada fase. Igualmente, nesse mesmo caminho, alguns princípios informam a atuação das figuras intervenientes. Com

---

<sup>38</sup> DINAMARCO, op. cit., p. 175.



efeito, entende-se por sistema de estruturação do processo penal a orientação que é extraída pela conjugação desse complexo de normas que regula o próprio processo penal – sejam normas constitucionais ou infraconstitucionais, principiológicas ou de regramento, positivadas ou não.

Comumente, a doutrina processualista penal leciona a existência de três grandes sistemas de estruturação do processo penal: inquisitivo, acusatório e misto. À saída, deve-se anotar que é difícil, ou mesmo utópico, afirmar que o sistema (ou modelo) processual penal de determinado Estado é inteiramente acusatório ou inteiramente inquisitivo. Nesse sentido, talvez seja mais apropriado falar em sistemas (ou modelos) predominantemente acusatórios ou predominantemente inquisitivos, conforme leciona o professor Paulo César Busato.<sup>39</sup>

Com a simplicidade típica dos gênios, o professor Hélio Tornaghi anuncia a grande diferença entre os sistemas. Confira-se:<sup>40</sup>

O que se distingue a forma acusatória da inquisitória é o seguinte: na primeira, as três funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a três órgãos diferentes: acusador, defensor e juiz; na segunda, as três funções estão confiadas ao mesmo órgão. A mista é uma combinação das duas outras: instrução inquisitória, julgamento acusatório.

Primeiramente, examinar-se-á o sistema inquisitivo.

Em linha iniciais, o sistema inquisitivo é aquele em que o objetivo do processo é a busca da verdade. Para tanto, reduz-se a participação da defesa na persecução penal e se incute nos órgãos estatais (todos, sem exceção) essa função primeira de descobrir a realidade dos fatos. As figuras da Acusação e do Julgador, quando não se confundem, atuam de modo promíscuo, em colaboração. Em paralelo, não se estranha a flexibilização de garantias processuais, vistas como meros formalismos.

Embora os exemplos usuais de modelo inquisitivo provenham da Idade Média, como adiante se verá, deve-se anotar que na Roma antiga um embrião de tal sistema de persecução também era observado, assim como embriões do sistema acusatório na Grécia.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> BUSATO, Paulo César. *De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 133-161, nov. 2010.

<sup>40</sup> TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Volume III. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 468.

<sup>41</sup> ADINOLFI, Giulio. *Extremismos en tema de "accusatio" e "inquisitio" en el proceso penal romano*. Rev. estud. hist. juríd., Valparaíso, n. 31, p. 37-60, 2009.

Na Grécia antiga, precisamente em Atenas, as jurisdições criminais eram divididas em quatro, quais sejam, a Assembleia do Povo, o Areópago, os Efetas e os Heliastas.<sup>42</sup> Em relação aos delitos públicos – aqueles que atentassem contra a paz pública – o sistema era de acusação popular, pelo que qualquer cidadão poderia acusar em nome do povo perante a Assembleia popular.

Na linha dos ensinamentos do jurista argentino Julio Maier, o processo penal ateniense de repressão aos delitos públicos continha as características de ter uma acusação popular, um Tribunal popular, cujos julgamentos eram públicos e orais, com grandes debates, para além de uma saudável nota de igualdade entre o acusador o acusado.<sup>43</sup> Porém, admitia-se, em alguns casos, a tortura e os Juízos de Deus como “*meios de realização probatória*”.

Por outro lado, em Roma, pode-se observar variações ao longo da história dessa grande civilização. Como se sabe, Roma não conheceu o princípio da separação dos poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). Assim, os magistrados romanos acumulavam funções judiciais e administrativas.<sup>44</sup>

Conforme a lição do jurista atemporal Moreira Alves, o direito romano era infenso às modificações abruptas, pelo que a alternância entre cada sistema processual foi lenta e gradual, jamais repentina.<sup>45</sup> A instituição de um não correspondia a imediata revogação do outro, senão ao seu paulatino desuso. Significa dizer que nas diversas fases da Roma antiga – Monarquia, República e Império – os sistemas processuais romanos se alternaram e com os demais conviveram durante algum tempo.

Em síntese, os sistemas processuais conhecidos pelos romanos foram os seguintes: as (i) ações da lei (*legis actiones*); o (ii) formulário (*per formulas*); e o da (iii) cognição extraordinária (*cognitio extraordinária*). Predominantemente, o sistema das ações da lei é observado quando do direito pré-clássico romano; o formulário, no direito clássico romano; e o extraordinário, no direito pós-clássico romano.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> PRADO, op. cit., pp. 127-128.

<sup>43</sup> MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999. p. 272.

<sup>44</sup> A competência do magistrado era delimitada a partir de suas atribuições funcionais e ao polo passivo da acusação. Importa mencionar que a competência para julgar os delitos era determinada a partir do local em que a suposta infração tivesse sido praticada – *forum delicti* ou *maleficii*. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. pp. 195-196.

<sup>45</sup> MOREIRA ALVES, op. cit., pp. 191-192.

<sup>46</sup> MOREIRA ALVES, op. cit., pp. 191-192; CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1975. p. 76.

A título de localização temporal, o direito romano pré-clássico é percebido das origens de Roma até a Lei *Aebutia*, cuja data de vigência é incerta, mas tem-se como aproximação os anos de 149 e 126 a.C.. Esse período é marcado por um formalismo excessivo, sua fonte principal é a obra dos jurisconsultos sobre normas costumeiras<sup>47</sup>, além de ter sofrido a influência da Lei das XII Tábuas. Por sua vez, o direito romano clássico toma forma a partir da mencionada edição da Lei *Aebutia* até o término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.. Trata-se de período marcado pela atuação dos pretores urbanos e peregrinos. Por fim, o direito romano pós-clássico ou romano-helênico é localizado a partir do aludido término do reinado de Diocleciano até a morte de Justiniano, em 565 d.C.. Durante este derradeiro período o direito passa a ser elaborado prioritariamente pelo poder político vigente – Império.<sup>48</sup>

Feita a necessária contextualização do período romano, passa-se à análise do que se poderia denominar, com alguma generosidade e para fins didáticos, de processo penal romano. Isso porque a noção atual de processo penal é profundamente distinta dos procedimentos pelos quais os romanos reprimiam uma conduta considerada ilícita. Decerto, é possível falar em processo penal romano se se adotar o processo como caminho necessário à aplicação de uma pena. Aqui, então, haveria alguma correspondência.

O professor Tourinho Filho observa a existência de dois tipos de processo penal para os romanos, quais sejam, o processo penal privado e o processo penal público.<sup>49</sup> Enquanto no primeiro as partes gozavam de maior protagonismo e o pretor remanesca na qualidade de árbitro na solução do conflito, no segundo a entidade política que detivesse o poder investigava de ofício e repreendia a todo custo – pode-se ter este como embrião de um sistema inquisitivo.<sup>50</sup> Essa dualidade vigeu em Roma durante o período monárquico ou pré-clássico, da *legis actiones*.

<sup>47</sup> Aos poucos, costumeiramente, a solução dos conflitos passa da vingança privada à tutela de um terceiro, o árbitro. CORREIA e SCIASCIA, op. cit., p. 73.

<sup>48</sup> Os romanistas dividem a história do direito romano em períodos, notadamente para facilitar a compreensão. Opta-se por utilizar a separação adotada pelo eminente Ministro Moreira Alves. Sobre o tema, ver: MOREIRA ALVES, op. cit., pp. 72-77.

<sup>49</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., pp. 102-103.

<sup>50</sup> A distinção entre processo penal público e privado decorre do objeto de cada um. Enquanto o primeiro apurava a ocorrência de delito público, o segundo versava sobre a possível prática de delito privado. Os delitos públicos consistiam em infrações a normas jurídicas que a entidade política vigente considerasse relevante para a sociedade. Como exemplo, cite-se o atentado contra a segurança do Estado – *perduellio* – e o assassinato de homem livre – *parricidium*. Nestes casos o interesse em reprimir a conduta delituosa era do Estado e a pena variava entre a morte, os castigos corporais ou multas. Os delitos privados, porém, abarcavam infrações que ofendiam precipuamente determinado indivíduo, sendo dele a iniciativa para punir ou não quem tenha cometido

O poder de julgar não encontrava limitação nos procedimentos penais públicos<sup>51</sup> – alcunhados de *cognitio*. A mera notícia do crime poderia disparar a atuação de ofício do magistrado, que objetivava investigar a ocorrência noticiada – fase a qual se denominava *inquisitio*.<sup>52</sup> Após o término das investigações, o magistrado poderia aplicar a pena.<sup>53</sup>

Para além disso, o processo penal privado revelava a persecução sobre delito privado, sendo então o interesse de mover a ação – *actio* – do cidadão vítima da suposta infração.<sup>54</sup> Para ilustrar, no direito romano clássico, o furto – *furtum* – era espécie de delito privado que poderia ensejar a *actio furti manifesti*, a *actio furti prohibiti* e a *actio furti non exhibiti*, tudo a depender das nuances do caso concreto.<sup>55</sup>

Eis que sobrevém a *Lex Valeria de Provocatione*, que instituiu a *provocatio ad populum*. A partir de então, após a decisão condenatória do magistrado pondo fim à *inquisitio*, o condenado poderia recorrer a um Tribunal popular reunido em comício, ou seja,

---

o ilícito. Ao indivíduo ofendido era assegurado o direito de promover a *actio* para obter o ressarcimento de algum dano, o que se denominava por pena privada – *poena privata*. Portanto, tratava-se de um híbrido do que hoje tem-se por ação penal privada e ação civil *ex delicto*, tendo em vista que a obrigação de ressarcimento era considerada a punição pelo denominado delito civil. Assim, elucida o Ministro Moreira Alves a diferença entre parte do que se chamava à época de delito civil e o que se tem atualmente por delito ou ato ilícito. Embora a lógica da persecução penal relacionada aos delitos públicos não tenha mudado significativamente, em relação aos delitos privados a mudança é acentuada. Destes, como dito, decorria para a vítima o direito de intentar a *actio* para se ver ressarcida. Espécie de delito privado era o furto – *furtum* –, a injúria – *iniura* –, os quais, hodiernamente, são tipos penais propriamente ditos e, portanto, delitos. Destarte, na Roma Antiga, o que se tinha por delitos civis era todo e qualquer atentado ao patrimônio de determinado cidadão. Parte disso se tornou ato ilícito, a ser tutelado civilmente, e a outra parte remanesceu como delito penal. Por essa razão, deve-se observar *cum grano salis* as denominações de processo penal romano, vez que o contexto na seara criminal era absolutamente distinto, embora seja possível e proveitoso observar a vida da notória civilização, pois dela surgem os embriões de conceitos até hoje vigentes. Recomenda-se a leitura: MOREIRA ALVES, op. cit., pp. 579-580; PETIT, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. trad. por José Ferrández González. México: Porrúa, 2007. pp. 454 e seguintes.

<sup>51</sup> PRADO, op. cit., p. 130.

<sup>52</sup> PRADO, op. cit., p. 129.

<sup>53</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 103.

<sup>54</sup> CORREIA e SCIASCIA, op. cit., p. 77.

<sup>55</sup> No direito pós-clássico romano as ações contra o furto se dividiam em duas, quais sejam, a *actio furti manifesti* e a *actio furti nec manifesti*, podendo, a partir de então, terceiro interessado na coisa furtada intentar a *actio*. Destaque-se a situação de outros delitos privados. Introduzido como delito autônomo somente em 76 a.C., por Edito do Pretor M. Terêncio Lúculo, o roubo – *rapina* – ensejava o intento da *actio ui bonorum raptorum*. O roubo era considerado até o mencionado Edito apenas como o furto qualificado. Por seu turno, a injúria, tida como ofensa à integridade física ou psíquica de outrem, reclamava a promoção da *actio iniuriarum*. Pode-se citar, nessa vereda, o *damnum iniura datum*, consistente no dano doloso ou culposo em coisa alheia, delito que desafiava a *actio de pauperie*, a *actio de pastu pecoris* ou a *actio de arboribus succisis*, e, ainda, após a Lei *Aquila*, a *actio legis Aquiliae*. Ver: MOREIRA ALVES, op. cit., pp. 586-591; PETIT, op. cit., pp. 454 e seguintes.

provocar ao povo outra resolução do conflito.<sup>56</sup> Vale dizer que o direito ao recurso era destinado apenas aos cidadãos romanos, o que decerto mitigava a já tímida evolução.<sup>57</sup>

Por outro lado, é durante a República romana que surge efetivamente o modelo da *accusatio*. O cidadão romano poderia acusar terceira pessoa, sendo o processo iniciado a partir da *postulatio*, em que o acusador postulava perante o *quaesitor* a sua acusação.<sup>58</sup> O processo não poderia principiar sem a formalização da acusação – *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*.<sup>59</sup> Em sendo tida como possível a configuração de delito, o acusador ficava impedido de desistir da acusação, a qual passava a ser inscrita em registro do respectivo Tribunal – fase denominada, pois, de *inscriptio*.

A inscrição da acusação no registro do Tribunal competente habilitava o acusador privado a diligenciar investigações a fim de comprovar sua acusação em juízo. O magistrado, então, recebia um mandado – *lex* – que formalmente tornava-o apto a realizar a investigação da materialidade do delito. Tratava-se da delegação da função de investigar.<sup>60</sup>

Pode-se perceber que a formatação da *accusatio*, aparentemente, inibia e desestimulava acusadores levianos, dado que, uma vez aceita a acusação, o comunicante deveria acompanhar a causa até a decisão final – *perseveratum se incrimine usque ad sententiam* – e poderia ser acusado de calúnia em se constatando eventual falsidade de sua imputação.<sup>61</sup>

Por sua vez, durante o Império, Roma conheceu a *cognitio extra ordinem*, em detrimento à *accusatio*.<sup>62</sup> O direito amplo de acusação reconhecido pela República foi sendo aos poucos deturpado em excessivas delações<sup>63</sup>, pelo que os romanos optaram por tentar refrear ainda mais impulsos acusatórios, notadamente a partir da imposição a quem delatava medida cautelar semelhante a que seria imposta ao acusado até a resolução das

---

<sup>56</sup> A *Lex Valeria de Provocatione* permitia aos condenados à morte apelar para o povo da sentença dos magistrados. MOREIRA ALVES, op. cit., p. 16.

<sup>57</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 103.

<sup>58</sup> A participação popular efetiva no procedimento faz lembrar o que havia na Grécia. Nesse sentido, ver: PRADO, op. cit., p. 131.

<sup>59</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 105.

<sup>60</sup> TORNAGHI, op. cit., p. 470.

<sup>61</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., pp. 103-104.

<sup>62</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 104.

<sup>63</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 105.

investigações.<sup>64</sup> A posição de excessivo destaque das partes, àquela época, gerou a impunidade de criminosos, a facilitação das acusações falsas e o desamparo dos menos favorecidos.<sup>65</sup>

Com a figura do acusador particular fragilizada, de pouco em pouco, os atos de investigação passaram à competência de funcionários oficiais encarregados para tanto, quais sejam, os *curiosi*, os *irenarchae*, os *nuntiatores*, os *stationarri*, os *digiti duri*.<sup>66</sup>

Anote-se que a oficialidade da persecução penal iniciou de forma supletiva à acusação privada. Os funcionários somente ficavam aptos quando houvesse a notícia de um crime e a suposta vítima nada fizesse. Havia, então, a *inquisitio*, que se dividia em duas fases: a *inquisitio generalis* e a *inquisitio specialis*. Na primeira, o objeto de investigação era a existência do delito. Caso verificada a existência desta infração, passava-se à segunda fase, na qual a investigação recaía sobre os suspeitos de terem-no praticado.<sup>67</sup>

O magistrado a julgar a acusação era o *praefectus urbis* ou o *praefectus vigilum*, os quais poderiam (e deveriam) atuar de ofício para a busca da verdade dos fatos.<sup>68</sup> Eventual recurso a ser interposto seria direcionado ao próprio Imperador – *appellatio ad principem* –, não mais ao Tribunal popular dos comícios. Relewa pontuar que a *cognitio extra ordinem* propiciou e não reputava estranha a prática de tortura como meio de prova, isto é, tinha o tormento como caminho aceitável para a obtenção de confissões. Inclusive, até as testemunhas poderiam ser torturadas.<sup>69</sup>

Sem embargo, os romanos se preocupavam com a busca pela averiguação objetiva da verdade histórica.<sup>70</sup> Trata-se de uma finalidade linear dos processos romanos. Estranhava-se uma resolução de conflito que fosse decidida a partir do confronto entre as partes, com o fundamento de que alguma entidade divina fosse agraciar a parte a quem assistia a razão. Por essa razão, Julio Maier afirma que o direito romano desmistificou a persecução penal.<sup>71</sup>

---

<sup>64</sup> TORNAGHI *Apud* PRADO, op. cit. p. 133, elenca graves inconvenientes gerados pela *accusatio* na Roma republicana, quais sejam, “a impunidade do criminoso, a facilitação da acusação falsa, o desamparo dos fracos, a deturpação da verdade, e impossibilidade de julgamento e a inexequibilidade de sentenças, em outros”.

<sup>65</sup> TORNAGHI, op. cit., p. 471.

<sup>66</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 105.

<sup>67</sup> TORNAGHI, op. cit., p. 475.

<sup>68</sup> PRADO, op. cit. p. 133.

<sup>69</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 105.

<sup>70</sup> MAIER, op. cit., 274.

<sup>71</sup> MAIER, op. cit., p. 274.

Após a queda do Império Romano, em 476 d.C., e o advento das invasões bárbaras, passou a vigorar o direito bárbaro ou germânico, verdadeiramente rudimentar se comparado à razão escrita dos romanos. O direito germânico antigo, que vinha do séc. VII e anteriores, comportava um procedimento de busca da razão das partes a partir de contendas entre elas, sendo de menor relevo a busca pela verdade histórica dos fatos.<sup>72</sup>

Os costumes bárbaros dominaram a resolução dos conflitos, o que é percebido a partir dos ordálios – Juízos de Deus –, baseados em juramentos, testes físicos de caráter místico, para, através de especulação divina, chegar-se a uma conclusão sobre a inocência ou não da pessoa acusada.<sup>73</sup>

A divisão entre delitos públicos e privados subsistiu. No que se refere ao primeiro grupo, os julgamentos ocorriam em Assembleias compostas pelas autoridades políticas da ocasião e do local, como o Rei, o Príncipe, o Duque ou o Conde, sendo o ônus da prova distribuído ao acusado, que deveria provar sua inocência vencendo o teste místico.

Algum tempo depois, durante a baixa idade média, o modelo inquisitivo nasce oficialmente, sendo adotado pelo Direito Canônico a partir do séc. XII<sup>74</sup>, tendo posteriormente se propagado por toda a Europa. No ponto, deve-se registrar que até o fim do séc. XIII ainda vigorava modelos acusatórios de processo penal, que aos poucos foram cedendo aos modelos inquisitivos. Em determinados casos, a vítima do delito ou seus familiares eram incumbidas de apresentar a um juiz uma denúncia (*denuntiatio*) com os fundamentos da acusação e os meios de prova. Porém, os modelos inquisitivos foram ganhando força a partir dos modelos canônicos de persecução de infrações. Aqui, a concepção publicística do crime e da pena se firma e não se evadirá mais das persecuções criminais, sobretudo diante da ideia de que o fato delituoso ofende não apenas a vítima, mas a comunidade.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> MAIER, op. cit., p. 264.

<sup>73</sup> Havia a *purgationes vulgares*, Juízo de Deus consistente em jogar o acusado em uma bacia de água: “*se submergisse, era inocente; se permanecesse à superfície, era culpado*”. O teste também poderia ser feito com água fervente: o acusado colocava “*o braço dentro da água fervente e, se, ao retirá-lo, não houvesse sofrido nenhuma lesão, era inocente*”. TOURINHO FILHO, op. cit., p. 106.

<sup>74</sup> Neste sentido: GILISSEN, op. cit., p. 384; OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro de. *A confissão em juízo: características, vícios e sua valoração*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

<sup>75</sup> SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea* – trad. Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. pp. 104-105.

A adoção do sistema inquisitivo pela Igreja está ligada à redescoberta do direito romano no mesmo período.<sup>76</sup> A partir das atividades dos glosadores e dos pós-glosadores, o professor Geraldo Prado<sup>77</sup> observa a influência da *cognitio extra ordinem* romana na inquisição institucionalizada pela Igreja na Idade Média, o que serviu de ferramenta, inclusive, à tentativa de impor ao mundo os ideários cristãos. Neste momento, porém, a publicidade foi abolida, o juiz clerical agia de ofício, aceitavam-se torturas, tudo em nome da fé.<sup>78</sup>

O professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho bem explica o contexto da época que deu o ensejo aos modelos inquisitivos medievais:<sup>79</sup>

Em síntese, poder-se-ia dizer que desde o século anterior (século XII), mais particularmente em seu final, a Igreja Católica se debatia com um fenômeno social interessante: pensavam alguns estar em risco o seu domínio sobre o mundo conhecido, do qual era detentora da grande parte. Sua doutrina – era visível – já não encontrava ressonância plena e, portanto, havia discórdia em alguns pontos capitais. Pensava-se que isso era fruto de “doutrinas heréticas” e, portanto, de postulados contrários àqueles pregados desde Roma. Sabia-se, por sua parte, isso só ser possível em razão de outros fundamentos epistêmicos e, assim, não era tarefa fácil, nem banal, o seu combate.

A certidão de nascimento do denominado procedimento inquisitivo é data de 1215, no IV Concílio de Latrão, por Inocêncio III.<sup>80</sup> Este, avocando para si a condição de sucessor de São Pedro, “*reivindicou a autoridade de intervir nos assuntos internos dos governantes seculares, quando estes ameaçavam a boa ordem da cristandade*”.<sup>81</sup>

O auge do poder da Igreja estava alcançado e, entre as deliberações do mencionado Concílio, no qual reuniram-se cerca de 1.200 padres e autoridades políticas, firmou-se o dever de que cada bispo deveria perseguir hereges nos limites territoriais de suas respectivas dioceses, além da necessidade de confissão por parte de todo católico dos seus pecados ao menos uma vez por ano.<sup>82</sup>

---

<sup>76</sup> MAIER, op. cit., p. 286.

<sup>77</sup> PRADO, op. cit., p. 140.

<sup>78</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 107.

<sup>79</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. In: Revista de informação legislativa. vol. 46, nº 183, p. 103-115. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>>. Acesso em: 12 set. 2020.

<sup>80</sup> PRADO, op. cit., p. 138.

<sup>81</sup> PERRY, op. cit., p. 180.

<sup>82</sup> PERRY, op. cit., p. 181.



Posteriormente, por obra do Papa Gregório IX, no ano de 1231, foi criado o Santo Ofício, tribunal de exceção – aquele que se cria *ex post facto*, ou seja, depois da ocorrência do fato que vem a julgar<sup>83</sup> – cujo objetivo era o combate à heresia albigense, povo cátaro da cidade de Albi, sul da França, que pregava seita religiosa diversa da católica. O tribunal foi confiado à Ordem Dominicana.

Determinadas condutas atentatórias aos cânones da Igreja passam a ser vistas como defeitos da alma do infrator que reclamavam a salvação por meio da punição, atingindo-se, assim, a expiação das culpas. Por outro lado, a possibilidade de punição por parte da Igreja conferia-lhe relevante autoridade.<sup>84</sup> Deve-se atentar para o fato de que o papa era a síntese dos poderes da Igreja.<sup>85</sup> Embora atualmente ainda o seja, àquela época a Igreja detinha o poder absoluto na Europa. A *plenitudo potestatis* traduzia o poder papal de, por meio do direito canônico, ser o governador, legislador e juiz do continente (na perspectiva à época, do próprio mundo).

A Igreja considerava-se detentora da verdade divina, ao passo em que se via obrigada a erradicar qualquer crença que questionasse ou infirmasse sua ortodoxia. A heresia somente poderia ser obra de Satã, o que autorizava a Igreja a agir em de qualquer forma a expurgar o mau sentimento e salvar a alma do herege.<sup>86</sup>

O catarismo, que reunia o grupo inicialmente investigado pela Igreja, foi uma dissidência herege radical. Seus adeptos possuíam a crença de que havia um deus do bem e um deus do mal, sendo este o do Velho Testamento, que criara a Igreja para escravizar o homem e buscar poder e riqueza. A guerra contra o catarismo perdurou de 1208 a 1229, tendo os inquisidores dominicanos e franciscanos dizimado os cátaros.<sup>87</sup>

Àquela época, duas eram as principais ordens religiosas: os franciscanos e os dominicanos. O religioso São Francisco de Assis (c. 1181-1226) era rico e proveniente de uma família de comerciantes. Após experiências de fé, passou a caminhar entre aldeias pregando os cânones da Igreja e, por sua popularidade, atraiu diversos adeptos. O papado, então, incorporou o movimento e utilizou os pregadores como importantes agentes de

---

<sup>83</sup> Exemplo de Tribunal de exceção usualmente mencionado é o Tribunal de Nuremberg, Alemanha, criado após a Segunda Guerra Mundial para julgar os crimes cometidos pelos nazistas.

<sup>84</sup> PRADO, op. cit., p. 138.

<sup>85</sup> GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*; tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 254.

<sup>86</sup> PERRY, op. cit., p. 178.

<sup>87</sup> PERRY, op. cit., p. 179.

disseminação dos valores cristãos ao redor da Europa, no Oriente e no norte de África. Por outro lado, a ordem dominicana, a principal responsável pela execução da Inquisição (daí chamar seus adeptos de cães de fila do Senhor), foi fundada por São Domingos (c. 1170-1221). Tratava-se de um nobre espanhol que pregara contra os cátaros, ganhando, assim, popularidade. Aliás, relevante traço distintivo dos grupos residia no conhecimento dos ensinamentos cristãos. Enquanto os primeiros eram leigos, os últimos eram iniciados na alta cultura da cristandade.<sup>88</sup>

Nesse cenário, paulatinamente, o procedimento inquisitivo foi disseminado pela Europa, que o observava como notável instrumento de dominação política.<sup>89</sup> Pode-se citar notórios documentos denominados Diretórios ou Manuais dos Inquisidores, no quais era sintetizada e padronizada, na medida do possível, a atuação dos magistrados. Cite-se a passagem de Gabriela Schneider:<sup>90</sup>

Nestes livros se poderiam encontrar leis, jurisprudências, formulários de autos e modelos de decisões (GONZALES, 1989, p. 92). Pode-se dizer que são três os principais manuais da Inquisição: Manual do Inquisidor (*Practica officii Inquisitionis heretice pravitatis*) de Bernard Gui, de 1323; Manual dos Inquisidores (*Directorium Inquisitorum*), de Nicolás Eymerich, de 1376 (posteriormente revisto e ampliado por Francisco de la Peña, em 1578); e o Martelo das Feiticeiras (*Malleus Maleficarum*), de Heinrich Kramer e James Sprenger, de 1484. Os manuais foram difundidos no decorrer das Inquisições medieval, espanhola e romana.

É possível, também, apontar o ordenamento de Alcalá, datado de 1348, que fez viger na Espanha o procedimento inquisitorial nos Tribunais religiosos ao lado da justiça comum, sob a influência do *Libro de las Leyes*.<sup>91</sup>

Por sua vez, a Alemanha adotou os procedimentos inquisitivos a partir da instalação, em 1495, do Tribunal de Câmara Imperial<sup>92</sup> e a posterior edição da *Constitutio Criminalis Bambergensis* e da *Constitutio Criminalis Carolina* – Lei Imperial de 1532, do Imperador Carlos V.<sup>93</sup> O temido Tribunal da Santa Punição foi instituído tal como o Santo Ofício, isto

<sup>88</sup> PERRY, op. cit., p. 180.

<sup>89</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 107.

<sup>90</sup> SCHNEIDER, Gabriela. *Do inquisitorialismo à consolidação do sistema acusatório no Brasil: uma análise crítica das soluções qualitativas diante da transição inacabada do Estado Democrático de Direito*. 2014. Tese (Mestrado em Direito) – da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2014. p. 70.

<sup>91</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 108.

<sup>92</sup> PRADO, op. cit., pp. 144-149.

<sup>93</sup> Referida Lei Imperial consistiu em verdadeiro código de processo penal e previa dois tipos de processos: o acusatório privado e o inquisitório oficioso. O primeiro, seguindo a tradição romanística acusatória, necessitava da acusação privada do ofendido. Não obstante, acaso ao fim do processo se chegasse à absolvição por falta de provas, o Império poderia, querendo, tomar para si a iniciativa de ofício e seguir impulsionando as apurações.

é, objetivando a punição de heresias, com a completa ausência de publicidade – sequer se sabia quem seria o juiz do processo.<sup>94</sup>

Em território francês, o primeiro momento de contato com o sistema inquisitório ocorre com o advento da Ordenação de 1254, de Luis IX, com o fito de monopolizar a apuração de infrações. As práticas inquisitórias permanecem e são incrementadas a partir da Ordenação Prévia, de 1535, e a Ordenação de 1670, tida como um dos grandes símbolos de modelos inquisitoriais.<sup>95</sup>

A Inglaterra, excepcionalmente, manteve-se alheia aos anseios inquisitivos devido a sua firme cultura liberal<sup>96</sup>, sendo razoável dizer que ali se vivia em *outro mundo*. Desde a abolição dos Juízos de Deus – o que se deve ao IV Concílio de Latrão –, o processo penal inglês se identificou como marcadamente acusatório e com a participação popular pelo Júri. Não por acaso é dos ingleses o *Habeas Corpus Act*, de 1679, a noção de *fair trial* e a ideia de que se deveria “*tratar o acusado como a um gentleman*”.<sup>97</sup>

Com relação aos portugueses, as Ordenações Manoelinas e Filipinas ditavam a persecução oficiosa tanto em Portugal quanto no incipiente Brasil.<sup>98</sup> Observa-se do procedimento inquisitório adotado pelos tribunais do Santo Ofício em Portugal, século XVI, as *contraditas*. Ao ser notificado de denúncia, o acusado, sem saber quem o denunciou e o quê pesava em seu desfavor, deveria apresentar ao Tribunal nomes de pessoas as quais não aceitava eventual depoimento, vetando, assim, as pessoas pelas quais o acusado nutria inimizade.<sup>99</sup> Posteriormente, as mesmas anotações são observadas: processo sigiloso, que legitimava tortura, com provas tarifadas e sem contraditório.

Afirma-se, assim, que no sistema inquisitivo a titularidade é atribuída ao órgão julgador. O sistema de persecução penal inquisitório é aquele em que as funções de acusação

---

Portanto, a bem da verdade, o sistema inquisitivo dominava a persecução penal. Para além disso, a confissão figura como a prova das provas e “*condição da possibilidade da reconciliação do réu com Deus*”, pelo que poderia ser extraída do acusado mediante tortura. Esta, por sua vez, poderia ou não ser determinada a partir da discricionariedade do magistrado, sendo a intensidade da violência corporal também deixada a sua “*sensatez e bondade*”. Sobre o tema, ver: MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2018. pp. 28-29. O mencionado autor ainda pontua como diploma legislativo ímpar para o que se entende por modelos inquisitórios a *Constitutio Criminalis Theresiana*, da Áustria, de 1768.

<sup>94</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 108.

<sup>95</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 108.

<sup>96</sup> Como disse Miguel Reale, “*a Inglaterra é a pátria do liberalismo*”. REALE, op. cit., Tomo I, p. 219.

<sup>97</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., p. 109.

<sup>98</sup> PRADO, op. cit., pp. 144-149.

<sup>99</sup> MENDES, op. cit., p. 30.

e de julgamento estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão) e a busca pelo esclarecimento do fato apurado é o valor mais caro a ser perseguido.

A gestão da prova nas mãos do juiz é o traço caracterizador do sistema inquisitório. Tal magistrado é dotado de ampla iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, seja no curso das investigações, seja no curso do processo penal, independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado. A gestão das provas estava concentrada nas mãos do juiz, que, a partir da prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejasse.<sup>100</sup>

Tal como assinalam Isabel Ramirez e María Martinez, sob a perspectiva de um passado próximo, o papel do próprio Ministério Público remanesce enfraquecido, dado que este não se assenhorava da ação penal, tampouco da iniciativa probatória plena. A vítima, igualmente, quedava-se com pouca margem de ação.<sup>101</sup> O Estado avocava para si toda a ofensa decorrente do fato ilícito e buscava, a qualquer custo, em nome de um direito penal ainda arbitrário, demonstrar sua força de império.

Assim, o acusado era mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos.<sup>102</sup> Inexistia efetivo contraditório e a defesa goza de papel reduzido – para não dizer decorativo.<sup>103</sup> O procedimento inquisitivo era, em regra, escrito e sigiloso.<sup>104</sup> A execução, porém, era pública, desaguando nos suplícios tão bem narrados por *Michel Foucault*.<sup>105</sup>

---

<sup>100</sup> Sobre o tema: “*No domínio penal, o processo permaneceu durante muito tempo dependente de queixa (isto é, acusatório) que se desenrolava mais ou menos como o processo cível. Nos finais do século XII apareceu o processo oficioso, por inquirição (inquisitio) ordenada pelo juiz desde que tivesse conhecimento de uma infração (procedimento inquisitorial). Este processo foi largamente aplicado pelo Santo Ofício na luta contra as heresias; levou à permissão de ordenar a tortura (quaestio), instituição recebida do direito romano e aplicada contra os heréticos por uma bula de Inocêncio IV de 1252*”. GILISSEN, op. cit., p. 141.

<sup>101</sup> RAMIREZ, Isabel Ximena González; MARTINEZ, María Soledad Fuentealba. *Las consecuencias de regular normativamente la mediación penal en el Sistema Acusatorio de Tradición Jurídica Continental en Chile*. Rev. direito GV [online]. 2018, vol. 14, n. 2, pp. 746-774. Reveladora e didática a seguinte passagem: “*Es así como en los sistemas inquisitivos, el papel del Ministerio Público y de la víctima era absolutamente irrelevante, porque son sistemas sin acción, por lo que la apropiación de la acción por el Estado parecía natural y muy ligada a determinar los delitos y las penas. En cambio, una consecuencia del régimen acusatorio (MÁRQUEZ, 2007, p. 201-212) es el de dar legitimidad al Ministerio Público para ejercer la acción. En esta línea, si se parte del supuesto que la finalidad del proceso penal es buscar la verdad del hecho punible y castigar al autor para restablecer la validez de la norma lesionada (HORVITZ, 1994) no existiría lugar para la negociación (VIDELA BUSTILLOS, 2010, p. 296)*.” p. 751.

<sup>102</sup> LIMA, op. cit., p. 39.

<sup>103</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 21.

<sup>104</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 21.

<sup>105</sup> O renomado filósofo francês Michel Foucault principia sua obra atemporal – *Vigiar e punir: nascimento da prisão* – narrando a execução pública e violenta de Robert-François Damiens, camponês francês que teria

Caso a demonstrar a confusão de funções dos procedimentos inquisitivos é a acusação contra a jovem francesa Joana D'Arc, em 21 de fevereiro de 1431, na França, na qual a inquisição religiosa franqueou à então investigada a possibilidade de escolher seus defensores entre os próprios acusadores.<sup>106</sup>

A confissão era tida como a prova mais cobiçada<sup>107</sup>, em nome da qual se permitia a prática de torturas, físicas ou psicológicas. O professor Giulio Illuminati<sup>108</sup> observa que o duelo entre acusado e juiz acusador terminava, inevitavelmente, com o acusado *esmagado* – “*schacciato*” –, ante a manifesta disparidade de armas. Ora, a investigação iniciava secretamente e de ofício – quando muito, por denúncia anônima – e assim tramitava. Colhiam-se depoimentos, diligenciava-se, tudo secretamente. Por vezes, quando finalmente se comunicava ao investigado sua condição, este era torturado até que confessasse a prática do crime – não é preciso dizer que muitas das confissões eram falsas, mas sobrevinham no intuito de ver cessada a violência da autoridade.

Nestes modelos, ao juiz tudo é destinado e permitido. Como dito, um dos traços marcantes do sistema inquisitivo é o protagonismo do juiz<sup>109</sup>, o qual recebe a alcunha de juiz inquisidor. É permitida a determinação de produção de provas de ofício, isto é, sem prévio requerimento de nenhuma das partes. O poder geral de cautela é maximizado e se franqueia ao magistrado decretar prisões preventivas e outras medidas cautelares invasivas, sendo o prévio pedido de alguma das partes mero capricho, podendo o juiz inquisidor decretar de ofício. Por outro lado, a fundamentação das decisões é um ato de bondade do magistrado se o fizer, mas não um dever.

O que prepondera é o princípio da busca da verdade real, que orienta os operadores do direito a buscarem, a qualquer custo, o que efetivamente ocorreu no caso investigado.

---

atentado contra a vida do rei Luís XV da França. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2014.

<sup>106</sup> RANGEL, op. cit., p. 123.

<sup>107</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 21.

<sup>108</sup> Sobre o tema, ver: ILLUMINATI, Giulio. *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto alegre, vol. 4, n. 2, p. 533-557, mai./ago, 2018. p. 538. Confira-se, *verbis*: “*L’inquisizione consisteva in una partita a due tra l’accusato e il giudice-accusatore, senza una vera dialettica e perciò fortemente squilibrata a sfavore dell’imputato, che ne finiva inevitabilmente schacciato. L’inquisitore iniziava l’indagine segretamente e d’ufficio (o su denuncia anche anonima); i testimoni venivano sentiti in segreto senza alcuna partecipazione della difesa; l’imputato, senza poter conoscere con precisione l’addebito, né le prove a carico, veniva interrogato sotto giuramento ed eventualmente sottoposto a tortura per ottenerne la confessione, prova legale per eccellenza; testimonianze e interrogatorio erano documentati minuziosamente in verbali, che alla chiusura dell’inchiesta venivano trasmessi con tutti gli atti del processo al tribunale perché in base ad essi pronunciasse la sentenza*”.

<sup>109</sup> TORNAGHI, op. cit., p. 132.

Seria possível, por meio do processo judicial e das provas, reproduzir a verdade dos fatos, ou seja, ter a ciência, ao final do processo judicial, acerca da exatidão do que ocorreu. Em nome de uma paz de espírito para a sociedade, não se punha em dúvida a sentença.

É preciso dizer que a maioria dos autores, atualmente, acredita ser tal princípio frágil ou até mesmo sequer existente.<sup>110</sup> Ora, a reprodução do fato, por qualquer meio de prova, sofre modificações inevitáveis do transcurso do tempo, além da evidente falta de controle a respeito da falibilidade da memória humana ou até interesses em determinadas versões. Ademais, conforme leciona o professor Paulo César Busato, a própria pretensão científica de afirmação da verdade é circunstância que foge ao alcance do direito, ordenamento social que, por mais refinado que seja, é uma criação humana, eminentemente retórica, que se legitima pelo argumento e, portanto, falível.<sup>111</sup>

Sem embargo, o grande processualista Hélio Tornaghi afirma que a impropriedade dos meios utilizados pelos modelos inquisitivos medievais somente pôde ser percebida “*pelos maus frutos colhidos após longo tempo*”, porque “[*o*]s próprios inquisidores perversos, são, em parte, o produto da convicção geral da conveniência dos meios empregados”.<sup>112</sup> O que o professor busca ensinar é que o passado deve ser observado e justamente analisado a partir da mentalidade da época, caso contrário, jamais se terá uma visão sóbria da história ou, pelo menos, que se pretenda sóbria.

Por último, quanto ao sistema inquisitivo, a título de *obiter dictum*, este autor acredita que a busca da verdade real deve ser mais bem aquilatada. Tal princípio pode ter vida longa se interpretado conforme a Constituição da República. A uma, se se entender que tal princípio que não informa a atividade do magistrado, dado que este não *busca* nada além da correta aplicação do direito ao caso concreto. A duas, entendendo-se como incidente tal princípio na atividade das autoridades policiais e do Ministério Público, não se admitindo, porém, que o princípio prevaleça sobre os meios legítimos de obtenção de provas respaldados pela Lei Fundamental.

O sistema acusatório, pode-se dizer, é o oposto do sistema inquisitivo. Cada sujeito processual possui sua função definida e delimitada em lei, não sendo sadia a mistura de

---

<sup>110</sup> “No âmbito processual penal, hodiernamente, admite-se que é impossível que se atinja uma verdade absoluta. A prova produzida em juízo, por mais robusta e contundente que seja, é incapaz de dar ao magistrado um juízo de certeza absoluta”. LIMA, op. cit., p. 67.

<sup>111</sup> BUSATO, op. cit., pp. 136-137.

<sup>112</sup> TORNAGHI, op. cit., p. 478.

funções. Há um órgão determinado para realizar a acusação – que não é o juiz. O acusado tem direito à autodefesa e à defesa técnica.

O Estado-juiz se posiciona equidistante às partes<sup>113</sup> – acusação e defesa – e sua iniciativa de ofício, sobretudo em matéria probatória, é vista com alguma estranheza<sup>114</sup>, dado que se o magistrado requer alguma prova sem ser provocado, tal conduta parece informar que alguma convicção esse magistrado já possui e, assim, pode estar saindo de sua posição equidistante para, ainda que bem intencionado, favorecer indiretamente alguma das partes.

Portanto, tem-se aqui a clássica separação das funções de acusar, defender e julgar, tão festejada pela doutrina – não sem razão.

Sob a perspectiva de evolução do próprio direito penal, há o crescente reconhecimento de direitos fundamentais ao acusado, como à ampla defesa, ao contraditório, a ser julgado por um juiz imparcial, dentre muitos outros.

É preciso dizer que, embora o sistema acusatório com o qual os operadores do direito se familiarizam atualmente seja aquele impulsionado a partir da guinada napoleônica em XIX, fruto da ascensão do direito penal a partir do iluminismo de Beccaria, como dito, já havia um embrião de sistema acusatório – reconhecido por alguns estudiosos – antes mesmo da já citada afirmação do modelo inquisitivo no século XII.

Era possível observar ainda no sistema grego antigo e na Roma republicana<sup>115</sup> que o processo se filiava a uma matriz acusatória, diante de sua dialeticidade e debates e julgamentos públicos.

Como se sabe, com as invasões bárbaras e a queda do Império Romano do ocidente, o direito romano permaneceu esquecido durante algum tempo, até sua redescoberta no séc. XII. Não por essa razão, o embrião de um sistema acusatório foi esquecido. Como aqui já se comentou, na Inglaterra, por exemplo, o sistema acusatório permaneceu hígido – diferente do que ocorreu na maior parte da Europa – notadamente diante de um forte sentimento de

---

<sup>113</sup> No modelo acusatório “*cabe ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais...*”. Ver: OLIVEIRA, op. cit.

<sup>114</sup> Acerca da passividade probatória do magistrado, muitos sustentam ser essa a pedra angular do sistema acusatório. Ver: VICUNA DE LA ROSA, Máximo; CASTILLO GALVIS, Sergio Hernando. *La verdad y la justicia frente a la prueba en el proceso penal*. Justicia, Barranquilla, n. 27, p. 118-134, jan. 2015.

<sup>115</sup> Sobre o tema, ver: SOUSA, Danilo da Cunha. *A prova no crime organizado e os direitos e garantias fundamentais do acusado*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Franca: [s.n.], 2017.

autonomia social e um sentimento de desconfiança que permeava a relação das pessoas com as entidades políticas, o que veio a influenciar na delegação de poderes em tese dessas entidades às pessoas, por exemplo, o julgamento pelos pares definido na Magna Carta, de 1215.<sup>116</sup>

Na lição de Pontes de Miranda, “[a] moral individualística, que caracteriza, flagrantemente, o grande povo (cuja psicologia tanto se enquadra nas idéias gerais de suas instituições)”, propiciou leis inestimáveis, as quais, na Europa continental, vieram séculos mais tarde.<sup>117</sup>

No México, o sistema acusatório foi constitucionalmente delineado a partir da reforma na respectiva Lei Fundamental em 2008.<sup>118</sup> Contreras Lopez, ao analisar o princípio da legalidade e sua relação com o controle de convencionalidade no México, assenta que a implementação do modelo acusatório implicou um processo de transformação legal, mas sobretudo na cultura forense.<sup>119</sup>

Nesse sentido, ainda no contexto mexicano, outros autores asseveram sobre o novo papel da vítima no sistema penal acusatório.<sup>120</sup> O ofendido pelo delito assume – ao menos tende a poder assumir – papel relevante no deslinde da persecução penal. É claro que o monopólio do direito de punir ainda é detido pelo Estado, mas há um alargamento da influência do papel da vítima nos momentos anteriores da persecução criminal e na formação do convencimento motivado do magistrado.

---

<sup>116</sup> RAMIREZ e MARTINEZ, op. cit., p. 11. Nessa linha de manutenção do modelo acusatório na Inglaterra, percebe-se a oralidade e publicidade como traços marcantes. Nesse sentido: “*Viceversa, il processo accusatorio anglosassone si svolgeva in un dibattito pubblico, senza interrogatorio dell'imputato, con l'assunzione orale delle testimonianze, sottoposte alla valutazione immediata dalla giuria per l'emissione del verdetto*”. ILLUMINATI, op. cit., p. 538.

<sup>117</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e Prática do Habeas-Corpus: direito constitucional e processual comparado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962. p. 9.

<sup>118</sup> “...en junio de 2008, este proceso se extiende a los procesos penales de adultos, al reformar los diversos artículos 16-22; 73, fracciones XXI y XXIII; 115, fracción VII; y 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...”. CONTRERAS LOPEZ, Rebeca Elizabeth. *Legalidad y convencionalidad como base del sistema penal acusatorio en México*. Cuest. Const., México, n. 33, p. 33-51, dic. 2015.

<sup>119</sup> Ibidem.

<sup>120</sup> SANTACRUZ FERNANDEZ, Roberto; SANTACRUZ MORALES, David. *El nuevo rol de la víctima en el sistema penal acusatorio en México*. Rev. Derecho, Montevideo, n. 17, p. 85-112, jul. 2018, p. 110. Para os autores, o fenômeno supramencionado é impulsionado pelo seguinte: “*La irrupción de la victimología, el garantismo penal y la maximización de los derechos humanos son trascendentales en el redescubrimiento de la importancia de la víctima dentro del drama penal*”.



Por fim, há o sistema misto. Como se intui a partir do próprio nome, referido sistema processual comporta nuances e características de cada sistema analisado acima (inquisitivo e acusatório).

É claro que não há um único sistema misto. A partir das fotografias pelas quais se observe o cenário jurídico de cada lugar e momento histórico, delas é possível extrair sistemas mistos de caráter inquisitivo ou acusatório. Afinal, como aqui já se pontuou, mostra-se menos suscetível a erro denominar o modelo processual de determinado Estado de modelo predominantemente acusatório ou predominantemente inquisitivo.<sup>121</sup>

A origem do sistema misto é a Revolução Francesa que, propulsora de tantas mudanças, alcançou o direito processual penal. Atribui-se a qualidade de certidão de nascimento do sistema misto ao *Code d'instruction Criminelle* francês de 1808, de Napoleão Bonaparte.<sup>122</sup>

O mencionado diploma legal buscou conciliar o que mais lhe apetecia dos sistemas acusatório e inquisitivo.<sup>123</sup> Cindiu-se a persecução penal em duas grandes fases, sendo a primeira consistente na fase de investigação, marcada por um procedimento inquisitivo, secreto, escrito e que estranhava o contraditório, e a segunda fase acusatória, primando pela oralidade, garantindo-se o contraditório e sendo titularizado pelo Ministério Público a iniciativa de acusar.<sup>124</sup> Essa dinâmica de fases no processo penal foi exportada ao Brasil e se a vê hodiernamente com alguma claridade.

É preciso destacar que havia o magistrado instrutor, a quem incumbia coordenar a fase inquisitiva, e que detinha com poderes para colher provas colheita de provas.<sup>125</sup>

Consoante a lição do professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o modelo misto implantado por Napoleão, que influenciou quase toda a Europa, camuflava abusos de poder

---

<sup>121</sup> Pode-se perceber que em alguma medida o estudo é abstrato, do que não decorre assumir que seja desimportante o exame desses institutos.

<sup>122</sup> RAMIREZ e MARTINEZ, op. cit.

<sup>123</sup> O eminente professor Guilherme de Souza Nucci aduz que o sistema misto “*uniu as virtudes dos dois anteriores* [sistemas inquisitivo e acusatório]”. Op. cit., p. 112.

<sup>124</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal, p. 61; RAMIREZ e MARTINEZ, op. cit.

<sup>125</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Ed. JusPodivm. 2017. p. 56; PRADO, op. cit., p. 154.

e o desejo de um governo autoritário em legalizar “*o maior monumento inquisitorial laico da história da humanidade*”:<sup>126</sup>

No fundo, toda a prova produzida na primeira fase da persecução, em regra por um *juiz instrutor*, na investigação preliminar puramente inquisitorial, era usada na fase processual, por exemplo por sua leitura no chamado *Jugement*. A sessão virava, como era sintomático, teatro, não raro pantomima; puro embuste; e os discursos, pomposos e longos, inflação fonética. As cartas do jogo já estavam marcadas e para desdizer isso era preciso desacreditar na figura democrática do *juiz instrutor*, tão inquisidor quanto qualquer outro que, na história, ocupou aquele *lugar*. [...] Querendo-se ou não a figura do juiz sempre foi e continuará sendo muito próxima àquela do pai, inclusive pelas funções que ambos exercem.

Apesar dos defeitos do Código de instrução criminal francês de 1808, não seria justo deixar de observar o avanço que o diploma legal representou para o mundo ocidental, figurando como um verdadeiro agente de civilidade para o processo penal da época. Na lição do professor Mauro Andrade Fonseca, o Código de 1808 foi o possível para o seu momento histórico, no qual era preciso compor a mentalidade inquisitiva que vinha de séculos com os ideais iluministas de um sistema criminal mais humano.<sup>127</sup> O fortalecimento do que se conhece hoje como Ministério Público, por exemplo, vem do diploma legal analisado.

Até o advento da Revolução Francesa, vigia o *Code Louis*, de 1670, um exemplo perfeito de procedimento inquisitivo medieval, secreto e despido de contraditório. Atendendo aos anseios iluministas de fim à intolerância religiosa e de legalidade, iniciou-se uma discussão sobre qual o sistema de persecução penal deveria ser adotado pela França, vez que a mudança de paradigma filosófico necessariamente refletiria sobre o poder de punir da autoridade política. Entre as opções postas pelos constituintes, havia o processo acusatório romano, “*onde a legitimidade acusatória estaria conferida a qualquer cidadão*”, ou a manutenção do sistema inquisitivo, sem maiores reformas. Em 1791, a Assembleia Constituinte adotou o processo acusatório romano, com notas do modelo inglês de júri popular. Portanto, foi fixada a separação de funções processuais, os juízes e acusadores públicos seriam eleitos pelo povo, o Ministério Público remanesceu na função de fiscal da lei, sendo-lhe retirada o monopólio da acusação, os julgamentos seriam públicos e a instância inicial seria o júri popular, seguida de um tribunal de cassação.<sup>128</sup>

<sup>126</sup> COUTINHO, op. cit., p. 103-115. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>>. Acesso em: 12 set. 2020.

<sup>127</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Código de instrução criminal francês de 1808*. Curitiba: Juruá, 2008. pp. 15-29.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

Porém, ao passar do tempo, os acusadores populares começaram a sofrer ameaças, o que diminuiu o oferecimento de denúncias e favoreceu a impunidade. Nesse sentido, o jurista Julio Maier aponta com clareza que o problema político do momento era conciliar a eficiência da persecução penal com o respeito à dignidade da pessoa humana.<sup>129</sup>

Tal ambientação política influenciou Napoleão Bonaparte a encomendar projetos com o fito de reestruturar o Poder Judiciário e distribuir melhor a função da acusação de modo a evitar a fragilidade do órgão ou pessoa que tivesse a missão de reprimir delitos. Assim, nasceu o Código de instrução criminal francês de 1808, pelo qual a laicidade promovida pelo iluminismo persistiu e a função de acusar foi redistribuída ao Ministério Público.<sup>130</sup>

Desde logo, porém, se observa o caráter fluido do modelo misto, que irá como pêndulo, ora para o lado inquisitivo, ora para o lado acusatório, a depender do espírito do povo. Sobressai desta dubiedade a menção a um sistema inquisitivo-garantista<sup>131</sup>, que concilia algumas garantias fundamentais, ainda que minimamente, com anseios inquisitivos, como os poderes instrutórios em boa medida concentrados nas mãos do juiz.

#### 1.4 A Opção Constitucional.

O exame sobre a opção constitucional acerca de determinado sistema processual é exercício cuja feitura se mostra indispensável.

A Constituição de um país é a sua “*decisão política fundamental*”.<sup>132</sup> Trata-se do documento maior que irradia sobre o respectivo Estado informando-o como deve ser sua organização, como e por quem o poder será exercido e quais os direitos mínimos a serem assegurados às pessoas.

Por sua natureza essencial, a Constituição se situa hierarquicamente acima dos demais diplomas legais (leis, decretos, portarias), limitando a edição ou vigência destes diplomas à

---

<sup>129</sup> MAIER, op. cit., p. 352.

<sup>130</sup> ANDRADE, op. cit., pp. 15-29.

<sup>131</sup> TÁVORA e ALENCAR, op. cit., p. 57.

<sup>132</sup> Cuida-se da notória concepção de Carl Schmitt sobre as Constituições. Ver: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 189.

respectiva conformidade com si mesma. Daí dizer, por exemplo, se determinada lei é constitucional ou não, isto é, se está ou não conforme à Constituição.

Nesse sentido, fenômeno que ressoa a magnitude da Constituição é a constitucionalização do direito. Referida ideia consiste no efeito expansivo, vinculante e informativo que as normas constitucionais exercem sobre o sistema jurídico infraconstitucional.<sup>133</sup> Este, portanto, deve ser visto sob a lente constitucional.

Assim, a regência de como a jurisdição é distribuída (direito processual) deve passar pelo filtro de validade posto pela Constituição. Logo, resta saber o que a Constituição brasileira fala (ou não) sobre os sistemas processuais penais inquisitivo, acusatório e misto.

Desde logo, registre-se: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) não opta **expressamente** por determinado sistema processual penal. Referido ponto é de suma relevância para conferir ao operador do direito humildade ao perscrutar tal tema.

Por outro lado, a partir de uma interpretação sistêmica, isto é, a tentativa de harmonizar as distintas normas constitucionais em uma unidade orgânica<sup>134</sup>, pode-se chegar à conclusão de que a Constituição da República elege o sistema acusatório como aquele a ser adotado no Brasil.

Como visto, traço marcante do sistema inquisitivo – em seu auge – é a concentração de competências para investigar, acusar e julgar (por vezes até defender) nas mãos de um único magistrado. Extrai-se, porém, do art. 129, I, da Constituição da República, ser do Ministério Público a função institucional de promover, **privativamente**, a ação penal pública.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Opinião Jurídica, v. 3, n. 6 (2005.2). pp. 220 e 225. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2881>. Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>134</sup> SOUZA NETO e SARMENTO, op. cit., pp. 419-420.

<sup>135</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

Por sua vez, o Ministério Público é instituição permanente do Estado, a quem incumbe, dentre outras, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e cuja atuação se dá de modo independente a quaisquer anseios do Poder Judiciário.<sup>136</sup>

No ponto, André Estima de Souza Leite bem anota uma das razões de ser do Ministério Público nas democracias modernas: diluir o poder dos magistrados. Confira-se:<sup>137</sup>

[...] o Ministério Público surgiu e evolui justamente para que não haja envolvimento do juiz nem com a investigação criminal nem com a iniciativa de formação da culpa, afastando-o dessas funções, de modo a preservar sua imparcialidade e isenção de espírito para o julgamento.

A Constituição da República, assim, expressamente, preconiza ser estranho à função jurisdicional a função de acusar, eis que esta reside como incumbência privativa de instituição distinta e independente do Poder Judiciário. Logo, no ordenamento jurídico brasileiro o magistrado não pode acusar. Nessa vereda, o mínimo que se espera de um sistema pretensamente acusatório é que a pessoa que venha a julgar a ocorrência de certo crime não seja a mesma que acusou determinado jurisdicionado de cometê-lo.

Além disso, com relação às investigações de possíveis crimes, lê-se do inciso VIII do artigo 129 da carta constitucional a competência do Ministério Público de requisitar (i) diligências investigatórias e (ii) a instauração de inquérito policial.<sup>138</sup>

Por outro lado, usualmente, as investigações remanescem a cargo exclusivo das polícias judiciárias (polícias civil e federal), tendo o Delegado de Polícia a direção sobre a investigação de fato aparentemente delituoso. O art. 144 da Constituição da República delinea o tema ao tratar da segurança pública como dever do Estado, exercido com a

<sup>136</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>137</sup> LEITE, André Estima de Souza. *O sistema acusatório já positivado no Brasil e os entraves à sua efetivação*. In: *Desafios contemporâneos do sistema acusatório*. / Associação Nacional dos Procuradores da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão e 7ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Organizadores: Lívia Nascimento Tinôco, Luiza Cristina Frischeisen, Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva, Silvio Amorim Junior e Vladimir Barros Aras. Brasília: ANPR, 2018. p. 291. Disponível em: [http://anpr.org.br/images/assets/uploads/files/publicacoes/q%20-%20s/Sistema\\_Acusatorio.pdf](http://anpr.org.br/images/assets/uploads/files/publicacoes/q%20-%20s/Sistema_Acusatorio.pdf). Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>138</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

finalidade de preservar, dentre outros, a ordem pública. Em seguida, atribui expressamente a missão institucional à polícia federal de “*apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei*”. Ainda, residualmente, a carta constitucional também delimita que as polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, são encarregadas das funções de polícia judiciária e a **apuração** de infrações penais.<sup>139</sup>

Portanto, quem julga não investiga nem acusa, conforme a própria Constituição da República. Sobressai destes dispositivos uma considerável aproximação aos ditames acusatórios.

Nada obstante, a partir da observação das diversas garantias e direitos fundamentais residentes no art. 5º da Constituição da República, a opção constitucional pelo sistema acusatório de fato parece inequívoca. Consoante o dispositivo citado, são conferidos direitos fundamentais aos investigados, acusados e réus que no sistema inquisitivo não são assegurados ou, ao menos, não na amplitude que a carta constitucional de 1988 exige que o sejam. Ademais, é sabido que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.<sup>140</sup>

A garantia da presunção de inocência é a pedra de toque da Constituição sobre direito penal e, na visão deste autor, é elemento relevante a diferenciar um sistema acusatório de um sistema inquisitivo clássico.<sup>141</sup> Ao prever que ninguém será considerado culpado até o

<sup>139</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; [...] IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. [...] § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>140</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>141</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 5º [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o Poder Constituinte Originário fixou regra de tratamento ao acusado durante toda a persecução penal – somente se considera culpado, para o direito, aquele que se submeteu ao devido processo legal e ostentou um título penal condenatório contra o qual não caiba recurso. Portanto, o Estado brasileiro não suporta, formalmente, que alguém seja considerado culpado até este momento – o que difere dos tradicionais sistemas inquisitivos observados na Idade Média, nos quais o acusado era subitamente preso e tratado como culpado ou inimigo do poder público. Inclusive, anote-se que a regra de tratamento da presunção de inocência vale para toda e qualquer decisão no processo penal, sobretudo para a decretação de prisões cautelares.<sup>142</sup>

Em seguida, pode-se elencar os direitos e garantias fundamentais cuja observância no processo penal brasileiro é igualmente necessária e basilar: (i) o devido processo legal, (ii) a ampla defesa e (iii) o contraditório.

A Lei Fundamental de 1988 garante que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (LIV) e aos litigantes, em processo judicial, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (LV).<sup>143</sup>

O direito à ampla defesa consiste na possibilidade de se defender com todos os meios e recursos legalmente previstos e se subdivide no direito à defesa técnica e à autodefesa. A primeira é definida pela necessidade imperiosa, no âmbito do processo penal, de que algum profissional do direito defenda a pessoa acusada a partir do direito, apresentando teses jurídicas, recursos, suscitando nulidades etc. Trata-se direito indisponível e irrenunciável na seara criminal. Ademais, a autodefesa traduz-se pela possibilidade de o acusado se defender durante o processo, materializando-se por meio de seu interrogatório (direito de audiência), pela faculdade de acompanhar os atos de instrução (direito de presença) e, em alguns casos, autonomamente exercer a capacidade postulatória – própria da defesa técnica – para, quando

---

<sup>142</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, pp. 899-1.029.

<sup>143</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

a lei permite, interpor recursos, impetrar *habeas corpus*, ajuizar revisão criminal, assim como formular pedidos relativos à execução da pena.<sup>144</sup>

Define-se o direito ao contraditório como o direito de participar ativamente do processo, enquanto relação processual que demanda dialeticidade<sup>145</sup>, sendo oportunizado ao acusado a participação na produção da prova – podendo contraditar o que não concorde –, além lhe ser garantido, por meio de tal direito, a ciência dos atos processuais logo após sua feitura, a ciência sobre novos documentos juntados aos autos pela parte contrária e o direito de ser ouvido pela autoridade judiciária, isto é, esta deve levar em consideração os argumentos das partes.

Decorre de ambas as garantias mencionadas acima o princípio da paridade de armas no processo penal. Referido princípio é necessário e exige atenção do magistrado, vez que a acusação inicia o jogo processual em posição inegavelmente mais vantajosa, sabendo que passo dará, estando ciente de todas as informações a respeito do processo, o que a possibilita traçar estratégias processuais com mais clareza e previsibilidade. É claro que a dúvida milita em favor da defesa, sendo o ônus probatório da acusação. No entanto, é desnecessário comentar sobre o relevo que a informação sempre possuiu, sobretudo processualmente.

Por sua vez, o devido processo legal traduz-se pelo respeito às regras processuais pré-estabelecidas. Assim, fala-se em direito fundamental ao *processo justo*, constituindo verdadeiro princípio basilar à organização do processo no Estado brasileiro. O âmbito de proteção da norma fundamental, como faz intuir o nome, é o direito processual, informando-se aos Poderes da República a necessária observância de tal mandamento. E se poderia falar que a aferição da justiça processual seria subjetiva, mas aqui, afere-se a justiça para o direito, notadamente sob o aspecto objetivo de averiguar se foram ou não observados os elementos estruturantes do processo. Portanto, o controle sobre a forma é objetivo e possível via recurso.<sup>146</sup>

Releva pontuar o estranhamento constitucional a poderes absolutos, ao passo que sequer o Ministério Público detém o monopólio do direito de acusar. Trata-se do direito

<sup>144</sup> Sobre o tema, ver: LIMA, op.cit., pp. 54-62. O professor Aury Lopes Jr. ainda faz a divisão entre autodefesa positiva (em que o acusado dá sua versão aos fatos imputados contra ele); ou negativa (ocasião em que o acusado usufrui de seu direito de silêncio). Direito processual penal, p. 294.

<sup>145</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 145.

<sup>146</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pp. 1.049-1053.



fundamental à ação penal privada subsidiária da pública (LIX), faculdade de todo cidadão que se depare com a inércia do Ministério Público. Trata-se de medida democrática e que, embora não fartamente verificada na prática forense, a partir de sua mera previsão o membro oficiante do Ministério Público é informado a fazer a coisa certa, no tempo certo, figurando, ademais, como controle da atuação ministerial.<sup>147</sup>

Ainda, a Constituição da República proíbe a tortura<sup>148</sup>, expediente utilizado na fase de ascensão do modelo inquisitivo medieval. Da mesma forma, reputa inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos<sup>149</sup>, incluindo-se aquelas obtidas com violação a norma de direito material, portanto, aquelas obtidas mediante tortura ou burla aos direitos de intimidade, privacidade ou dignidade.<sup>150</sup> No ponto, o professor Renato Brasileiro assevera que a descoberta da verdade não autoriza a violação de garantias básicas, notadamente porque seria “*contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, comprometendo a legitimidade de todo o sistema punitivo, pois ele mesmo estaria se utilizando do ilícito penal*”.<sup>151</sup>

Anote-se que a Constituição da República também veda o Tribunal de exceção<sup>152</sup>, ou seja, aquele criado após o fato que irá julgar. Consoante o irrepreensível magistério do professor Gilmar Mendes, o julgador, para ser considerado apto a decidir determinada demanda, deve ter sido estabelecido de modo prévio ao fato que venha a julgar. Portanto, assegura-se o Juízo Natural, que consiste naquele regularmente investido na jurisdição, titular das garantias do cargo – tais como a vitaliciedade e inamovibilidade –, e que decidirá determinado fato a partir de regras de competência previamente fixadas, a partir de critérios

<sup>147</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 5º [...] LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>148</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 5º [...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>149</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 5º [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>150</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 630.

<sup>151</sup> LIMA, op. cit., p. 620.

<sup>152</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 5º [...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

gerais e impessoais vigentes ao tempo do fato.<sup>153</sup> Trata-se de elemento basilar a qualquer Estado Democrático de Direito.<sup>154</sup>

Por outro lado, bela e festejada previsão constitucional reside no inciso LXXIV do art. 5º. O Estado garante – por meio de órgão independente ao Poder Judiciário e ao Ministério Público – a defesa gratuita (assistência jurídica integral) de qualquer indivíduo que comprove insuficiência de recursos. A instituição incumbida de tal missão é a Defensoria Pública, permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, a quem é destinada a efetivação da orientação jurídica, da promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, como expressão e instrumento do regime democrático (art. 134).<sup>155</sup>

O direito à assistência jurídica integral a qualquer pessoa acusada de crime em território brasileiro é primordial. Para além de condição apriorística de manutenção da paridade de armas, a previsão ora mencionada não possui trajetória linear nas Constituições pretéritas, sendo verdadeiramente relevante e salutar sua positivação.<sup>156</sup>

A publicidade dos atos processuais também atende ao sistema acusatório. Conforme a lição do professor e ministro Gilmar Mendes<sup>157</sup>, a publicidade constitui elemento essencial para que as partes atuem no processo e a sociedade dele tenha ciência, assumindo, assim, o papel de viabilizar as garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. A Constituição da República a trata como regra, limitando o poder de restrição da lei apenas aos atos processuais em atenção à defesa da intimidade ou ao interesse social (LX).<sup>158</sup> Na mesma linha, dispõe o art. 5º, XXXIII, que “*todos têm direito a receber dos órgãos públicos*

<sup>153</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 733.

<sup>154</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 413.

<sup>155</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 5º [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...] Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>156</sup> SARLET, MARINONI e MITIDIERO, op. cit., p. 1.115.

<sup>157</sup> MENDES e GONET BRANCO, op. cit., p. 608.

<sup>158</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 5º [...] LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

*informações de seu interesse particular*”, a serem prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade.

Em paralelo, o art. 93 da carta constitucional estabelece como princípio fundante dos atos do Poder Judiciário a publicidade, ao prever que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos (IX), podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.<sup>159</sup> É claro que a norma em comento comporta flexibilização, mas esta é tratada como exceção e deve ser devidamente justificada pela autoridade que assim opte por proceder. Ademais, referido inciso também impõe o dever às autoridades de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade. Assim, para além de garantia do acusado e elemento indispensável à ampla defesa – ora, é preciso saber em que medida e o porquê determinada decisão ser desfavorável para que a parte possa recorrer ou até perfectibilizar a decisão via aclaratórios –, o ônus argumentativo das decisões judiciais é o modo pelo qual o Poder Judiciário exerce a contraprestação ao povo, pois exerce poder em nome deste sem por ele ter sido eleito.

Retomando, porém, o princípio da publicidade, releva tecer breves considerações sobre sua incidência ao longo das investigações. Como se sabe, é constante a tensão entre o direito à informação e publicidade dos atos praticados pelo poder público e o interesse da sociedade em reprimir condutas criminosas, o que é possível através de uma investigação. Assim, deve haver a conciliação de ambos interesses – legítimos – para que nenhum subjuguem, arbitrariamente, o outro.

Neste contexto, considerando que é preciso de algum sigilo às investigações, sobretudo para que atinjam a finalidade desejada, e que não se pode restringir, em absoluto, o direito à informação do qual, precipuamente, o investigado goza, o Supremo Tribunal federal editou o enunciado sumular vinculante nº 14, o qual assenta ser direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados

---

<sup>159</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.<sup>160</sup> Ficam de fora do alcance do direito à informação as diligências em andamento, vez que evidentemente podem ser frustradas.

É que o *“fascínio do mistério e o culto ao segredo não devem estimular, no âmbito de uma sociedade livre, práticas estatais cuja realização, notadamente na esfera penal, culmine em ofensa aos direitos básicos daquele que é submetido, pelos órgãos e agentes do Poder, a atos de persecução criminal...”*.<sup>161</sup>

A memorável passagem é extraída de voto do eminente Ministro Celso de Mello, Decano do Supremo Tribunal Federal, no qual fixou as balizas e os limites da atuação do Ministério Público em investigações autônomas. A lembrança do julgado ora citado é salutar.

Por ocasião do voto do eminente Ministro, importantes parâmetros foram determinados. Definiu-se, ali, que o Ministério Público não pode recusar ao investigado o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório contra ele instaurado. Em seguida, advertiu o eminente Ministro, em tom de reforço, que não pode o investigador *“sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deverá ser tornado acessível à pessoa sob investigação”*. Prosseguiu, então, o eminente Ministro, asseverando outro fundamento que impõe o acesso dos elementos de informação à defesa, qual seja, o princípio da comunhão da prova. Referido postulado figura como garantia ao réu na medida em que assegura ao investigado/acusado *“o direito de conhecer os elementos de informação já existentes nos autos e cujo teor possa ser, eventualmente, de seu interesse, quer para efeito de exercício da autodefesa, quer para desempenho da defesa técnica”*.

Assim, o acesso a toda informação já produzida e formalmente incorporada aos autos da persecução penal é imprescindível porque o conhecimento do acervo probatório dita a qualidade da própria defesa do investigado. E como já mencionado, dispõe o art. 5º, XXXIII,

<sup>160</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230#:~:text=%C3%89%20direito%20do%20defensor%2C%20no,exerc%C3%ADcio%20do%20direito%20de%20defesa>. Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>161</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. HC 89837/DF. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, 20 de outubro de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169772/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

da Constituição da República, que “*todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular*”, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade.<sup>162</sup> Aliás, é fundamental que o acusado tenha a ciência exata da delimitação do objeto do apuratório, assim como a noção certa da situação do procedimento investigatório, porquanto poderá ser interrogado ainda durante a fase investigativa, sendo tal momento materializador do que a doutrina atual já reconhece como direito a ser ouvido durante a investigação preliminar.<sup>163</sup>

Sobre o direito de defesa e o contraditório na fase investigativa, o professor Aury Lopes Júnior leciona ser evidente a incidência dos postulados de defesa, sobretudo considerando, justamente, a possibilidade de o indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva (dando sua versão aos fatos); ou negativa (usando seu direito de silêncio). Além, claro, da possibilidade de fazer-se acompanhar de advogado (defesa técnica).<sup>164</sup>

Logo, a partir dessa ótica, pode-se afirmar que a Constituição da República não admite nas investigações devassas inquisitivas sem quaisquer limites de atuação da autoridade incumbida para tanto. Se por um lado se trata de procedimento administrativo, com objetivos e finalidades próprias, não comportando a defesa e o contraditório com a amplitude que se tem durante a fase judicial, por outro lado, deve-se anotar que vigora regramentos mínimos de respeito às garantias individuais durante a fase de apuração preliminar – precipuamente, o direito à informação.

O direito à ampla defesa é robustecido e viabilizado a partir do direito à informação.<sup>165</sup> Nesse sentido, nos autos do HC nº 108.527, a Segunda Turma do Supremo Tribunal, em voto condutor de lavra do Ministro Gilmar Mendes, assentou, ainda em 2013, o direito de informação (*Recht auf Information*) como cláusula necessária à pretensão de tutela jurídica, sendo imperioso ao órgão julgador que informe à parte contrária acerca da prática de atos no processo e o respectivo teor deles constantes.

---

<sup>162</sup> LIMA, op. cit., p. 113.

<sup>163</sup> Nesse sentido: “*Por outro lado, entendemos que o investigado tem direito a ser ouvido nos autos do inquérito policial ou da investigação preliminar, antes do seu respectivo encerramento pelo delegado de polícia. Caso seja possível oportunizar sua oitiva, pensamos que se trata de diligência indispensável, sob pena de se surpreender o imputado com a instauração de processo penal com acusações açodadas e sem o atendimento das funções preventivas e preparatórias que lhe são preconizadas*” (grifo nosso). TÁVORA, op. cit., p. 171.

<sup>164</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 294.

<sup>165</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 295.

Ademais, há o direito de petição, que assegura a possibilidade de realizar pedidos aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.<sup>166</sup> O direito de petição assegura a qualquer pessoa no Estado brasileiro possibilidade de reclamar perante a autoridade pública competente eventual correção de medida tomada.<sup>167</sup>

Deve-se registrar que seria irrelevante a previsão de tantos direitos se não houvesse o meio para garanti-los. Nesse sentido, a Lei Maior prevê o *habeas corpus*, o *habeas data* e o mandado de segurança, de modo a sanar violações, respectivamente, à liberdade de locomoção, ao acesso à informação e a direitos líquidos e certos distintos dos anteriores.<sup>168</sup>

Passada a análise sistemática do espírito da Constituição da República, deve-se registrar a parte relevante e majoritária da doutrina processualista penal que entende clara e inequívoca a eleição constitucional pelo sistema acusatório.<sup>169</sup> De se anotar, porém, a advertência do professor Guilherme de Souza Nucci no sentido de que a Constituição da República *indica* um sistema acusatório, ante a já mencionada ausência de positivação expressa.<sup>170</sup>

Na mesma linha, a interpretação histórica da Constituição da República, embora não seja o método definitivo de interpretação constitucional – considerando que a vontade do legislador não vincula o intérprete<sup>171</sup> –, consiste em instrumento útil para averiguar o espírito do Poder Constituinte Originário, que certamente não pode ser descartado ou ignorado quando da hermenêutica constitucional.

Nesse sentido, ao perscrutar os anais da Assembleia Constituinte, notadamente os debates da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, pertencente à Comissão da Organização e Sistema de Governo<sup>172</sup>, a leitura da fala do expositor convidado Sr. Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, então Presidente da Associação Paulista do Ministério Público e

<sup>166</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 5º [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>167</sup> MENDES e GONET BRANCO, op. cit., p. 727.

<sup>168</sup> FONTELES, Samuel Sales. *Remédios Constitucionais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 13.

<sup>169</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2017. pp. 18-19; RANGEL, op. cit., p. 125; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 65; PRADO, op. cit., pp. 300-301.

<sup>170</sup> NUCCI, op. cit., p. 114.

<sup>171</sup> SOUZA NETO e SARMENTO, op. cit., p. 416.

<sup>172</sup> SENADO FEDERAL. *Anais da Assembleia Constituinte*. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 07 set. 2020.

Secretário Geral da Confederação Nacional do Ministério Público, revela o desejo em superar arbítrios próprios dos sistemas inquisitivos, tal como o juiz atuante de ofício. Confira-se:

*“Não basta conferir ao Ministério Público atribuições. É preciso que se lhe dê um sistema de garantias, que se torna evidente a partir da seguinte constatação: a imparcialidade do Poder Judiciário decorrer de um sistema de garantias que lhe dá independência política e da circunstância de ser inerte, ou seja, de somente entrar em atividade mediante provocação. Ora, se essa provocação deve partir do Ministério Público nas causas onde há interesse público, onde há interesse da sociedade, nenhum efeito surgirá da independência do Poder Judiciário, de nada ela valerá, nenhuma eficácia terá, se o órgão de acusação não for independente para provocar esse julgamento”.* (grifo nosso) p. 21.

Noutro giro, o Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Constituição da República, já assentou que o Poder Constituinte Originário fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório, pelo que imperiosa a separação rígida entre as tarefas de investigar e acusar e a função jurisdicional. Assim, além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal.<sup>173</sup>

---

<sup>173</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 5104 MC*. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, 21 de março de 2014. Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema acusatório e papel institucional do Ministério Público. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei nº 9.504/97. 2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes. 3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica. 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução nº 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. 5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria *fumus boni juris*; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de *periculum in mora*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282429/false>. Acesso em: 07 out. 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. *HC 84051*. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 17 de agosto de 2004. Habeas Corpus. 2. Alegações de: i) ofensa ao disposto no art. 28 do Código de Processo Penal; e ii) omissão na aplicação do art. 9º da Lei no 10.684/2003 ao caso concreto. 3. No ordenamento jurídico brasileiro, vigora o sistema acusatório. Porém, a hipótese descrita nos autos não configura iniciativa probatória exercida pelo juiz. 4. Ausência de violação ao art. 28 do CPP, vez que o próprio magistrado consignou em seu despacho não poder determinar medidas apuratórias, em face do pedido de arquivamento, limitando-se a remeter à consideração do Ministério Público "a possibilidade de se realizar ainda uma tentativa de elucidação" (fl. 148). 5. No caso concreto, a ocorrência de fatos novos ensejou o legítimo oferecimento de denúncia pelo Parquet. Não há colisão com o entendimento firmado pelo Plenário no julgamento do INQ nº 2.028/BA, Relatora Ministra Ellen Gracie, maioria, DJ 16.12.2005. 6. Configuração de

Esse conjunto de ideias encontra forte amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacando-se numerosos precedentes em que a Corte assentou a titularidade do Ministério Público sobre a ação penal e o caráter limitado de que deve se revestir a interferência judicial sobre a condução das investigações. Nessa linha, a título de exemplo, a jurisprudência consolidou o entendimento de que é vinculante o pedido de arquivamento do inquérito efetuado pelo Procurador-Geral. Por imperativo do princípio acusatório, não é possível que o juiz determine de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido.<sup>174</sup>

Segundo a Suprema Corte, também, “o juiz não pode determinar o oferecimento de denúncia ou o seu aditamento, nem tampouco realizar diligências investigatórias por conta própria”. Na ocasião, o magistrado havia determinado a busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo próprio magistrado. Entendeu-se, então, que fica comprometido o princípio da imparcialidade e viola-se, conseqüentemente, o devido processo legal, notadamente porque as funções de investigador são atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil.<sup>175</sup>

---

ofensa ao art. 9º da Lei no 10.648/2003, pois a paciente tem direito à suspensão da pretensão punitiva, diante do parcelamento concedido à pessoa jurídica - PAES. 7. Ordem parcialmente deferida, para que o Superior Tribunal de Justiça, completando o julgamento do acórdão recorrido (Recurso Especial nº 502.881/PR), examine a alegação do paciente, no sentido da aplicação do art. 9º da Lei no 10.684/2003 ao caso ora em apreço conforme orientação da Procuradoria-Geral da República. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur6751/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>174</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus. HC 82507. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 10 de dezembro de 2002. I. STF: competência originária: habeas corpus contra decisão individual de ministro de tribunal superior, não obstante susceptível de agravo. II. Foro por prerrogativa de função: inquérito policial. 1. A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária. 2. A remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste "autoridade investigadora", mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações. III. Ministério Público: iniciativa privativa da ação penal, da qual decorrem (1) a irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito policial fundado na falta de base empírica para a denúncia, quando formulado pelo Procurador-Geral ou por Subprocurador-Geral a quem delegada, nos termos da lei, a atuação no caso e também (2) por imperativo do princípio acusatório, a impossibilidade de o juiz determinar de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97705/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>175</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1570. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 12 de fevereiro de 2004. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação



Ademais, em casos envolvendo prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal – ações penais originárias – o quadro não se altera: “*o relator não assume a direção do inquérito, limitando-se a acompanhar os procedimentos e a decidir sobre a admissibilidade das medidas sujeitas à reserva de jurisdição*”. Fixou-se ali que o sistema processual penal acusatório exige que o juiz no decorrer das investigações figure como “*magistrado de garantias*” – ora positivado. O processo penal justo traduz-se pela sua natureza de instrumento de garantia, no qual se deve “*promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microsistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia)*”.<sup>176</sup>

---

prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95346/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>176</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental em Inquérito. *Inq 2913 AgR*. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, julgado em 01 de março de 2012. INQUÉRITO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PARLAMENTAR. NOMEAÇÃO DE FUNCIONÁRIO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES INCOMPATÍVEIS COM O CARGO EM COMISSÃO OCUPADO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE PECULATO DESVIO (ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO DE OFÍCIO, SEM OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. DOUTRINA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um “magistrado de garantias”, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a opinião delicti do Ministério Público. 2. A doutrina do tema é uníssona no sentido de que, verbis: “Um processo penal justo (ou seja, um due process of law processual penal), instrumento garantístico que é, deve promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microsistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais.” (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição: Modificando Paradigmas. Revista eletrônica de direito processual, v. 3, p. 125-136, 2009). 3. Deveras, mesmo nos inquéritos relativos a autoridades com foro por prerrogativa de função, é do Ministério Público o mister de conduzir o procedimento preliminar, de modo a formar adequadamente o seu convencimento a respeito da autoria e materialidade do delito, atuando o Judiciário apenas quando provocado e limitando-se a cobrir ilegalidades manifestas. 4. In casu: (i) inquérito destinado a apurar a conduta de parlamentar, supostamente delituosa, foi arquivado de ofício pelo i. Relator, sem prévia audiência do Ministério Público; (ii) não se afigura atípica, em tese, a conduta de Deputado Federal que nomeia funcionário para cargo em comissão de natureza absolutamente distinta das funções efetivamente exercidas, havendo juízo de possibilidade da configuração do crime de peculato-desvio (art. 312, caput, do Código Penal). 5. O trancamento do inquérito policial deve ser reservado apenas para situações excepcionalíssimas, nas quais não seja possível, sequer em tese, vislumbrar a ocorrência de delito a partir dos fatos investigados. Precedentes (RHC 96713, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010; HC 103725, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010; HC 106314, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011; RHC 100961, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira

Em outra ocasião, o Supremo Tribunal Federal reputou violado o sistema penal acusatório de forma reflexa nas hipóteses em que o juiz determina de ofício o aditamento da denúncia para incluir fatos constantes do relatório policial, julgamento em que novamente se rememorou que o sistema acusatório separa as funções de acusar e julgar, conferindo o monopólio da ação penal pública e, conseqüentemente, da *opinio delicti*, ao Ministério Público.<sup>177</sup>

Imbuída do espírito acusatório, a Suprema Corte rechaçou a possibilidade de o juiz, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. Entendeu-se que tal requisição é incompatível com o sistema acusatório, que impõe

---

Turma, julgado em 06/04/2010). 6. Agravo Regimental conhecido e provido. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur210997/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>177</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso ordinário em habeas corpus. *RHC 120379*. Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 26 de agosto de 2014. PENAL E PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. CONEXÃO. INEXISTÊNCIA. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. SISTEMA ACUSATÓRIO. 1. O princípio acusatório é vulnerado de forma reflexa nas hipóteses em que a decisão do magistrado, após a manifestação do Ministério Público Federal no sentido de remessa dos autos ao juízo competente, determina o aditamento da denúncia para incluir fatos constantes do relatório policial em função da conexão. 2. O sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação do *opinio delicti*, separando a função de acusar daquela de julgar. 3. A conexão permite o Juízo disputar a competência para julgamento do feito, mas não o autoriza, a pretexto do liame probatório, a superar o *dominus litis*, o Ministério Público, e determinar o oferecimento de denúncia contra o impetrante, formulando prévio juízo de culpa, gerador de nulidade processual. 4. A conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente de encontro fortuito de prova que nada tem a ver com o objeto da investigação principal, não tem o condão de impor o *unum et idem iudex*, máxime com vulneração do princípio acusatório. 5. A conexão no processo dá-se em favor da jurisdição de modo a facilitar a colheita da prova, evitar decisões contraditórias e permitir cognição mais profunda e exauriente da matéria posta a julgamento. O simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o *simultaneus processus*. 6. In casu, durante a “Operação Abate” que investigava fraude na obtenção de selo sanitário em frigoríficos no estado de Rondônia, descobriu-se esquema de corrupção envolvendo diversos órgãos federais e estaduais, autarquias e instituições financeiras públicas e privadas com a finalidade de obtenção de vantagem ilícita pelas empresas da família Bihl, no estado do Mato Grosso. O impetrante, ex-funcionário do Ministério da Integração Nacional, supostamente emitiu cartas de anuência mediante fraude para facilitar a formalização de hipoteca pelas empresas do Grupo Bihl. 7. Recurso parcialmente provido para remeter o aditamento da denúncia, apenas em relação ao recorrente, à Justiça Federal no Distrito Federal, com traslado integral dos autos. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur281777/false>. Acesso em: 07 out. 2020. Na mesma linha: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4693*. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 11 de outubro de 2018. CONSTITUCIONAL. SISTEMA CONSTITUCIONAL ACUSATÓRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO E PRIVATIVIDADE DA PROMOÇÃO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA (CF, ART. 129, I). INCONSTITUCIONALIDADE DE PREVISÃO REGIMENTAL QUE POSSIBILITA ARQUIVAMENTO DE INVESTIGAÇÃO DE MAGISTRADO SEM VISTA DOS AUTOS AO PARQUET. MEDIDA CAUTELAR CONFIRMADA. PROCEDÊNCIA. 1. O sistema acusatório consagra constitucionalmente a titularidade privativa da ação penal ao Ministério Público (CF, art. 129, I), a quem compete decidir pelo oferecimento de denúncia ou solicitação de arquivamento do inquérito ou peças de informação, sendo dever do Poder Judiciário exercer a “atividade de supervisão judicial” (STF, Pet. 3.825/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES), fazendo cessar toda e qualquer ilegal coação por parte do Estado-acusador (HC 106.124, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, DJe de 10/9/2013). 2. Flagrante inconstitucionalidade do artigo 379, parágrafo único do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, que exclui a participação do Ministério Público na investigação e decisão sobre o arquivamento de investigação contra magistrados, dando ciência posterior da decisão. 3. Medida Cautelar confirmada. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur393628/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, “*de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória*”. No caso, o ato praticado pelo magistrado – indiciamento – compete à autoridade policial.<sup>178</sup>

Ademais, nos autos do inquérito 4.420, que tramitava perante o Supremo Tribunal Federal, embora vencido, o eminente Ministro Celso de Mello assentou necessárias balizas. A discussão era se o Relator de certo feito poderia determinar o arquivamento do inquérito ao verificar a ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade, nos casos em que forem descumpridos os prazos para a instrução do inquérito. O eminente Ministro Celso de Mello pontuou, então, que nos casos de crimes de ação penal pública, no contexto do sistema acusatório, o Ministério Público é o detentor da legitimidade exclusiva para pedir o arquivamento de inquérito ou de peças que consubstanciem a *informatio delicti*. Portanto, nem em favor do acusado – arquivamento de inquérito – competiria ao Poder Judiciário, “*em anômala substituição ao órgão estatal de acusação, avaliar se os elementos de informação já produzidos no âmbito de uma dada investigação criminal revelam-se suficientes, ou não, para justificar a formação da ‘opinio delicti’ e para autorizar, em consequência, o oferecimento de denúncia*”.<sup>179</sup>

---

<sup>178</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. *HC 115015*. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 27 de agosto de 2013. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISIÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA. MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830/2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA. 1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013. 2. Ordem concedida. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur241396/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>179</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Inquérito. *Inq 4420*. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 21 de agosto de 2018. Inquérito. 2. Competência originária. 3. Penal e Processual Penal. 4. Embora o STF tenha assentado que a prerrogativa de foro dos parlamentares federais é limitada aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas (AP 937 QO, Rel. Min. Roberto Barroso, julgada em 3.5.2018) e que essa linha interpretativa deve-se aplicar imediatamente aos processos em curso, o controle sobre a legitimidade da investigação deve ser realizado pelo Judiciário. 5. Conforme o art. 231, § 4º, “e”, do RISTF, o relator deve determinar o arquivamento do inquérito, quando verificar a ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade, nos casos em que forem descumpridos os prazos para a instrução do inquérito. 6. A declinação da competência em uma investigação fadada ao insucesso representaria apenas protelar o inevitável, violando o direito à duração razoável do processo e à dignidade da pessoa humana. 7. Ante o exposto, rejeito o pedido de declinação da competência e determino o arquivamento do inquérito, na forma do art. 231, § 4º, “e”, do Regimento Interno do STF, observado o disposto no art. 18 do Código de Processo Penal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur395832/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

Em julgado diverso, homenageando o sistema acusatório, notadamente no aspecto de paridade de armas entre defesa e acusação, fixou-se que a aplicação do art. 456 do Código de Processo Penal, que determina a designação de nova sessão do Tribunal do Júri dentro de curto prazo (no mínimo 10 dias) e nomeação de novo defensor, ante a falta do causídico anteriormente constituído, deve ser ponderada no caso concreto. Na ocasião, o defensor público nomeado asseverou que seria impossível examinar vinte e seis volumes do processo subjacente no período de 12 (doze) dias fixado pelo juiz, somado à complexidade da causa. Assim, em homenagem à plenitude de defesa, a sessão marcada no exíguo prazo foi cancelada.<sup>180</sup>

Cabe registrar, nessa linha, decisão trecho da decisão proferida pelo eminente Ministro Celso de Mello nos autos do inquérito 4.831, instaurado para apurar os fatos narrados pelo ex-ministro da Justiça, Sérgio Moro, em relação ao presidente da República, Jair Bolsonaro. O eminente Decano pontuou como dogma essencial ao sistema acusatório “*a paridade de armas, que impõe a necessária igualdade de tratamento entre o órgão da acusação estatal e aqueles contra quem se promovem atos de persecução penal, que – em contexto legitimado pelos princípios que regem o processo penal democrático – não de ter acesso a idênticos recursos defensivos*”.<sup>181</sup>

Ademais, em precedente lapidar, o eminente Ministro Eros Grau fixa balizas de ética judicial, independência e imparcialidade do juiz. Asseverou-se, ali, que o juiz há de ser estranho ao conflito, sendo a independência a condição para que o juiz tome com liberdade decisões contrárias a interesses do governo ou impopulares, “*que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas*”. A imparcialidade, porém, é lida como a não inclinação do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais, demandando que o juiz julgue “*com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra*

---

<sup>180</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. *HC 108527*. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 14 de maio de 2013. Habeas corpus. 2. Princípio da ampla defesa. Tratamento isonômico das partes (princípio da paridade de armas). Em observância ao sistema processual penal acusatório instituído pela Constituição Federal de 1988, a aplicação do art. 456 do CPP deve levar em conta o aspecto formal e material de seu conteúdo normativo, ante a ponderação do caso concreto. 3. O reconhecimento, pelo defensor público nomeado, de que a análise dos autos limitou-se a apenas quatro dos vinte e seis volumes, por impossibilidade física e temporal (12 dias), somado à complexidade da causa, prejudicou a plenitude da defesa (“a”, inciso XXXVIII, artigo 5º, da CF/88) do paciente levado ao Tribunal do Júri. 4. Excesso de prazo na duração da prisão preventiva. Contribuição da defesa para a mora processual. 5. Ordem concedida, em parte, para declarar nulo o julgamento do Tribunal do Júri realizado em 12 de abril de 2010. Mantida a custódia do paciente. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur250364/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Inquérito. *Inq 4831*. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 22 de março de 2020.

alguma das partes”, incidindo, também o princípio da impessoalidade, que impõe a imparcialidade.<sup>182</sup>

Ainda, não é demais lembrar que o Estado brasileiro é regido pela dignidade da pessoa humana.<sup>183</sup> Decerto, referido princípio possui baixa densidade normativa e seu uso imoderado gerou em parte da comunidade jurídica alguma má vontade quando de sua eventual conclamação.<sup>184</sup> Por outro lado, deve ser registrado que o sistema inquisitivo puro, consensualmente, fere a dignidade da pessoa humana, pois não há como conciliar investigações secretas, Tribunais de exceção e torturas com o mencionado princípio fundante da República.

---

<sup>182</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus. *HC 95009*. Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 06 de novembro de 2008. [...] ESTADO DE DIREITO E DIREITO DE DEFESA. O Estado de direito viabiliza a preservação das práticas democráticas e, especialmente, o direito de defesa. Direito a, salvo circunstâncias excepcionais, não sermos presos senão após a efetiva comprovação da prática de um crime. Por isso usufruímos a tranqüilidade que advém da segurança de sabermos que se um irmão, amigo ou parente próximo vier a ser acusado de ter cometido algo ilícito, não será arrebatado de nós e submetido a ferros sem antes se valer de todos os meios de defesa em qualquer circunstância à disposição de todos. Tranqüilidade que advém de sabermos que a Constituição do Brasil assegura ao nosso irmão, amigo ou parente próximo a garantia do habeas corpus, por conta da qual qualquer violência que os alcance, venha de onde vier, será coibida. COMBATE À CRIMINALIDADE NO ESTADO DE DIREITO. O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno, é por um lado a divisão do trabalho; por outro a monopolização da tributação e da violência física. Em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada admite-se que todos cumpram as mesmas funções. O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I). ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. A neutralidade impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo --- quando o exigam a Constituição e a lei --- mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe [...]. Ordem concedida. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87036/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>183</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>184</sup> A aparente banalização do princípio da dignidade da pessoa humana lembra a fábula atribuída a Esopo, escravo e contador de histórias, denominada em tradução livre “O Pastor Menino e o Lobo”. Na fábula, um jovem pastor se vê entediado com o trabalho de pastorear as ovelhas e, então, para se entreter, grita “Lobo!”, de tempos em tempos, para assustar os moradores do vilarejo, que logo se encaminhavam em direção ao rebanho, assustados, para verificar se havia algum lobo ou não. De tanto caçoar, o jovem pastor perde a credibilidade com moradores, que passam a não mais acreditar quando escutam o grito de “Lobo!” e passam a não mais se desesperar e verificar o possível perigo. Eis que um dia, um lobo realmente se aproximou do rebanho e começou a matar todas as ovelhas. O jovem pastor gritava desesperado, mas ninguém acreditou nele dessa vez. Ver: *Shepherd's Boy and Wolf*. p. 57 Three Hundred ÆSOP'S FABLES. Rev. Geo. Fyler Townsend, M.A.. Se tudo fere a dignidade da pessoa humana, afinal, o que é a dignidade da pessoa humana?

Nessa perspectiva, o respeito às *regras do jogo* distingue o sistema acusatório do inquisitório. Segundo Geraldo Prado, o sistema inquisitório busca o resultado e qualquer modo, com o objetivo de realizar o direito penal material, “*enquanto no processo acusatório é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir que define o horizonte do mencionado processo*”.<sup>185</sup>

Por outro lado, na medida em que a liberdade de locomoção do cidadão funciona como um dos dogmas do Estado de Direito, é intuitivo que a própria Constituição Federal estabeleça regras de observância obrigatória em um processo penal. Por essas características, fica evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, pois viola os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um juiz das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal.

Ademais, não se admite os suplícios, a invasão da vida privada das pessoas e acusações em que não se possibilite à defesa a paridade de armas. É dizer, se o ordenamento social é valor caro à sociedade, os direitos e garantias individuais também o são, não se admitindo que o arbítrio estatal atue visando saciar vinganças coletivas. Vê-se que o sistema inquisitivo é incompatível com o Estado Democrático de Direito.<sup>186</sup>

Em suma, a Constituição da República reconhece a incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar. A relação processual inicia somente com a provocação do órgão acusador – *ne procedat iudex ex officio* –, e, embora não tolha o impulso oficial dos magistrados, impede que estes tomem iniciativas que não se alinham com a equidistância que devem se posicionar quanto ao interesse das partes. Devem os magistrados, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público.

Portanto, diante das normas constitucionais apontadas, da posição majoritária da doutrina processualista penal e, principalmente, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Constituição da República, parece inequívoca a opção constitucional pela o sistema processual penal acusatório.

---

<sup>185</sup> PRADO, op. cit., pp. 172-173.

<sup>186</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Capítulo 1. p. 14.

Embora não haja a menção expressa ao termo “*sistema acusatório*”, extrai-se, por meio de interpretação histórica e sistemática, em atenção à rígida separação das funções de investigar, acusar, julgar e defender no âmbito do processo penal, para além da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais ao indivíduo acusado, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elegeu o sistema acusatório.

## **2. CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DA LEI PROCESSUAL PENAL**

### **2.1 Legislação Processual Penal brasileira.**

Feita a justificação dogmática acerca da eleição constitucional pelo sistema acusatório, resta saber se a legislação processual penal hodierna reflete o que preconizado pela Constituição da República de 1988.

O empreendimento a ser feito iniciará com o esboço histórico do tema no Brasil, necessário para examinar qual a tradição brasileira que influenciou na legislação atual. Após, será elucidada a visão dogmática que há sobre o assunto. Em seguida, será feito o exame pormenorizado dos dispositivos do Código de Processo Penal que tencionam o sistema acusatório eleito pela constitucionalmente, sempre que possível, com precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

#### **2.1.1 Perspectiva histórica.**

O Código de Processo Penal de 1941 não refletia o sistema acusatório adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Após a edição da Lei nº 13.964/2019, denominada Lei “Anticrime”, a legislação processual penal brasileira se alinha com mais harmonia aos preceitos constitucionais – ainda que não satisfatoriamente.

Antes de tudo, é preciso esclarecer a história com as leis e as leis com a história. O ensinamento é dado por Charles-Louis de Secondat, ou, como conhecido, o barão de

Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*.<sup>187</sup> Assim, tem-se que a investigação do passado é condição necessária para a aquilatada compreensão do presente e permite, quiçá, uma segura projeção do futuro.<sup>188</sup>

O sistema inquisitivo foi introduzido em Portugal, como assinala o professor José Frederico Marques, a partir do movimento de centralização monárquica iniciado na Europa no fim da Idade Média. O Rei de Portugal Dom Dinis I, cujo reinado iniciou em 1279, foi o responsável pela tradução da Lei das Sete Partidas<sup>189</sup>, assim como avocou para si o direito de superintender a administração da justiça, por meio da Lei das Pontarias.<sup>190</sup> Posteriormente, diante da chegada ao trono de Dom Afonso IV, em 1325, veio a lei de “2 de dezembro”, que instituiu as inquirições devassas.<sup>191</sup>

No entanto, a institucionalização do sistema inquisitivo se deu de modo expresso com o advento das compilações das leis do Reino, em 1446, sob a autoridade de Afonso V, cujo nome batizou o novo diploma legal: Ordenações Afonsinas.<sup>192</sup> O direito e processo penal, influenciados pelo direito canônico, inquisitorial, encontrava-se no Livro V das ordenações. Sobrevindo o reinado de Dom Manuel, foram editadas as Ordenações Manuelinas, mantendo-se o sistema anteriormente adotado, ainda residente no Livro V.<sup>193</sup>

---

<sup>187</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Livro XXXI, Capítulo II, p. 666.

<sup>188</sup> SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 43.

<sup>189</sup> A Lei das Sete Partidas, ou o *Libro de las Leyes*, editada entre 1256 e 1265 por ordem do Rei Afonso X de Castela, região que atualmente compreende a Espanha, foi o documento responsável por introduzir os auspícios inquisitivos naquele Reino e influenciar o futuro ordenamento de Alcalá, datado de 1348, que fez viger o procedimento inquisitorial nos Tribunais religiosos ao lado da justiça comum. TOURINHO FILHO, op. cit., p. 108. Ver, também *As Sete Partidas / Las Siete Partidas*: <https://umahistoriadapeninsula.com/as-sete-partidas-las-siete-partidas/>. Acesso em 23.09.2020.

<sup>190</sup> MARQUES, op. cit., volume I, p. 93.

<sup>191</sup> MARQUES, op. cit., volume I, p. 94.

<sup>192</sup> A aplicabilidade das Ordenações Afonsinas e subsequentes no Brasil se deve ao justo título conferido aos portugueses pela bula *Romanus pontifex*, de 8 de janeiro de 1455, na qual se buscava fundamentar o empreendimento revolucionário das navegações. Para além disso, a bula, assinada pelo papa Nicolau V, empossava Afonso V e seus sucessores dos direitos de conquista, ocupação e apropriação das terras até então descobertas – no período, majoritariamente ilhas africanas, sendo a chegada portuguesa ao Brasil, como se sabe, em 1500. Ainda, franqueava-se aos portugueses a autoridade de impor leis, tributos e castigos nas terras conquistadas. Sobre o tema, ver: NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do direito no Brasil quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 31. Aliás, à página 43 da obra citada, um caso relevante de atuação do Tribunal do Santo Ofício se refere ao processo eclesiástico movido em desfavor do primeiro donatário da capitania de Porto Seguro, Pero do Campo Tourinho. Sua prisão ocorreu em Porto Seguro, 1546, após ser denunciado perante o aludido Tribunal por heresia.

<sup>193</sup> MARQUES, op. cit., volume I, p. 94.



Em 1603, no reinado de Filipe II, as Ordenações Filipinas são editadas.<sup>194</sup> A persecução penal estruturalmente remanesceu a mesma. Em suma, o processo criminal ordinário era similar ao que havia no âmbito civil. A depender do crime, a acusação cabia à *Justiça* – Ministério Público existente em Portugal desde Dom Manuel. Em outros casos, qualquer do povo poderia acusar – acusação pública –, assim como o próprio ofendido poderia fazê-lo – acusação privada. Havia o libelo – resumo da acusação –, a possibilidade de réplica e tréplica, produção de provas, alegações finais e, por último, a sentença.<sup>195</sup>

O que o professor José Frederico Marques não aponta como salutar – classificando o processo criminal do Reino de Portugal como desumano, bárbaro, cruel e despótico<sup>196</sup> – consistia nas inquirições devassas. Estas eram classificadas como gerais ou especiais. As devassas gerais – conhecidas como Janeirinhas, pois algumas eram iniciadas no mês de janeiro de cada ano – tratavam da incumbência dos Juízes iniciantes na carreira e ocorriam anualmente para apurar delitos incertos, sendo possível classificar como fiscalizações gerais, cujo prazo era de 30 (trinta) dias. Por outro lado, as devassas especiais principiavam a partir do conhecimento do Juiz da existência de delito, mas cujo autor era incerto.<sup>197</sup>

Em se descobrindo provas suficientes, havia a formalização da acusação e, somente então, o acusado era noticiado a respeito daquela acusação. É possível dizer que o procedimento que se seguia às devassas consistia em mera formalização da vontade já emanada pelos acusadores, pois já se reputava como prova o que colhido sem a presença e ciência do acusado.

A possibilidade de tormentos para a extração de *provas* era abertamente franqueada pelo Livro V<sup>198</sup>, sendo vedado em hipóteses excepcionalíssimas. Ademais, o magistrado sentenciante poderia aditar o libelo a partir do que conhecido durante a instrução. Não havia a dita correlação entre acusação e sentença. Esta, ainda, poderia ser objeto de embargos, aos

---

<sup>194</sup> PORTUGAL. *Ordenações Filipinas on-line*. Ordenações Filipinas. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em 23.09.2020.

<sup>195</sup> MARQUES, op. cit., volume I, p. 95.

<sup>196</sup> MARQUES, op. cit., volume I, p. 95.

<sup>197</sup> MARQUES, op. cit., volume I, p. 95; BASTOS, Marcus Vinicius Reis. *Poderes instrutórios do juiz e o anteprojeto do código de processo penal*. In: Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010.

<sup>198</sup> PORTUGAL. *Livro Quinto*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/15ind.htm>. Acesso em: 23 set. 2020.

quais se atribuía efeito suspensivo, assim como desafiava, em determinadas hipóteses, recurso de apelação.<sup>199</sup>

Este, portanto, o processo ordinário.

Ladeando o referido processo, estava o processo sumário. Aqui, diante da ocorrência de crimes considerados graves, como homicídio, roubo, dentre outros, as solenidades do processo ordinário – que já não eram tantas – poderiam ser olvidadas. Após a ciência da notícia do crime, ouvia-se o acusado, quem deveria assinar um termo. Então, os autos eram remetidos ao magistrado sentenciante, junto ao sumário de culpa anteriormente feito – por vezes via decreto régio –, e assim se aguardava a sentença.<sup>200</sup>

Estruturalmente, o estado de coisas permaneceu tal como assinalado até o influxo das ideias provenientes da Revolução Francesa, que ecoou em Portugal no campo do processo penal de modo a revogar as devassas gerais, diante da superveniência da lei de 12 de novembro de 1821.<sup>201</sup>

Nesse período, durante o processo de independência do Brasil, adotou-se, aqui, por ordem do príncipe Dom Pedro, legislações no caminho limitador de poder que Portugal vinha paulatinamente editando e, por aviso de 28 de agosto de 1822, impôs-se aos juízes criminais em exercício no Brasil a obrigatoriedade de observância das normas postas pela Constituição da monarquia portuguesa de 1821.

A partir de então, como aponta o professor José Frederico Marques, nenhum indivíduo poderia ser preso sem culpa formada, as penas deveriam ser proporcionais aos delitos e restritas à pessoa que o praticara, assim como a lei penal, ao ser aplicada, deveria observar padrões de “absoluta necessidade”. O ordenamento jurídico português – e, conseqüentemente, o brasileiro – passou a repudiar e estranhar, ainda que no âmbito processual, os açoites, a marca de ferro quente, a confiscação desmedida de bens e a tortura como meio de obtenção de prova.<sup>202</sup>

---

<sup>199</sup> Sobre o tema, ver: MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume I. Campinas: Bookseller, 1997, pp. 96-98.

<sup>200</sup> MARQUES, op. cit., volume I, p. 98.

<sup>201</sup> MARQUES, op. cit., volume I, p. 99.

<sup>202</sup> MARQUES, op. cit., volume I, p. 99.

Nessa vereda, a Constituição do Império de 1824<sup>203</sup>, a primeira carta política brasileira, estabeleceu direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, afastando o processo penal do que àquele previsto pelo citado Livro V – ainda que aos poucos – e direcionando o país sob o signo do espírito liberal do século XIX.<sup>204</sup>

Observa-se do título 8º da Constituição imperial, especificamente no artigo 179, a previsão da inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo-se como fundamento a liberdade, a segurança individual e a propriedade. No inciso XI, aboliu-se expressamente os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e as demais penas cruéis.

Em 1832, entra em vigor o Código de Processo Criminal (Lei de 29 de novembro de 1832)<sup>205</sup>, no qual foram estabelecidas normas de organização judiciária, havendo os Juízes de Paz, eleitos pelo povo, aos quais era dada a função de receber a queixa ou denúncia, após a formação de culpa do acusado – que não poderia mais ser feita sigilosamente. Então, em sendo admitida a acusação, o processo era remetido ao Júri de acusação.

Ainda, aos Juízes de Paz competia julgar as contravenções e os crimes que não comportassem pena superior a multas de cem mil réis, prisão ou banimento de até seis meses, ou reprimendas acima de três meses em Casa de Correção ou em Oficinas publicas. Das decisões dos Juízes de Paz, cabia recurso às Juntas de Paz, nos termos do artigo 216 do CPP/1832.

Existia a figura do Promotor de Justiça, que concentrava as atribuições de acusar indivíduos perante o Tribunal do Júri, denunciar os crimes públicos e policiais, assim como os crimes de reduzir à escravidão pessoas livres, cárcere privado, homicídio, ferimentos, além de possíveis roubos, calúnias e injurias cometidas contra autoridades do Império. Ademais, os Promotores deveriam solicitar a prisão dos acusados e promover a execução das sentenças e mandados judiciais.

<sup>203</sup> BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>204</sup> PRADO, op. cit., pp. 264-265.

<sup>205</sup> BRASIL. *Lei de 29 de novembro de 1832*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm#:~:text=LEI%20DE%2029%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201832.&text=Promulga%20o%20Codigo%20do%20Processo,da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20da%20Justi%C3%A7a%20Civil.&text=1%C2%BA%20Nas%20Provincias%20do%20Imperio,Paz%2C%20Termos%2C%20e%20Comarcas](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm#:~:text=LEI%20DE%2029%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201832.&text=Promulga%20o%20Codigo%20do%20Processo,da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20da%20Justi%C3%A7a%20Civil.&text=1%C2%BA%20Nas%20Provincias%20do%20Imperio,Paz%2C%20Termos%2C%20e%20Comarcas). Acesso em: 23 set. 2020.

Por outro lado, via-se finalmente o que havia na Inglaterra há séculos: o grande e o pequeno Júri.<sup>206</sup> Tais foram as mudanças mais visíveis do então recente diploma legal.

O processo penal, porém, poderia ser instaurado de ofício pelo Juiz de Direito.<sup>207</sup> Além disso, os Juizes de Paz poderiam, nos casos de perturbação ao sossego público, requisitar a presença do acusado e até aplicar penas imediatas.<sup>208</sup> Não fosse o bastante, os Juizes de Direito poderia convocar testemunhas de ofício, conforme o artigo 84 do CPP/1832. Tais circunstâncias conferia ares inquisitivos ao modelo processual penal da época, embora inegavelmente representasse um avanço se comparado ao Livro V das Ordenações Filipinas.

Pouco tempo depois sobreveio a lei de 3 de dezembro de 1841<sup>209</sup>, fruto de resposta do governo imperial a agitações políticas e movimentos revolucionários ocorridos neste interregno. A mencionada lei foi criada com o fito de aparelhar, centralizar e armar a polícia, determinando a presença de um chefe de polícia, assim como delegados e subdelegados, em cada província e no município da Corte. Referidas autoridades deveriam ser nomeadas pelo Imperador ou pelos presidentes das províncias e poderiam ser removidos à conveniência do governo.

Conforme a lição do Ministro Rogerio Schietti, esse período é denominado de *policialismo judiciário*.<sup>210</sup> A Polícia, de fato, concentrava muito poder. A título de exemplo, os Chefes de Polícia detinham até o poder de julgar contravenções penais.

O movimento de centralização impulsionado pela lei de 3 de dezembro foi combatido posteriormente por diversas vezes. Dentre as razões, pode-se citar o seu caráter antiliberal atribuído por políticos da época, a perda de poder dos magistrados, a verificação de arbitrariedades e a acentuada interferência política nas investigações, ante a ausência de independência das autoridades policiais. O grande estadista Joaquim Nabuco combateu

---

<sup>206</sup> “No mais, como obra de seu tempo, era estatuto processual de altos méritos”. MARQUES, op. cit., volume I, p. 101.

<sup>207</sup> PRADO, op. cit., pp. 264-265.

<sup>208</sup> SCHNEIDER, op. cit., p. 109.

<sup>209</sup> BRASIL. *Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841*. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM261.htm#:~:text=Reformando%20o%20Codigo%20do%20Processo%20Criminal.&text=2%C2%BA%20Os%20Chefes%20de%20Policia,amoviveis%2C%20e%20obrigados%20a%20aceitar](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm#:~:text=Reformando%20o%20Codigo%20do%20Processo%20Criminal.&text=2%C2%BA%20Os%20Chefes%20de%20Policia,amoviveis%2C%20e%20obrigados%20a%20aceitar). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>210</sup> SCHIETTI CRUZ, op. cit., p. 46.

severamente a citada legislação de 1841<sup>211</sup>, bem como atores políticos do quilate de Fernando Torres, Pimenta Bueno, Martim Francisco e José de Alencar.

Eis que sobrevém a lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871<sup>212</sup>, arrefecendo o espírito policialesco então em vigor e separando *Justiça e Polícia*, conforme a lição do professor José Frederico Marques.<sup>213</sup> Além disso, o termo “inquérito policial” aparece pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, servindo como base para oferecimento de denúncia. Ademais, o processo passou a ter notas salutares de contraditório.

Posteriormente, em 1891, a promulgação da Constituição republicana fragmentou o direito processual ao conferir a cada estado da Federação – acentuada influência federalista<sup>214</sup> – a competência de legislar sobre o tema, ressalvadas matérias de direitos fundamentais.<sup>215</sup>

Assim, o que havia de unidade sob a regência da lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871 – e do respectivo decreto regulamentador, tombado sob o nº 4.824, de 22 de novembro de 1871 – perdeu-se diante do movimento centrífugo, pelo que alguns estados optaram pela volta ao espírito policialesco anterior à lei nº 2.033/1871.

A base do estado da arte atual surge com a promulgação do Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941, vigente até os dias atuais.<sup>216</sup> A obra foi pensada por Cândido Mendes de Almeida, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz, Florêncio de Abreu,

---

<sup>211</sup> Em *Um Estadista do Império*, é possível observar o trâmite fracassado do projeto de autoria de Joaquim Nabuco no sentido de reformar a lei de 3 de dezembro. Nos diálogos, o eminente estadista delinea que a lei de 3 de dezembro de 1841 deveria ser alterada para conferir a juízes de direito o protagonismo no julgamento de causas criminais, em detrimento das autoridades policiais e do Júri. A lei de 3 de dezembro foi “o reflexo de sua época”, segundo Nabuco, pois buscou armar o Império contra intentos revolucionários que havia quando de sua edição. A lei armou, então, a polícia, que ao passar do tempo foi severamente politizada. O intuito de Nabuco foi convencer o parlamento de que não havia país bem organizado, à época, que confundisse Polícia com Justiça: “*Em todos os lugares, desde que começa a acção da justiça, cessa a acção da justiça; mas entre nós todos podem prender e ao mesmo tempo julgar*”. NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império – Nabuco de Araújo: sua vida, suas opiniões, sua época*. Tomo I. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1936. pp. 144-150.

<sup>212</sup> BRASIL. *Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM2033.htm#:~:text=Alter%20diferentes%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20da%20Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Judiciaria.&text=Art.&text=%C2%A7%205%C2%BA%20Os%20Chefes%20de,obrigatoria%20a%20aceita%C3%A7%C3%A3o%20do%20cargo](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htm#:~:text=Alter%20diferentes%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20da%20Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Judiciaria.&text=Art.&text=%C2%A7%205%C2%BA%20Os%20Chefes%20de,obrigatoria%20a%20aceita%C3%A7%C3%A3o%20do%20cargo). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>213</sup> MARQUES, op. cit., volume I, p. 104.

<sup>214</sup> PRADO, op. cit., p. 266.

<sup>215</sup> BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>216</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

Roberto Lyra e Nelson Hungria<sup>217</sup> – este, o Príncipe do Direito Penal. Todos sob a batuta do então Ministro da Justiça, Francisco Campos.

Retomou-se o inquérito policial tal como tido antes da Constituição de 1891, assim como preconizou-se pela instrução processual em contraditório e se separou, formalmente, as funções de acusar e julgar, vez que eliminado o procedimento iniciado de ofício pelo magistrado sentenciante. Por outro lado, a oralidade continuou cedendo ao procedimento escrito. Ademais, sentiu os influxos autoritários do Estado Novo, notadamente a partir da previsão obrigatória de prisão preventiva para alguns delitos e do desmerecimento dado às formalidades procedimentais, que constituem, precisamente, as garantias a que o acusado teria direito<sup>218</sup> – o que para o professor Fernando Tourinho Filho materializava um “*sistema acusatório com laivos de inquisitivo*”.<sup>219</sup>

A ambiência autoritária do Código de Processo Penal parece inafastável. A título de exemplo, com relação às prisões cautelares, o Ministro Rogerio Schietti anota a opção expressa e assumida na Exposição de Motivos do código em recrudescer o instituto. No ponto, o Ministro da Justiça Francisco Campos assentava que “*o interesse da administração da justiça não pode[ria] continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos*”.<sup>220</sup>

Na linha do que expõe o eminente professor Eugênio Pacelli, o Código de Processo Penal de 1941 sofreu grande influência do Código de Processo Penal italiano elaborado por Alfredo Rocco, durante o regime totalitário do líder Benito Mussolini. Confira-se:<sup>221</sup>

Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo anteprojeto de lei, Min. Francisco Campos, conforme se observa em sua Exposição de Motivos. Na redação primitiva do Código de Processo Penal, até mesmo a sentença absolutória não era suficiente para se restituir a liberdade do réu, dependendo do grau de pena da infração penal (o antigo art. 596, CPP). Do mesmo modo, dependendo da pena abstratamente cominada ao fato, uma vez recebida a denúncia, era

---

<sup>217</sup> PRADO, op. cit., p. 267.

<sup>218</sup> MARQUES, op. cit., volume I, pp. 107-108.

<sup>219</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., pp. 118-120.

<sup>220</sup> SCHIETTI CRUZ, op. cit., p. 47.

<sup>221</sup> PACELLI, op. cit., p. 17.

decretada, automática e obrigatoriamente, a prisão preventiva do acusado, como se realmente do culpado se tratasse (o antigo art. 312, CPP).

Nessa toada, uma breve análise da Exposição de Motivos redigida pelo Ministro Francisco Campos revela o sentimento autoritário que permeou a feitura do Código de Processo Penal brasileiro. Embora o renomado jurista fizesse a ressalva de que a redação da legislação não foi imersa pelo autoritarismo de Estado ou, ainda, que se rechaçava a iniciativa de ofício dos juízes e a confusão entre as funções de acusar e julgar, fato é que se franqueou a vigência de elementos inquisitivos em nome do suposto interesse coletivo de busca pela verdade real.<sup>222</sup>

Ao juiz foi dada a missão de buscar a verdade dos fatos e, apenas posteriormente, julgar o caso. Nesse sentido, ao versar sobre as provas, o eminente Ministro Francisco Campos afirma expressamente na Exposição de Motivos:

O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. **Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença.** [...] Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído a sua própria consciência. [...] Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, **mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade.** Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*. (grifo nosso)

Segundo Eduardo Espinola Filho, citando Francisco Campos, o espírito norteador do código era o da livre convicção do juiz – repare-se, sem o adjetivo motivada –, tendo sido atribuído ao juiz a ampla possibilidade de produzir provas. A busca da verdade era o pilar da persecução penal, devendo o magistrado se preocupar “*exclusivamente em apreender a realidade dos fatos, como correspondente à verdade mais verdadeira*”. Consequentemente, o magistrado era obrigado por imperativo legal dar atenção a todos os elementos reunidos na investigação.<sup>223</sup>

---

<sup>222</sup> Disponível em:

<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1941;1001068550>. Acesso em 13 set. 2020.

<sup>223</sup> ESPINOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado. Volume I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960. pp. 256-257.

Ainda, o jurista italiano Alfredo Rocco é expressamente citado para justificar o intuito da legislação processual então editada de reduzir garantias processuais individuais – vistas como obstáculos à busca da verdade – e alçar o processo penal como meio de punição do Estado, em detrimento à concepção de processo como limite de poder.<sup>224</sup>

Como se sabe, os regimes totalitários do séc. XX, inclusive o fascismo italiano de Benito Mussolini, quem emergiu das fileiras socialistas, prezavam pela concepção coletivista da sociedade, ora em homenagem à pátria e ao nacionalismo, ora em busca de igualdades entre as pessoas. Negava-se a importância, a autonomia, o valor do indivíduo e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana sedimentada séculos antes pelo estoicismo e pelo cristianismo.<sup>225</sup> A noção metafísica de nação que alimentava os anseios da Itália de Mussolini pressupõe que a realidade do indivíduo é pertencer a um povo e a uma organização política, sendo o coletivo um ente idealizado cuja existência antecede o indivíduo e, assim, se sobrepõe a ele.<sup>226</sup>

O direito, como ferramenta de ordenação social, não ficou alheio aos sentimentos do regime totalitário. Em 1930, o Ministério da Justiça italiano, chefiado por Alfredo Rocco, professor de direito comercial já citado, editou o Código Penal e o Código de Processo Penal, ambos repressivos, contando com o auxílio de Arturo Rocco, professor de direito penal e

---

<sup>224</sup> “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. **Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.** O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. **As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça.** É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. [...] Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: ‘*Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas*’. E se, por um lado, os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na sua função repressiva, é certo, por outro lado, que asseguram, com muito mais eficiência do que a legislação atual, a defesa dos acusados”. (grifo nosso)

Disponível em:

<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1941:1001068550>. Acesso em 13 set. 2020; ver, também: ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Volume I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960. p. 177.

<sup>225</sup> HAURIU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* – trad. José Antonio González Casanova. Barcelona: Ediciones Ariel, 1971. pp. 192-193.

<sup>226</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. pp. 129-130.



irmão do ministro da justiça. Houve o recrudescimento de penas a partir da positivação da pena de morte para quem cometesse crimes políticos graves e a criminalização de greves, fortalecendo-se os poderes estatais. No âmbito processual, estabeleceu-se a “*completa exclusão do defensor da fase instrutória do processo*”, assim como a instituição dos Juízes de Vigilância, a possibilidade de impor medidas de segurança sem maiores formalidades e a posição do Ministério Público como braço do regime.<sup>227</sup> Não por acaso, Pontes de Miranda caracterizou o movimento iniciado nas décadas de 1920 e 1930 pelo triunfo das ditaduras antiliberais europeias, capitaneadas pela Itália e Polônia.<sup>228</sup>

Essa, portanto, foi a ambientação cultural do Código de Processo Penal brasileiro vigente até os dias atuais. A função primária do processo era facilitar a repressão de crimes, sendo o réu e sua defesa vistos como inimigos da sociedade. Prevalencia, imperiosamente, a busca da verdade real, o interesse da potestade punitiva – em nome do interesse público –, a presunção de culpa e o juiz protagonista na marcha processual.

Registre-se, por fim, que apesar do espírito autoritário do Código de Processo Penal de 1941, o diploma legal sofreu progressiva flexibilização acerca de diversos temas no decorrer dos anos seguintes. Exemplo curioso citado pelo Ministro Rogerio Schietti é a reforma do dispositivo que previa a obrigatoriedade da prisão preventiva obrigatória, alteração que se deu em 1967 pela Lei nº 5.349, período no qual o país também vivia agitação política decorrente do regime militar.<sup>229</sup>

### **2.1.2 Perspectiva dogmática.**

Sob a perspectiva dogmática, parte considerável da doutrina entende que o sistema delineado pela legislação processual penal brasileira não reflete o sistema acusatório. A principal crítica é formulada a partir dos poderes instrutórios facultados ao Juiz, ainda que de forma supletiva. Em momentos sensíveis da fase investigativa e judicial, é viabilizada ao juiz

---

<sup>227</sup> SCHIOPPA, op. cit., pp. 422-424.

<sup>228</sup> PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 239.

<sup>229</sup> SCHIETTI CRUZ, op. cit., pp. 48-50.

a possibilidade de se mover de ofício, produzindo provas e, conseqüentemente, acumulando a função que, em tese, é própria das autoridades policiais e do Ministério Público.

Outro ponto conflitante com o sistema acusatório é o modo de gestão das investigações – os inquéritos. A legislação de 1941 é porosa e não prescreve as formalidades aptas a limitar o poder das autoridades. Soma-se a isso o caráter irrelevante das nulidades procedimentais verificadas no decorrer do inquérito, as quais, vistas como *meras* formalidades, são convalidadas quando do eventual recebimento de denúncia.

O derradeiro ponto rememora outro, igualmente relevante e questionável: o atual entendimento jurisprudencial dominante acerca das nulidades no processo penal. É certo que a economia processual e a presteza na prestação jurisdicional são valores relevantíssimos e devem nortear a atuação do Poder Judiciário e das partes. No entanto, parece irrazoável sobrepor tais valores às garantias legais e constitucionais dos indivíduos acusados em processo criminal.

A exacerbação de argumentos utilitaristas é visível no posicionamento majoritário dos Tribunais sobre nulidades relativas e absolutas, sendo necessária a comprovação de prejuízo para ambas.

Antes de assentar ser necessário o prejuízo, é preciso pensar se é possível que a parte comprove o prejuízo, sob pena de se estar impondo a produção de prova diabólica. Afinal, como provar o prejuízo decorrente de algo que não aconteceu? Por diversas vezes, as defesas suscitam nulidades a partir de inobservâncias de formalidades exigidas pela lei.<sup>230</sup> Então, a defesa se vê obrigada a comprovar – não apenas apontar, mas comprovar – que se determinada formalidade fosse observada, o juiz poderia ter pensado de outro modo, por exemplo.

Não fosse o bastante, ainda que se observe determinada nulidade de modo visível, eventual recurso interposto aos Tribunais Superiores e Supremo Tribunal Federal contra a negativa de reconhecimento poderá esbarrar nos enunciados sumulares 7 e 279<sup>231</sup>,

<sup>230</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: [...] IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>231</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial; Súmula 279 Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf). Acesso em: 05 out. 2020.

respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e da citada Corte Constitucional, que preconizam ser inviável o reexame de fatos e provas no âmbito dos mencionados Tribunais. Ocorre, como se sabe, que os enunciados sumulares em comento são utilizados industrialmente diante da mínima visualização de nuances fáticas. Não se está fazendo crítica leviana aos aludidos óbices, que devem existir e colaboram para a melhoria da prestação jurisdicional. Porém, a prática forense permite observar o uso indiscriminado como forma, ao que parece, de enfrentar questões jurídicas que demandem algum tempo maior de reflexão.

De todo modo, o prejuízo decorrente de nulidades, na maior parte dos casos, deveria ser presumido diante da simples inobservância de formalidade que a lei impõe. O estado de coisas atual finda, assim, por desidratar a força da lei, fomentando sua inobservância.

No entanto, a orientação do Código de Processo Penal não compactua com essa visão. Extrai-se do art. 566 que não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.<sup>232</sup> Observa-se, então, a primazia da verdade substancial ou real e a desimportância das formalidades. Diante da ausência de dispositivo cogente e firme em delimitar a observância das formalidades procedimentais, tem-se por diminuto o papel das garantias processuais penais.

Como dito inicialmente, é majoritário o posicionamento da doutrina processualista penal no sentido de que o Código de Processo Penal não reflete o sistema acusatório adotado pela Constituição da República. Embora haja uma gama de definições possíveis para o sistema vigente no Brasil e cada doutrinador adote a que mais lhe apetece (acusatório mitigado, misto, neoinquisitório, continental europeu, aparentemente acusatório), parece ser inequívoco haver algo de podre no processo penal brasileiro<sup>233</sup>, consistindo o nome em mera ilustração – importante, claro, mas de menor relevo se comparado à essência do que é nomeado.

É verdade que sobreveio a Lei nº 13.964/2019, o apelidado *Pacote Anticrime*, no início de 2020, gerando alterações consideráveis no Código de Processo Penal.

---

<sup>232</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>233</sup> A referência a “*algo de podre*” é inspirada na fala da personagem Hamlet, Ato I, Cena IV, “*Há algo de podre no reino da Dinamarca*”, constante na obra Hamlet, de Shakespeare.

Nesse sentido, o professor Guilherme de Souza Nucci assevera que o sistema processual penal adotado no Brasil era o misto e, após a promulgação da Lei nº 13.964/2019, denominada lei “anticrime”, o sistema adotado passou a ser o *acusatório mitigado*. Tal raciocínio é exposto pelo eminente professor a partir de sua concepção de que a Constituição da República *indica* um sistema acusatório, pelo que somente as regras processuais impõem determinado sistema.<sup>234</sup> Em direção similar caminham os professores Eugênio Pacelli e Paulo Rangel.<sup>235</sup> Ainda na mesma linha, o professor Geraldo Prado fala em *aparência acusatória* se se analisar o todo (legislação processual e carta constitucional).<sup>236</sup>

Por outro lado, o professor Aury Lopes Júnior leciona que o sistema adotado no Brasil até a promulgação da lei nº 13.964/2019 era o inquisitório ou neoinquisitório – denominação utilizada pela eminente doutrinador para ilustrar que não se trata do sistema inquisitório medieval, mas de outro, remodelado para os tempos atuais.<sup>237</sup> A lição que sobressai de sua obra com clareza peculiar, porém, é a de que a cultura brasileira é inquisitória, notadamente a partir de bases que acreditam na busca da verdade real e parcela considerável da população que anseia por juízes justiceiros.

À exceção do anseio por juízes justiceiros, o esforço histórico empreendido anteriormente pelo presente estudo demonstra que o Brasil trilhou caminhos inquisitórios durante anos, sob a influência de Portugal e do direito romano-germânico. Via de consequência, a crença na verdade real vigorou durante esse período. Ainda, soma-se a isso o espírito autoritário que orientou o atual Código de Processo Penal.

O professor Paulo César Busato, por sua vez, observa o sistema inquisitivo como enraizado na tradição brasileira e assevera que sua superação se dará somente com a paulatina consciência dos sujeitos processuais sobre o respectivo papel de cada<sup>238</sup> – previsão com a qual o autor desta obra concorda, afinal, o direito não dá conta de tudo.

---

<sup>234</sup> NUCCI, op. cit., p. 114.

<sup>235</sup> PACELLI, op. cit., pp. 18-20; RANGEL, op. cit., p. 125. Por sua vez, o professor Edilson Mougenot Bonfim acredita imperar o sistema misto. BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 85.

<sup>236</sup> PRADO, op. cit., p. 301.

<sup>237</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*, pp. 64-71.

<sup>238</sup> BUSATO, op. cit.

## 2.2 A [in]compatibilidade com o modelo acusatório – Pontos de tensão.

### 2.2.1 Nota introdutória.

O exame feito em seguida consistirá no recorte de dispositivos ou temas essenciais para o processo penal, buscando manter a ordem crescente dos dispositivos do Código de Processo Penal. Os pontos de tensão serão destacados e, sempre que possível, será indicada jurisprudência e doutrina pertinente ao tema.

Referidos pontos de tensão sobressaem a partir dos contrastes entre uma ordem constitucional acusatória de 1988, que deveria informar, como visto, a legislação infraconstitucional, e um Código de Processo Penal de 1941, bom e salutar para o seu tempo, mas que certamente não se adequa ao sistema acusatório eleito pela Constituição da República.

Muitos discordam do nome que se dá ao sistema disposto do Código de Processo Penal. Uns anunciam se tratar de sistema inquisitivo, outros reputam se tratar de sistema misto e há aqueles que dizem que o Código de Processo Penal consiste em um sistema acusatório imperfeito ou, simplesmente, acusatório. A despeito do nome que se queira dar, o exame abaixo tentará demonstrar em quais momentos o sistema disposto na legislação ordinário se distancia da dita ordem constitucional.

Ainda, sabe-se que a Lei 13.964/2019, o apelidado *Pacote Anticrime*, entrou em vigor no início de 2020 e gerou a alteração de alguns dispositivos do Código de Processo Penal. Referida lei foi pensada a partir do legítimo anseio popular por uma maior efetividade no combate ao crime. O nome dado à lei – *Pacote Anticrime* – foi alvo de críticas, afinal, quem discordasse poderia ostentar a pecha de ser *pró-crime*. De todo modo, do ponto de vista midiático, foi um inegável acerto, tendo o mencionado pacote entrado no varejo da política e movimentado corações.

O projeto de lei, apresentado ao parlamento em 31 de janeiro de 2019, foi tombado sob o nº 882/2019. A iniciativa e elaboração do texto inicial partiu do então Ministro da

Justiça e Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, que havia angariado forte apoio popular por conta de sua atuação na Operação Lava Jato.

Apresentado o projeto, o Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, instituiu Grupo de Trabalho para analisar as alterações legislativas propostas. Assim, o projeto começou a ser discutido e logo lhe foi apensado, para discussão em conjunto, o projeto alternativo anteriormente elaborado pelo grupo de juristas liderado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes (PL n. 10.372/18 da Câmara dos Deputados e PL n. 6.431/19 no Senado Federal).

Em que pese o escopo endurecedor e punitivo original, visando o estabelecimento de medidas – de acordo com o então ministro – aptas a efetivar o combate à corrupção, ao crime organizado e aos delitos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, o projeto original foi profundamente alterado no decorrer do seu trâmite perante as casas legislativas.

O Grupo de Trabalho gestor do projeto introduziu no texto diversos dispositivos legais de viés acusatório, ao passo que afastou alguns dos dispositivos inseridos originalmente por serem, em tese, excessivamente rigorosos. Ponto crucial que exemplifica a desidratação da proposta enviada pelo então Ministro da Justiça foi o descarte da execução provisória da pena, isto é, a imposição do cumprimento da pena após por órgão colegiado em Corte de Apelação.

Por essas razões, pode-se dizer que o denominado Pacote Anticrime consiste em um verdadeiro conjunto de ideias. Como dito, o seu início foi fundido com o mencionado projeto alternativo de autoria do grupo de juristas liderado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes. Não obstante, alguns parlamentares temperaram as modificações legais e inseriram novas disposições.<sup>239</sup>

---

<sup>239</sup> Acerca dos itens relevantes cuja autoria não foi do então Ministro da Justiça Sérgio Moro, no campo do processo penal, por exemplo, o acordo de não persecução penal era instituto previsto no projeto do Ministro Alexandre de Moraes. O Juiz de Garantias é figura gestada a partir das emendas parlamentares da Deputada Margarete Coelho (PP-PI) e do Deputado Marcelo Freixo (PSOL-RJ). Por sua vez, o Deputado Lafayette Andrada (Republicanos-MG) foi o responsável pela profunda modificação havida no âmbito das medidas cautelares. Além disso, referido parlamentar acrescentou a positividade das audiências de custódia. Da mesma forma, é possível observar a influência exercida pelo projeto de novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei n. 8.045/2010) nessas emendas. O respectivo Grupo de Trabalho vinha maturando as modificações alinhadas ao sistema acusatório felizmente inseridas na nova lei, tais como o citado juiz de garantias, a vedação à decretação de medidas cautelares de ofício pelo juiz, a positividade da audiência de custódia, obrigatoriedade de revisão da necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias e a positividade do requisito da contemporaneidade dos fatos imputados para a decretação de prisões preventivas.

Deve-se registrar que o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, no dia 22 de janeiro de 2020, concedeu medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6305 para suspender a eficácia de alguns dispositivos postos pela Lei nº 13.964/2019. Em síntese, o objeto da suspensão foi o instituto do juiz de garantias, a regra de impedimento do juiz que conhecer de prova declarada inadmissível (art. 157, § 5º, do CPP), a sistemática de arquivamento do inquérito policial e a obrigatoriedade de apresentação de preso às audiências de custódia em até 24 (vinte e quatro) horas. Portanto, ao tempo em que se escreve o presente trabalho, tais inovações trazidas pela lei *anticrime* não foram implementadas.

Feito o breve esboço sobre a nova lei, cabe examinar o seu impacto no Código de Processo Penal à luz do sistema acusatório eleito pela Constituição da República de 1988. Considerando que foram diversas as disposições alteradas, a análise que se segue se aterá aos pontos mais sensíveis e caros ao sistema acusatório.

Por último, o momento será oportuno para, após investigar as raízes e perscrutar o modelo processual penal brasileiro vigente, analisar criticamente o atual estágio do ordenamento jurídico à luz do sistema acusatório desejado pela Constituição da República e indicar possíveis caminhos a seguir.

### **2.2.2 Investigação.**

Em síntese, a persecução criminal é iniciada a partir da notícia do crime ou de sua possível existência. Tal notícia chega ao conhecimento da autoridade responsável pela investigação do suposto crime e, assim, o órgão investigador inicia os procedimentos previstos na lei de regência com vistas à elucidação dos fatos e colheita de elementos informativos para aparelhar eventual acusação formal (oferecimento de denúncia ou queixa) que é feita privativamente pelo Ministério Público, ressalvadas as hipóteses de ação penal privada.

A investigação pode se dar por distintos órgãos de controle. Comumente, o órgão encarregado pela busca da verdade é a polícia judiciária, a quem incumbe movimentar o

*inquérito policial*.<sup>240</sup> Trata-se de procedimento administrativo. Disso decorre assumir que nesse momento não há a necessidade de observância ampla às garantias a que a pessoa acusada gozaria no processo judicial. A ampla defesa, o contraditório, a publicidade, o direito à informação, dentre outros, são direitos e garantias fundamentais legitimamente flexibilizados quando da investigação preliminar, fase reconhecida por alguns como inquisitiva – e, assim, estes diriam que o sistema processual penal brasileiro é misto. Porém, é claro que há alguma garantia, mas a força, a abrangência e a observância de tais garantias não se revelam em sua inteireza.

Após a fase investigativa, os elementos de informação produzidos pela autoridade policial – ou por outro órgão responsável pela investigação – são fornecidos ao detentor do direito de acusar, em regra o Ministério Público. Se o órgão acusador verificar a prática de crime, passa-se à formulação de denúncia, que, caso recebida pelo Poder Judiciário, acarretará o início da fase processual. Assim, as investigações prestam a filtrar possíveis acusações levianas.

Nessa vereda, percebe-se que as investigações têm por fundamento a perscrutação de atividades possivelmente delituosas, a busca por circunstâncias ocultas cuja descoberta possa esclarecer o que efetivamente ocorreu e, então, esclarecer em grau de probabilidade – não certeza – o *fumus commissi delicti* (indícios de autoria e materialidade de crime). É fase precipuamente de diligências apuratórias.<sup>241</sup>

Segundo o professor Eliomar da Silva Pereira, a investigação pressupõe etapas de averiguação da verdade dos fatos, sendo construída a partir (i) da colocação de um problema – probabilidade ou a própria existência de um crime –, (ii) a elaboração de uma hipótese – possíveis explicações sobre os motivos do delito e a autoria, (iii) formação de uma base de dados – depoimentos, perícias e experiências anteriores – e a (iv) verificação de um acordo entre as hipóteses levantadas e as informações levantadas pela investigação.<sup>242</sup>

A investigação criminal, então, desenvolve-se pela postura inquisitiva de caráter monológico e a partir do método de análise, segundo o mencionado autor. A análise se volta a resolver o problema posto, enquanto o caráter monológico “*decorre do fato de decidir-se a*

---

<sup>240</sup> Registre-se as demais possibilidades de apuração oficiosa de fatos, tais como as Comissões Parlamentares de Inquérito passíveis de instauração pelo Congresso, as sindicâncias administrativas e até mesmo o Procedimento Investigatório Criminal a ser eventualmente instaurado pelo Ministério Público.

<sup>241</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 181.

<sup>242</sup> PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal*. Coimbra: Almedina, 2010. pp. 169-170.



*respeito da verdade individualmente pela autoridade que investiga*”. Portanto, há uma carga saudável de elementos inquisitivos, sem os quais simplesmente não seria possível realizar quaisquer investigações. Ainda que conhecido o provável suspeito de ter praticado o delito, este se encontra “*em estado de suspeição*”. Nesse sentido, a justificação da investigação depende da observância de sua finalidade de desvendar as circunstâncias do delito, desde que respeitados os direitos fundamentais das pessoas suspeitas.<sup>243</sup>

Assim, vista a natureza da fase investigativa, fica evidente que as autoridades policiais trabalham para buscar elucidar um suposto crime ou descobrir a respectiva autoria. Por evidente, o trabalho de investigação pressupõe a desconfiança em relação à pessoa investigada e a formulação de hipóteses de prática do crime. Para além disso, não vigoram as garantias processuais de modo pleno.<sup>244</sup>

Por óbvio, não se está fazendo juízo negativo a respeito da fase investigativa a partir desses apontamentos, mas apenas expondo um dado da realidade. De todo modo, essas características revelam o porquê de não ser possível formar convicções antecipadas a partir dos elementos colhidos durante a fase investigativa.

Trata-se de momento extremamente sensível e movido pelo legítimo interesse em elucidar a prática de crimes. O calor da investigação demanda do juiz a postura mais retida possível, como verdadeiro árbitro da legalidade das investigações – daí o juiz de garantias. Embora tal figura tenha sido sedimentada pela Lei 13.964/2019, o papel de garantidor do juiz na fase investigativa já era reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

Nos autos do Inquérito 4.458/DF, o eminente Ministro Gilmar Mendes consolidou “*a função do julgador como garante dos direitos fundamentais na etapa preliminar da*

---

<sup>243</sup> PEREIRA, op. cit., pp. 182-184.

<sup>244</sup> Na linha do que expõe o professor Renato Brasileiro, os inquéritos e investigações necessitam de celeridade, agilidade e dinamicidade em nome da elucidação dos fatos aparentemente criminosos. Assim, a satisfatória colheita dos elementos informativos do suposto crime seria inviável se se submetessem ao escrutínio do contraditório, por exemplo, informando previamente à pessoa investigada que será feita uma busca e apreensão em sua residência. No dizer do professor, o elemento da surpresa é inerente a qualquer investigação. Sobre o tema, anota o professor que o “*caráter inquisitivo confere às investigações maior agilidade, otimizando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos informativos. Fossem os atos investigatórios precedidos de prévia comunicação à parte contrária (contraditório), seria inviável a localização de fontes de prova acerca do delito, em verdadeiro obstáculo à boa atuação do aparato policial. Funciona o elemento da surpresa, portanto, como importante traço peculiar de toda e qualquer investigação preliminar. É uma ilusão e até mesmo ingênuo imaginar que o exercício do contraditório diferido e a ampla defesa na fase investigatória possa colaborar com as investigações, pois esta não é a regra que se nota no cotidiano policial*”. LIMA, op. cit., p. 121.

*persecução penal*”.<sup>245</sup> Na ocasião, o Ministro determinou o arquivamento de ofício de investigação por entender que o Poder Judiciário poderia se sobrepor ao Ministério Público, ao vislumbrar violação a direitos fundamentais. Por evidente, parece válido o debate sobre a legitimidade do Poder Judiciário de arquivar investigações sem o aval do dono do poder de acusar. De todo modo, no julgado citado fica clara qual deve ser a posição do magistrado: a de controle das regras do jogo.

O Pacote Anticrime, por sua vez, reforçou o papel de garantidor desse juiz e determinou que ele não deverá ser o juiz da instrução processual. Justamente porque até a função de garantia pode contaminar a imparcialidade do magistrado, como explicitado em tópico próprio. Por outro lado, o art. 13 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de o juiz requisitar de ofício diligências à autoridade policial.<sup>246</sup> Há um ponto de tensão aqui, o qual aparentemente foi revogado de modo tácito pela superveniência do Pacote Anticrime.

---

<sup>245</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Inquérito. *Inq 4458*. Relator(a): GILMAR MENDES, julgado em 11 de setembro de 2018. PENAL E PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. ARQUIVAMENTO PELO RELATOR EM CASO DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ART. 231, §4º, DO RISTF. ART. 654, §2º, CPP. COLABORAÇÃO PREMIADA. NECESSIDADE DE CORROBORAÇÃO MÍNIMA DAS DECLARAÇÕES. FALTA DE SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO PARA PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. AUSÊNCIA DE PRAZO RAZOÁVEL. CONSTRANGIMENTO MANIFESTAMENTE ILEGAL. QUESTÃO DE ORDEM NA AP 937/RN. POSSIBILIDADE DE ARQUIVAMENTO. 1. Na forma do art. 231, §4º, “e”, do Regimento Interno do STF (RISTF) e do art. 654, §2º, do CPP, o Relator deve determinar o arquivamento do inquérito quando verificar a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade e/ou nos casos em que foram descumpridos os prazos para a instrução. Trata-se de dispositivo que possibilita, expressamente, o controle das investigações pelo Poder Judiciário que atua, nesta fase, na condição de garantidor dos direitos fundamentais dos investigados; 2. Os precedentes do STF assentam que as declarações de colaboradores não são aptas a fundamentar juízo condenatório, mas suficientes dar início a investigações. Contudo, tais elementos não podem legitimar investigações indefinidas, sem que sejam corroborados por provas independentes. 3. A EC 45/2004 introduziu norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo (art. 5º. LXXVIII). Conforme a doutrina, esta norma deve ser projetada também para o momento da investigação. As Cortes Internacionais adotam três parâmetros: a) a complexidade do caso; b) a atividade processual do interessado; c) a conduta das autoridades judiciárias. No caso de inquéritos em tramitação perante o STF, os arts. 230-C e 231 do RISTF estabelecem os prazos de 60 dias para investigação e 15 dias para oferecimento da denúncia ou arquivamento, com possibilidade de prorrogação (art. 230-C, §1º, RISTF). 4. No julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, o Plenário do STF fixou o entendimento que terminada a instrução processual, a ação penal deveria ser julgada pelo Tribunal, independentemente de se tratar de hipótese que determinaria a baixa dos autos. Aplicando este entendimento de modo análogo, a Primeira Turma assentou, no INQ nº 4.647, que o inquérito pronto para juízo de admissibilidade da denúncia deveria ser apreciado pela Corte. Este entendimento também se aplica aos casos de arquivamento pela ausência de indícios mínimos de materialidade e autoria delitiva. 5. Caso em que inexistem indícios mínimos de materialidade e autoria delitiva, mesmo após 15 meses de tramitação do inquérito. Depoimentos genéricos e inespecíficos relatando o recebimento de recursos eleitorais em pleito no qual o investigado sequer disputou qualquer mandato eletivo. Apresentação apenas de elementos de corroboração produzidos pelos próprios investigados. Arquivamento do inquérito, na forma do art. 21, XV, “e”, art. 231, §4º, “e”, ambos do RISTF, e art. 18 do CPP. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur391843/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>246</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial: [...] II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

Ainda no precedente citado, o Ministro Gilmar Mendes pontuou ser necessário superar a “*visão ultrapassada e autoritária do inquérito policial enquanto procedimento meramente inquisitivo, de titularidade exclusiva do Ministério Público, no qual o investigado é considerado como objeto da apuração, sem direito ou garantia alguma, uma vez que, a meu sentir, essa concepção viola a concepção da dignidade da pessoa humana, segundo a qual cada indivíduo constitui um fim em si mesmo, e não meio ou objeto para realização de fins diversos*”. Nesse sentido, conforme dispõe o art. 6º, IX, do Código de Processo Penal, assim que tiver conhecimento da prática de infração penal – de se reparar que o código já afirma que houve crime –, a autoridade policial deverá “*averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuïrem para a apreciação do seu temperamento e caráter*”.

A partir dessas considerações, conclui-se que o controle da investigação põe em risco a imparcialidade do julgador.

Por essa razão, a Lei nº 13.964/2019 estabeleceu a figura do Juiz de garantias. Embora os dispositivos correspondentes (art. 3º-B e seguintes) estejam suspensos pela medida cautelar concedida pelo Ministro Luiz Fux no início de 2020, a mudança, se confirmada, poderá fazer caminhar o processo penal brasileiro a um modelo acusatório consolidado.

O papel do juiz de garantias é delineado pelo art. 3º-B e suas atribuições, especificadas, ao longo dos incisos seguintes. Em síntese, o juiz de garantias é o magistrado responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.<sup>247</sup> Sua competência cessa a partir do momento em que recebida a denúncia ou queixa.<sup>248</sup> Reside aqui a principal alteração: instituir dois magistrados competentes para a persecução penal em 1º grau, quais sejam, o juiz de garantias e o juiz de instrução de julgamento.

---

<sup>247</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>248</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

A motivação de tal mudança se dá a partir da ideia de que o juiz atuante desde a fase investigativa até a prolação de sentença ficaria suscetível a confirmar todas suas decisões pretéritas que levaram o processo até o referido momento de condenação ou absolvição. Isto é, haveria o risco de o juiz se contaminar e criar pré-compreensões após o deferimento de medidas cautelares invasivas durante a investigação, receber a denúncia (afirmar que existe materialidade e indícios de autoria) e, em alguns casos, manter o acusado preso durante todo o processo. Assim, ao ter contatos com elementos de investigação e eventualmente ter de lidar mais tempo com uma defesa combativa, o magistrado poderia ter sua imparcialidade fragilizada ao formar concepções e tender a reafirmá-las.

Como dito em tópico anterior, o jurista alemão Bernd Schünemann é o idealizador da Teoria da Dissonância Cognitiva no campo do processo penal.<sup>249</sup> A partir dela, o professor conclui que o ser humano tende a reduzir posicionamentos dissonantes, os quais geram ansiedade e estresse. Tal como um “*mecanismo de defesa do ego*”, a pessoa busca reduzir o nível de contradição, por exemplo, tomando decisões que não infirmem decisões anteriormente tomadas.

Portanto, após tomar uma decisão – escolher entre duas hipóteses – se, posteriormente, for apresentada à pessoa nova decisão a tomar, sendo uma hipótese contraditória à primeira e a outra confirmatória da primeira, essa pessoa tenderá a adotar a última hipótese, que gera menos desconforto e mais segurança.

O jurista alemão importou tal teoria para o campo do processo penal, em que o juiz que eventualmente acompanhe o inquérito policial, deferindo medidas cautelares aqui e acolá, depois receba a denúncia, quando da instrução processual, por exemplo, poderá ter a vontade inconsciente e humana de tentar validar suas decisões anteriores. Diante da tensão psíquica, o julgador pode permanecer no efeito inércia – autoconfirmando as hipóteses – ou buscar seletivamente informações não tão evidentes que possam corroborar a hipótese que escolhera quando da primeira decisão tomada. Daí a necessidade do juiz de garantias.<sup>250</sup> Sendo o juiz um ser humano, é preciso buscar medidas que reduzam riscos de parcialidade.

---

<sup>249</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental*. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=140](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=140). Acesso em: 17 ago. 2020.

<sup>250</sup> A formação da convicção inconscientemente remete, em alguma medida, ao que o professor Franco Cordero, o papa do processo penal, denominava de quadro mental paranoico dos inquisidores. Ver: CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51: “*La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai*

Ainda, pode-se objetar à teoria da dissonância cognitiva a necessidade de maior comprovação e, até mesmo, não a ter como absoluta – isto é, nem todo juiz estará sujeito a ela. De todo modo, como dito, sua plausibilidade é verdadeiramente considerável, sobretudo à vista da natureza humana, essencialmente egocêntrica e vaidosa.

Seguindo adiante, o art. 3-B arrola os atos a serem praticados pelo Juiz de Garantias. A decisão de recebimento de denúncia, por exemplo, é de sua competência e, inclusive, o derradeiro ato a ser praticado por ele. Como dito, após esse momento, a competência passa a ser do Juízo de Instrução (art. 3º-C). Além disso, é ele quem decide sobre a prisão em flagrante e sobre as diversas medidas cautelares que podem ser requisitadas pelo Ministério Público no decorrer da investigação. Ainda, cuida-se do juiz competente para decidir sobre a homologação de colaboração premiada ou acordo de não persecução penal.

Deve-se registrar que o parágrafo 3º do art. 3-C do Código de Processo Penal prevê medida relevantíssima, qual seja, a separação dos autos do inquérito em relação aos autos da eventual ação penal.<sup>251</sup> O Inquérito Policial ficará acautelado na secretaria do juízo de garantias, à disposição do Ministério Público e da defesa, mas não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Tal previsão foi amplamente festejada pela doutrina. O valor probatório do inquérito policial era alvo de discussões, notadamente em virtude da dificuldade em estabelecer a ampla defesa e o contraditório nessa fase, o que tornavam os elementos menos legítimos para embasar um título penal condenatório.

---

*esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti': chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi*" [tradução livre: a solidão em que os inquisidores trabalham, nunca expostos ao contraditório, fora das construções dialéticas, pode dar-se que o trabalho policesco se desenvolva num **quadro mental paranoico**. Chamamo-lhe o primado da hipótese sobre os fatos: quem pergunta segue uma [hipótese], às vezes de olhos fechados; nada a garante mais fundado respeito do que à alternativa possível, nem aquele ofício estimula a cautela autocrítica; como todas as cartas estão na sua mão e é ele que a escolheu, apontada para a sua hipótese].<sup>251</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Art. 3º-C [...] § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

Por essa razão, o artigo 155 do Código de Processo Penal estabelece que o magistrado deverá formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. No entanto, consoante aponta o professor Aury Lopes Jr., o termo *exclusivamente* abria a brecha para a utilização ampla do inquérito policial<sup>252</sup>, por parte do magistrado, para formar sua convicção, sendo pontuado na sentença alguns elementos colhidos durante a instrução processual para conferir o verniz de legalidade à decisão.<sup>253</sup> Exsurge daí a relevância da separação dos autos do inquérito, que, além de evitar a contaminação do juiz, eleva o processo penal à condição de campo adequado para que seja provada a prática do crime e sua autoria, a partir do filtro da ampla defesa, da paridade de armas e do contraditório. Ainda, reforça-se a necessidade de oferecimento de uma denúncia robusta.

O espírito do Código de Processo Penal, como visto, caracterizava-se por uma fase inquisitiva inicial livre de *formalismos*, buscando a verdade mais clara possível. Por essa razão, o magistrado não deveria desprezar os elementos colhidos pelo inquérito quando estivesse preparando a sentença. Reconhecia-se ao inquérito policial um importante valor probatório de auxílio ao juiz.<sup>254</sup> A incoerência, porém, era dizer – como ainda se diz – que o inquérito não é parte constitutiva do processo penal.<sup>255</sup> Assim, quaisquer nulidades verificadas, por mais essenciais e graves que fossem, não prejudicariam a ação penal vindoura.

---

<sup>252</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. *RE 425734 AgR*. Relator(a): ELLEN GRACIE, julgado em 04 de outubro de 2005. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA AO ART. 5º, INCISOS LIV E LV. INVIABILIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF Nº 279. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INQUÉRITO. CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO DOS TESTEMUNHOS PRESTADOS NA FASE INQUISITORIAL. 1. A suposta ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa passa, necessariamente, pelo prévio reexame de fatos e provas, tarefa que encontra óbice na Súmula STF nº 279. 2. Inviável o processamento do extraordinário para debater matéria infraconstitucional, sob o argumento de violação ao disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição. 3. Ao contrário do que alegado pelos ora agravantes, o conjunto probatório que ensejou a condenação dos recorrentes não vem embasado apenas nas declarações prestadas em sede policial, tendo suporte, também, em outras provas colhidas na fase judicial. Confirmação em juízo dos testemunhos prestados na fase inquisitorial. 4. Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo. 5. Agravo regimental improvido. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur10261/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>253</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal, p. 274.

<sup>254</sup> ESPINOLA FILHO, op. cit., p. 253.

<sup>255</sup> ESPINOLA FILHO, op. cit., p. 260.

Atualmente, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as nulidades surgidas no curso da investigação preliminar não atingem a ação penal dela decorrente.<sup>256</sup> Portanto, o inquérito policial é terreno fértil para a ocorrência de ilegalidades, vez que os próprios Tribunais desincentivam as autoridades policiais a agirem estritamente conforme a lei, afinal, eventuais nulidades poderão ser sanadas.

A título de exemplo, acerca do reconhecimento pessoal do acusado em sede inquisitorial, o Código de Processo Penal estabelece que o ato deve se proceder de forma certa: a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida. Então, a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la.<sup>257</sup>

Por outro lado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assevera que as irregularidades relativas ao reconhecimento pessoal do acusado não ensejam nulidade, uma vez que as formalidades previstas no art. 226 do CPP são meras recomendações legais.<sup>258</sup> Ora, esvazia-se por completo qualquer anseio de legitimidade. A autoridade policial pode escolher qualquer pessoa a partir da descrição da vítima sem outras pessoas similares.

---

<sup>256</sup> Cita-se, como exemplo, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: RHC 071442/MT, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Julgado em 18/08/2016, DJE 29/08/2016; HC 353232/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 28/06/2016, DJE 01/08/2016; AgRg no HC 256894/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em 14/06/2016, DJE 30/06/2016; RHC 057487/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Julgado em 07/06/2016, DJE 17/06/2016; AgRg no AREsp 843321/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 24/05/2016, DJE 13/06/2016; RHC 039140/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 17/05/2016, DJE 08/06/2016.

<sup>257</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>258</sup> Cita-se, como exemplo, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no AgRg no AREsp 728455/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em 28/06/2016, DJE 03/08/2016; HC 346058/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 21/06/2016, DJE 30/06/2016; AgRg no REsp 1434538/AC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 02/06/2016, DJE 15/06/2016; AgRg no AREsp 837171/MA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgado em 12/04/2016, DJE 20/04/2016; AgRg no AREsp 642866/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 15/12/2015, DJE 01/02/2016; HC 198846/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Julgado em 27/10/2015, DJE 16/11/2015.

Reduzindo as formalidades à condição de mera recomendação legal, viabiliza-se a permanente violação às formalidades e a possibilidade de perpetuação de graves equívocos.

Se aos olhos das nulidades o inquérito policial consiste(ia) em procedimento administrativo meramente acessório, não tendo o condão de macular a ação penal, aos olhos da sentença, porém, o juiz pode(ria) utilizá-lo para fortalecer sua convicção sobre a existência do delito apurado – para tanto, basta o cotejo com alguns depoimentos colhidos durante a fase de instrução. Logo, a incongruência é evidente. Em ambos os momentos, a interpretação sobre a força probante do inquérito se dá em prejuízo à pessoa acusada.

Portanto, diante da jurisprudência que considera o inquérito policial um procedimento inquisitivo mitigado, a atuar em busca da verdade, cujas nulidades não viciam eventual ação penal, nada mais coerente que a previsão do parágrafo 3º do art. 3-C do Código de Processo Penal acerca da separação dos autos do inquérito em relação aos autos do processo-crime, mantendo-se apenas as provas irrepetíveis. Assim, o artigo 155 do Código de Processo Penal, que estabelece que o magistrado deverá formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, deverá ser relido. A partir de agora, o termo *exclusivamente* se referirá apenas às provas irrepetíveis ou antecipadas, colhidas durante o inquérito policial e apensadas aos autos da ação penal. É dizer, além destas provas, que sozinhas não sustentam uma condenação, deve-se botar em destaque e relevo a prova produzida durante o processo-crime, colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Seguindo adiante, outro tema de relevo reside no art. 20 do Código de Processo Penal, que prevê a autoridade policial assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.<sup>259</sup> Há mais um ponto de tensão aqui.

O princípio constitucional da publicidade e o direito fundamental à informação incidem nas investigações. Como dito em tópico pretérito, é constante a tensão entre o direito à informação e publicidade dos atos praticados pelo poder público e o interesse da sociedade em reprimir condutas criminosas, o que é possível através de uma investigação. Assim,

---

<sup>259</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.



deve haver a conciliação de ambos interesses – legítimos – para que nenhum subjugue, arbitrariamente, o outro.

Neste contexto, considerando que é preciso de algum sigilo às investigações, sobretudo para que atinjam a finalidade desejada, e que não se pode restringir, em absoluto, o direito à informação do qual, precipuamente, o investigado goza, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado sumular vinculante nº 14, o qual assenta ser direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.<sup>260</sup> Ficam de fora do alcance do direito à informação as diligências em andamento, para que não sejam frustradas.

Sobre o tema, no já citado HC n. 89.837<sup>261</sup>, o eminente Ministro Celso de Mello fixou as balizas e os limites da atuação do Ministério Público em investigações autônomas,

---

<sup>260</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230#:~:text=%C3%89%20direito%20do%20defensor%2C%20no,exerc%C3%ADcio%20do%20direito%20de%20defesa>. Acesso em: 05 out. 2020.

<sup>261</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. HC 89837. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 20 de outubro de 2009. [...] A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. - Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente "persecutio criminis in iudicio", desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA. - A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República - que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público - tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais. - Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público. - Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina. É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA. - O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de "dominus litis" e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a "opinio delicti", em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: O PONIBILIDADE, A ESTES, DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, QUANDO EXERCIDO, PELO "PARQUET", O PODER DE

aplicáveis, por conseguinte, à autoridade policial. Definiu-se, ali, que o Ministério Público não pode recusar ao investigado o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório contra ele instaurado. No ordenamento jurídico brasileiro, assegura-se ao investigado/acusado “*o direito de conhecer os elementos de informação já existentes nos autos e cujo teor possa ser, eventualmente, de seu interesse, quer para efeito de exercício da autodefesa, quer para desempenho da defesa técnica*”.

Assim, o acesso a toda informação já produzida e formalmente incorporada aos autos da persecução penal é imprescindível porque o conhecimento do acervo probatório dita a qualidade da própria defesa do investigado. E, como já mencionado, dispõe o art. 5º, XXXIII, da Constituição da República, que “*todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular*”, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade.<sup>262</sup> É fundamental que o acusado tenha a ciência exata da delimitação do objeto do apuratório, assim como a noção certa da situação do procedimento investigatório, porquanto poderá ser interrogado ainda durante a fase investigativa, sendo tal momento materializador do que a doutrina atual já reconhece como direito a ser ouvido durante a investigação preliminar.<sup>263</sup>

Nesse sentido, o professor Renato Brasileiro leciona ser “*direito básico do indivíduo ser cientificado quanto à existência e quanto ao conteúdo de uma imputação contra a sua*

---

INVESTIGAÇÃO PENAL. - O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-organica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova "ex propria auctoritate", não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio ("nemo tenetur se detegere"), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.). - O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. - O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169772/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>262</sup> LIMA, op. cit., p. 113.

<sup>263</sup> Nesse sentido: “*Por outro lado, entendemos que o investigado tem direito a ser ouvido nos autos do inquérito policial ou da investigação preliminar, antes do seu respectivo encerramento pelo delegado de polícia. Caso seja possível oportunizar sua oitiva, pensamos que se trata de diligência indispensável, sob pena de se surpreender o imputado com a instauração de processo penal com acusações açodadas e sem o atendimento das funções preventivas e preparatórias que lhe são preconizadas*” (grifo nosso). TÁVORA, op. cit., p. 171.

*pessoa, oriunda de uma simples notícia-crime ou de uma investigação preliminar em andamento*”.<sup>264</sup> O direito à informação, ainda que posterior, é o que legitima a investigação, vez que viabiliza a própria dignidade de um cidadão de não saber se está sendo investigado pelo Estado, além de, no decorrer da própria apuração possibilitar que atue a defesa e até que o próprio investigado colabore com as investigações caso confesse a prática da conduta ou tenha informações sobre o verdadeiro autor da infração.

Por último, quanto à fase investigativa, tem-se a alteração da sistemática de arquivamento de inquéritos, a partir da Lei nº 13.946/2019. A modificação é salutar e atende ao sistema acusatório, porquanto retira do juiz a possibilidade de irrisignar-se contra o arquivamento da investigação promovido pelo Ministério Público, o dono da ação penal. A redação anterior do artigo 28 do Código de Processo Penal permitia ao juiz discordar do arquivamento do inquérito policial pedido pelo Ministério Público e, então, remeter a questão para órgão superior da instituição acusatória.<sup>265</sup> Caso se reformasse o pedido de arquivamento feito pelo membro oficiante do Ministério Público em primeira instância, seria oferecida outra denúncia. O problema reside no fato de que se admitia ao juiz adentrar na seara decisória própria do dono da ação penal, manifestando-se no sentido de continuidade da ação penal. Além de tal proceder consistir em confusão entre as funções de acusar e julgar, a atitude poderia revelar indício de quebra da imparcialidade do julgador.

Ora, a denúncia é o momento em que o Ministério Público decide se está convicto da existência de crime e sobre quem o teria praticado e, como se sabe, tal decisão é privativa ao órgão ministerial. Ainda que a decisão final coubesse ao superior hierárquico interno daquela instituição, subsistia a confusão de funções a partir da rejeição de arquivamento do juiz, além da indicação deste magistrado ter formado convicções antes mesmo da instrução processual.

---

<sup>264</sup> LIMA, op. cit., pp. 118-119.

<sup>265</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Redação antiga – Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Redação atual – Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

Reconhece-se, a partir da lição de Francisco Barros e Vladimir Aras, que a redação original do dispositivo ora examinado representava à sua época um inegável avanço no sentido de demarcar a separação entre a função do órgão acusador e do órgão julgador, vez que a palavra final para o oferecimento de denúncia, bem ou mal, era do Ministério Público. É dizer, não se pode julgar o passado sem entender o contexto da época, devendo-se elogiar, no que possível, medidas acertadas tomadas por homens daquele tempo. No entanto, filia-se este autor ao que os professores citados anotam, à luz da Constituição da República de 1988: “antes de ser deflagrada a ação penal, a inércia do juiz em relação à persecução penal deve ser absoluta, não sendo possível a adoção de medidas que promovam ou incentivem a decisão de acusar, sob pena de quebra do princípio da imparcialidade objetiva”.<sup>266</sup>

Embora o dispositivo tenha sido suspenso pelo eminente Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, no dia 22 de janeiro de 2020, ao conceder medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, entende-se como provável a manutenção da nova sistemática no ordenamento jurídico atual.

Atualmente, cabe à suposta vítima do crime se manifestar contra o arquivamento do inquérito. É certo, porém, que se verifica uma ligeira confusão no art. 28, *caput* e § 1º, pois se a cabeça do artigo aparenta indicar que no caso de arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público encaminhará, automaticamente, os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, o § 1º aduz que se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial.

Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Ana Maria Lumi Kamimura Murata, assim como para este autor, a mudança “respeita o lugar constitucionalmente demarcado do órgão jurisdicional e do órgão ministerial”.<sup>267</sup>

<sup>266</sup> BARROS, Francisco Dirceu; ARAS, Vladimir. *O sistema acusatório e o arquivamento do inquérito policial*. In: Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão; coordenação e organização: Andréa Walmsley, Lígia Cireno, Márcia Noll Barboza; [colaboradores: Paulo Queiroz ... et al.]. – Brasília: MPF, 2020. pp. 116-162. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em: 13 set. 2020.

<sup>267</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. *As regras sobre a decisão do arquivamento do inquérito policial: o que muda com a lei 13.964/19?* In: BOLETIM IBCCRIM - ANO 28 - N.º 330 - MAIO DE 2020 - ISSN 1676-3661. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/40/boletim-330-especial-lei-anticrime>. Acesso em: 13 set. 2020.

### 2.2.3 Medidas assecuratórias.

As medidas assecuratórias são medidas cautelares reais, isto é, recaem sobre o patrimônio da pessoa acusada ou de terceiro que tenha a posse da coisa. A finalidade da decretação de tais medidas é satisfazer a futura e incerta condenação criminal pecuniária, ou seja, a eventual pena de multa, as custas processuais e o possível ressarcimento dos danos causados pelo delito<sup>268</sup>, além de evitar que a pessoa condenada lucre com os proventos da infração penal.<sup>269</sup>

Entre as medidas cautelares reais, a medida do sequestro contém disposição que viola o sistema acusatório, pois permite ao juiz a atuação de ofício para indisponibilizar o patrimônio da pessoa acusada. O artigo 127 do Código de Processo Penal admite que o juiz, de ofício, ordene o sequestro, em qualquer fase do processo-crime ou durante a investigação criminal.<sup>270</sup>

O sequestro consiste em umas das espécies de medida assecuratória. Seu objetivo é tutelar cautelarmente os interesses público e da vítima de garantir, em eventual procedência da acusação, a perda dos bens e dos produtos do crime ou aqueles adquiridos pelo condenado como provento do crime. Distingue-se das demais medidas pelo fato de que pode ser determinado durante as investigações ou quando do processo-crime, assim como poderá recair sobre bens móveis ou imóveis. A principal distinção, porém, é que o sequestro deve incidir sobre o produto do crime ou sobre os bens adquiridos como provento do delito.<sup>271</sup> Deve haver a relação com a suposta prática da infração penal.

Na lição do professor Aury Lopes Jr., os aspectos fundamentais do sequestro são a probabilidade de existência do crime e os indícios de autoria. Ainda, por se tratar de medida cautelar, é necessário que seja explicitado o *periculum in mora* – deve haver algum risco

---

<sup>268</sup> TÁVORA, op. cit., p. 551.

<sup>269</sup> NUCCI, op. cit., p. 645.

<sup>270</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>271</sup> TÁVORA, op. cit., p. 552.

concreto de dilapidação patrimonial. Por fim, é imprescindível o nexos causal, “ou seja, que os bens que se pretende sequestrar foram adquiridos com os proventos do crime. Do contrário, a medida é descabida”.<sup>272</sup>

Diante deste cenário, percebe-se que a iniciativa de ofício do juiz em sede cautelar, mesmo que patrimonial, deveria ter sido vedada pelo denominado Pacote Anticrime, porque legítima e autoriza o magistrado a buscar elementos (atuação proativa) na investigação ou no processo que permitam a constrição patrimonial. Impõe-se ao magistrado a incumbência de tutelar ativamente o interesse do Estado e da vítima, quando, na verdade, já há a autoridade policial e o Ministério Público para tanto.

A decretação de uma medida cautelar de ofício equivale a assumir que o magistrado saiu de sua tradicional inércia (que não o diminui em nada – pelo contrário, torna-o *além* das partes) para antecipar juízo sobre a materialidade do crime e os indícios de autoria – requisitos básicos de um sequestro –, montando, a partir de sua consciência, o rascunho de uma futura condenação. Logo, se decretar medidas cautelares de ofício significa formular tais hipóteses *sponte própria*, verifica-se uma clara confusão entre as funções de julgar e investigar / acusar, tal como pretendeu delimitar a Constituição da República.

O exercício de verificação da hipótese de materialidade e indícios de autoria é de exclusividade do Ministério Público, afinal, trata-se da instituição que deve promover, privativamente, a ação penal pública – portanto, monopoliza a *opinio delicti* e detém a prerrogativa de limitar a atuação do juiz a partir dos fatos que submeterá ao exame do julgador por meio da denúncia. Supondo que um juiz, durante um inquérito policial, utilize-se de fatos que o Ministério Público não entende como crime, a violação ao sistema acusatório é clara. Ainda, verifica-se a evidente violação ao princípio constitucional da paridade de armas, vez que o juiz estaria indicando ao Ministério Público a sua opinião sobre fatos que poderá vir a julgar.

O juiz controla a legalidade da pretensão do Ministério Público – a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis – ou da Autoridade Policial – a quem incumbe preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio – em tolher o patrimônio de uma pessoa acusada antes do escrutínio do devido processo legal e, portanto, sem culpa formada.

---

<sup>272</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 1.100.

Ainda, a decretação da constrição patrimonial de ofício também equivale a assumir que o magistrado realizou juízos negativos de que há concreto risco de dilapidação patrimonial por parte da pessoa investigada / acusada. E mais. O juiz estará afirmando que há indícios veementes de que o patrimônio dessa pessoa foi adquirido como proveito da prática criminosa.

Portanto, a iniciativa de ofício do juiz em sede cautelar, ainda que patrimonial, deveria ter sido vedada pelo denominado Pacote Anticrime. Trata-se de ponto de tensão da legislação processual penal em relação à Constituição da República de 1988, que não impõe ao magistrado a incumbência de tutelar ativamente o interesse do Estado e da vítima, sendo tais atividades inerentes às funções da autoridade policial e do Ministério Público. A atuação de ofício do magistrado nesta ocasião acaba por macular sua imparcialidade e quebrar a paridade de armas no jogo processual, porque legitima e autoriza o juiz a buscar elementos por iniciativa própria na investigação ou no processo que permitam a constrição patrimonial.

#### **2.2.4 Provas.**

Conforme a lição do grande professor José Frederico Marques, “*a prova é a essência do processo penal, porque é nela que se verificará a procedência da pretensão punitiva*”.<sup>273</sup> Por essa razão, o momento da instrução processual é relevantíssimo, vez que se tentará chegar mais próximo possível da realidade histórica dos acontecimentos que motivaram a persecução penal.<sup>274</sup>

Em um processo penal acobertado pelo sistema acusatório, porém, a orientação é a de que o desenvolvimento da persecução penal envolve órgãos distintos com funções distintas. Trata-se do citado *actum trium personarum*, em que a lei delimita determinado papel para cada agente envolvido nessa alta e sensível atividade do Estado. Em resumidas contas, ao juiz cabe julgar e manter a ordem no Tribunal, à acusação cabe acusar e provar o que alega e à defesa cabe defender a pessoa acusada e comprovar eventuais argumentos de álibi ou a existência de excludentes de ilicitude ou culpabilidade.

---

<sup>273</sup> MARQUES, op. cit., volume II, p. 257.

<sup>274</sup> MARQUES, op. cit., volume II, pp. 258-259.

Por outro lado, considerando a existência da garantia da presunção de inocência<sup>275</sup>, sabe-se que o ônus probatório maior do processo penal cabe ao acusador.<sup>276</sup> Trata-se do papel precípua do órgão que acusa comprovar a materialidade e autoria do delito apurado.

Nesse sentido, a partir da orientação acusatória do processo penal, o juiz não deve demonstrar interesse na causa a ser decidida, ficando a atividade probatória a cargo de quem demanda o Poder Judiciário e apresenta-o pretensões: o órgão acusador. Assim, vale o milenar brocardo latino *narra mihi factum dabo tibi jus* – narra-me o fato, dar-te-ei o direito. As partes se veem oneradas em provar o que alegam para “*influir na convicção do juiz*” acerca do que de fato aconteceu.<sup>277</sup>

Se é certo que aparenta ser impróprio falar da finalidade preponderante do processo penal como a busca da verdade real, algo, pode-se dizer, inatingível pela via do processo, à vista da falibilidade das memórias humanas ou do tempo transcorrido entre o delito e sua apuração, não se deve desprezar a importância de se buscar alguma verdade, ainda que aproximada, imperfeita, mas segura e legítima.

Atualmente, no campo do direito probatório, a tensão vivida pela legislação processual penal reside na divergência entre o sistema acusatório extraído da Constituição da República e a referida legislação posta em 1941: embora o Lei Fundamental de 1988 tenha optado inequivocamente pelo sistema acusatório, o Código de Processo Penal confere ao magistrado “*poderes e faculdades para determinar a produção dos meios probatórios que entenda úteis à descoberta da verdade*”.<sup>278</sup>

No ponto, observa-se do artigo 156 do Código de Processo Penal a possibilidade de o juiz, de ofício, determinar a produção de provas. Confira-se:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz **de ofício**: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (grifo nosso)

<sup>275</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 5º [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>276</sup> LIMA, op. cit., p. 610.

<sup>277</sup> MARQUES, op. cit., volume II, p. 253.

<sup>278</sup> MARQUES, op. cit., volume II, p. 253.



Para o professor Aury Lopes Júnior, “*o art. 156 funda um sistema inquisitório*”, pois macula a imparcialidade do julgador e representa a quebra da estrutura dialética do processo penal acusatório – disputa de partes e o juiz na condição de terceiro imparcial.<sup>279</sup> O mesmo entendimento é encampado pelo professor Paulo Rangel, quem anota que “*a possibilidade de colheita de prova de ofício pelo juiz contamina a imparcialidade do magistrado*”.<sup>280</sup>

Em sentido similar, o professor Renato Brasileiro, avistando o processo penal acusatório como aquele em que há separação das funções de acusar, defender e julgar, assevera que o órgão julgador não deveria atuar de ofício na fase de investigação, considerando que a concentração de poderes na figura do juiz viola a imparcialidade, aproximando o papel do magistrado atuante em “*regimes absolutistas*”. Assevera o professor que “*a tarefa de recolher elementos para a propositura da ação penal deve recair sobre a Polícia Judiciária e sobre o Ministério Público, preservando-se, assim, a imparcialidade do magistrado*”.<sup>281</sup> No entanto, o professor assenta que a atividade probatória do magistrado, se exercida de modo supletivo no curso do processo, seria válida. Para tanto, deve o magistrado fundamentar a decisão, “*expondo a necessidade e relevância da prova cuja realização foi por ele determinada ex officio*”.<sup>282</sup> Embora a jurisprudência dominante milite no mesmo sentido<sup>283</sup>, o autor deste trabalho discorda do derradeiro entendimento.

É que se se parte do pressuposto de que vige o sistema acusatório, não há como optar pela incidência de tal orientação em uma fase da persecução criminal e abrir mão em outra. Como dito, o interesse em ver procedente a acusação é do órgão acusador. Logo, seria ilógico supor que a imparcialidade do magistrado não seria dirimida (ou mesmo deslegitimada) a partir da determinação de ofício de prova que o Ministério Público não requereu durante a instrução processual. Trata-se de concentração de poder maquiada pela sutil classificação de atividade “*supletiva*” ou “*subsidiária*”.

Como se vê da redação do inciso ora examinado, franqueia-se ao magistrado a determinação, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. A incoerência sistêmica da lei é a seguinte: se há dúvida sobre ponto relevante que o Ministério Público não logrou êxito em esclarecer, e se

<sup>279</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 92.

<sup>280</sup> RANGEL, op. cit., p. 811.

<sup>281</sup> LIMA, op. cit., p. 614.

<sup>282</sup> LIMA, op. cit., p. 615.

<sup>283</sup> Cita-se, como exemplo: AgRg no REsp 1573829/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 13/05/2019.

cabe a tal órgão esclarecer, o magistrado deve absolver a pessoa acusada à luz do brocardo milenar do *in dubio pro reo* e da própria garantia da presunção de inocência, regra de tratamento do jurisdicionado perante o Poder Judiciário.

Deve-se registrar que o eminente professor Eugenio Pacelli também não vê descaracterizado o modelo acusatório diante da possibilidade de o juiz possuir iniciativa probatória. Embora o autor assevere que a legislação processual de 1941 teve inegáveis aspirações autoritárias e que deve haver a reinterpretação do sistema à luz da Carta Constitucional de 1988, leciona que deve ser franqueada ao juiz a possibilidade de produzir provas para sanar dúvida razoável sobre dúvida relevante – jamais para subsidiar a atuação da acusação. Assim, aceitar-se-ia a iniciativa do juiz para integrar provas da defesa, em homenagem aos princípios da presunção de inocência e da paridade de armas.<sup>284</sup>

Ousamos discordar do eminente professor diante das razões já apontadas: se o juiz crer que determinada prova mal indicada ou negligenciada pela defesa poderia auxiliar ao acusado, é porque há uma dúvida razoável acerca da inocência deste, sendo imperiosa a sua absolvição.

Ademais, com a vênia devida, a possibilidade narrada pelo preclaro doutrinador não se sustenta pois, ainda que o magistrado esteja *bem-intencionado*, isto é, visando auxiliar a defesa e conferir ao processo a paridade de armas – o que, diga-se, não é usual –, a prova a ser produzida poderia vir a prejudicar o acusado a quem se desejaria auxiliar. Então, o juiz teria eventualmente de condenar o réu a partir de prova produzida por sua iniciativa – ainda que *bem-intencionada* –, quando o cenário anterior à boa intenção era de absolvição. Aliás, é possível até que a defesa saiba que determinada prova é prejudicial ao acusado e, em nome do princípio da não autoincriminação – *nemo tenetur se detegere* –, opta, conscientemente, por não requerer a produção de tal prova. Assim, o juiz incorreria no mesmo erro. Mas além de tudo, deve-se convencionar: na maior parte das vezes, a iniciativa probatória do juiz demonstrará inclinação pela condenação.

A dúvida favorece ao réu – presunção de inocência. Se o Ministério Público, com todo aparato de que dispõe, não lograr comprovar a prática de crime, a Constituição da República impõe a absolvição. Nesse sentido, optou o Poder Constituinte Originário em somente admitir a privação da liberdade de um indivíduo para fins de apenamento quando

---

<sup>284</sup> PACELLI, op. cit., p. 214. No mesmo sentido, ver: LIMA, op. cit., p. 1.210.

comprovada a prática de crime – por meio de provas lícitas. Portanto, eventual leitura de que o juiz deve, ainda que supletivamente, produzir provas para esclarecer a lide não se sustenta, porque a dúvida já milita em favor do acusado. Se o juiz estiver com dúvidas, a resolução do litígio é absolutória.

No fundo dessa discussão está a busca pela verdade real e sua eventual preponderância sobre o sistema acusatório. Trocando em miúdos, o entendimento clássico da doutrina processual penal é o de que tal busca é dever do magistrado e deve ser aceita, de modo subsidiário, no decorrer do processo-crime. Anote-se que não há nenhuma surpresa aqui. Consoante anteriormente apontado, o Código de Processo Penal de 1941 optou por esse modelo, sendo a leitura do artigo 156 prova de tal afirmação.

Da brilhante obra do renomado jurista Eduardo Espínola Filho, extrai-se que, embora o magistrado não pudesse se mover livremente nas pesquisas<sup>285</sup>, manteve-se a iniciativa probatória do juiz *“orientada para apuração do que, no seu entender, se torna necessário ao esclarecimento completo da verdade, quer dirimindo dúvidas, ainda não solucionadas, quer suprindo a falta dos elementos indispensáveis”*.<sup>286</sup>

Ainda que fosse negada ao juiz a possibilidade de instaurar ação penal de ofício, facultava-se ao órgão julgador *“a maior liberdade de iniciativa, na promoção de todos os meios de prova, aptos a fornecerem um esclarecimento completo e perfeito da verdade”*.<sup>287</sup>

Embora o magistrado ainda hoje seja tido como o orientador do processo, no sentido de a regular marcha processual, o espírito do Código de Processo Penal incorporava a esse papel de coordenação o *“alto intuito de verificação integral da verdade”*.<sup>288</sup>

Em sentido idêntico, o grande mestre Hélio Tornaghi, em obra igualmente lapidar, afirmava:<sup>289</sup>

Se o juiz sabe da existência de provas que não estão no bojo do processo, deve trazê-las para dentro dele, ouvindo testemunhas, juntando documentos, determinando diligências, etc. A prova já não se faz apenas para o juiz (v. verbete *“Iudici fit probatio”*), mas também para as partes e para os outros juízes que tiverem de julgar os recursos. A sentença tem de ser fundamentada. O juiz deve convencer-se e procurar convencer os

<sup>285</sup> ESPINOLA FILHO, op. cit., volume I, p. 191.

<sup>286</sup> ESPINOLA FILHO, op. cit., volume II, 1965, p. 455.

<sup>287</sup> ESPINOLA FILHO, op. cit., volume III, p. 236.

<sup>288</sup> ESPINOLA FILHO, op. cit., volume III, p. 368.

<sup>289</sup> TORNAGHI, op. cit., volume IV, p. 217.

outros. Se não persuade qualquer das partes, esta recorre. E se não convence o Tribunal *ad quem*, este modifica a sentença. (grifo nosso)

Por sua vez, o sublime professor José Frederico Marques, no volume I de sua impecável obra *Elementos de Direito Processual Penal*, embora lecionasse que o juiz consiste em órgão encarregado exclusivamente de aplicar a lei penal, não lhe sendo franqueada a titularidade de interesses de qualquer das partes, sob pena de quebra do equilíbrio processual<sup>290</sup>, no volume II da mesma obra, o mencionado autor entende por compatível a essa posição do juiz os poderes instrutórios conferidos ao Poder Judiciário pela legislação de 1941.<sup>291</sup>

Por óbvio, não se pretende desautorizar o eternamente autorizado professor. Se o posicionamento emanado à época, no sentido de conciliar os poderes instrutórios do juiz e a busca da verdade real com o processo acusatório, ainda fosse assumido, certamente seria um entendimento legítimo e exaustivamente fundamentado como o é em suas deslumbrantes obras. De todo modo, como todos são influenciados pelo tempo em que vivem, acredita-se que o mencionado autor, que tanto prestigiava as garantias fundamentais e o sistema acusatório, advogaria pela limitação ainda maior dos poderes instrutórios do juiz do que à época já advogava.

Diz-se isso amparando-se, precisamente, em suas próprias lições de que o juiz não poderia se entregar à instrução processual “*com o ardor de um detetive diligente*”. Quebrar-se-ia, assim, a estrutura acusatória do processo penal, bem como seus princípios decorrentes de garantia de defesa e contraditório. Cita-se passagem magistral:<sup>292</sup>

Na instrução processual que se realiza no *judicium causae*, não pode imperar, para a pesquisa probatória, o *fiat justitia pereat mundus*. O magistrado tem de manter-se sereno, imparcial, comedido, equilibrado e superposto ao litígio, para decidi-lo com a estrita exação de tudo quanto deva imperar na excelsa função de dizer o direito e dar a cada um o que é seu. Pensar que o juiz precise descer à arena das investigações, como se fosse um policial à procura de pistas e vestígios, seria tentar a ressurreição das devassas, do procedimento inquisitivo e criar o risco e o perigo de decisões parciais e apaixonadas, com grande prejuízo, sobretudo, para o direito de defesa.

<sup>290</sup> MARQUES, op. cit., volume I, pp. 359-360.

<sup>291</sup> MARQUES, op. cit., volume II, pp. 26-27.

<sup>292</sup> MARQUES, op. cit., volume II, p. 264.

Embora posteriormente o autor firmasse a adoção no processo penal do princípio da verdade real, pelo que se franqueava ao juiz possível papel ativo<sup>293</sup>, logo em seguida advertia que ninguém poderia olvidar que a referida atuação deveria ser balizada por normas processuais, por meio das quais a resolução das controvérsias deve ser buscada dentro “*da mais estrita imparcialidade*”. Logo, inviável seria usurpar do juiz sua “*posição de árbitro imparcial e sereno*”, sendo inadmissível reviver procedimentos inquisitivos nas relações processuais.<sup>294</sup> A dualidade, porém, ao sentir deste autor, é retomada quando o mencionado professor leciona que, se não investigada devidamente a matéria atinente aos autos, poderia o juiz, em nome da descoberta da verdade, de ofício, suprir falhas ou omissões das partes, sempre com prudência e cautela, para que o magistrado não descesse ao terreno instrutório.<sup>295</sup> Deve-se registrar, porém, que se o ônus maior no processo penal é de quem acusa, deveras a atuação supletiva do juiz, via de regra, seria realizada em favor da acusação. Além do que a mera atuação supletiva, para o advogado da presente tese, já constitui a descida do juiz ao terreno instrutório.

É certo que o juiz não pode nem fica com as mãos atadas. No entanto, sua atividade deve ser a de garante das regras do jogo, coordenando e inspecionando as atividades das partes, reprimindo excessos. Remanesce, em absoluto, os poderes de disciplina e de impulsão processual. O juiz é o Estado e detém por determinação legal expressa o poder de polícia para manter a ordem no curso do litígio. Tais poderes são por demais evidentes e necessários para qualquer nação pretensamente civilizada. É dizer, não se pode confundir autoridade com autoritarismo ou mero arbítrio.

Da mesma forma, quanto ao poder de indeferir a produção de provas, persiste a possibilidade de o juiz indeferir de forma fundamentada, sob pena de perder o controle do processo. Porém, ao requisitar a produção de prova de ofício, realmente parece haver uma incompatibilidade com o sistema acusatório.

---

<sup>293</sup> Inclusive, o eminente professor lecionava que o Estado possuía o interesse de que a aplicação do direito não fosse conturbada pelas partes, “*revestindo o processo com o caráter proeminente de instrumento de investigação da verdade e distribuição da justiça*”. MARQUES, op. cit., volume II, p. 26. Como aqui se reafirma, o interesse do processo atual, informado pela Constituição da República, é outro.

<sup>294</sup> MARQUES, op. cit., volume II, p. 264.

<sup>295</sup> MARQUES, op. cit., volume II, p. 269. Nesse sentido, aliás: *O sistema acusatório não pressupõe magistrado como mero espectador estático no processo penal* (HC 109713, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 05-03-2013 PUBLIC 06-03-2013.

Para o eminente professor Aury Lopes Júnior, o processo penal acusatório impõe o afastamento estrutural das personagens da persecução criminal. Portanto, a atuação do juiz não pode se confundir com a esfera de atuação das partes, “*constituindo uma vedação a que o juiz tenha iniciativa acusatória e também probatória*”. De nada adiantaria, no dizer do professor, que se separe formalmente a função de acusar e julgar se posteriormente se permitir “*que o juiz desça e pratique atos tipicamente de parte*”, determinando a produção de provas de ofício. E assim arremata o eminente doutrinador:<sup>296</sup>

O *ne procedat iudex ex officio* deve ser levado a sério e, obviamente, desmarcar a posição do juiz durante todo o processo e não apenas no início. O ativismo judicial, o condenar sem pedido, o buscar provas de ofício, tudo isso produz um deslocamento estrutural que fulmina a posição do juiz por sacrificar o princípio supremo do processo: a imparcialidade. Não se pode, repetimos, pensar a estrutura sistêmica do processo e a posição do juiz, de forma desconectada da imparcialidade.

Sobre o tema, recentemente, o eminente ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, deferiu medida liminar no *habeas corpus* nº 160.496/RS<sup>297</sup> para suspender processo-crime em que o magistrado de primeira instância teria determinado a tomada de depoimento de testemunha de ofício. Posteriormente, o mesmo magistrado teria embasado a sentença penal condenatória, ao menos em parte, no referido depoimento requerido *ex officio*. Para o eminente ministro, o comportamento do juiz revela postura ativa na produção probatória, substituindo o papel do Ministério Público.

Nota-se, no entanto, que a decisão foi baseada não somente no sistema acusatório eleito pela Constituição da República, mas igualmente no artigo 3º-A do Código de Processo Penal<sup>298</sup>, o qual veda a iniciativa probatória do magistrado. Curiosamente, o mencionado dispositivo teve a eficácia suspensa por decisão do eminente ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, quem concedeu medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6305 em 22 de janeiro de 2020.

A despeito da contradição interna do Tribunal, registra-se que o entendimento do eminente ministro Marco Aurélio de Mello, para este autor, conforma-se com perfeição à

<sup>296</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, p. 105.

<sup>297</sup> Marco Aurélio suspende sentença de juiz que utilizou provas sem pedidos das partes para condenar réu. *Migalhas*. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/333265/marco-aurelio-suspende-sentenca-de-juiz-que-utilizou-provas-sem-pedidos-das-partes-para-condenar-reu>. Acesso em: 28 set. 2020.

<sup>298</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Art. 3º-A. 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

letra da nova lei e à própria Lei Fundamental de 1988. Assim, embora o referido entendimento possa vir a ser alterado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal ou prejudicado quando do julgamento de mérito das aludidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as razões de decidir encampadas na decisão têm o potencial de revogar tacitamente tanto o artigo 156 do CPP/1941 como outros dispositivos da legislação processual penal que conferem a ampla possibilidade de violação ao *ne procedat iudex ex officio*. É o caso do artigo 234 do Código de Processo Penal<sup>299</sup>, que prevê a possibilidade de o juiz providenciar de ofício a juntada aos autos da ação penal documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa ou ainda, a busca e apreensão, meio de obtenção de prova, que poderá ser determinada de ofício pelo magistrado, nos termos do artigo 242 do Código de Processo Penal.<sup>300</sup>

Ainda sobre a decisão do eminente ministro Marco Aurélio de Mello, deve-se registrar que o Superior Tribunal de Justiça aceita de forma ampla a determinação de oitiva de testemunha de ofício pelo órgão julgador. Entende-se que o magistrado pode determinar a produção de tal prova de ofício, “*desde que considere suas declarações imprescindíveis à busca da verdade real*”<sup>301</sup>, o que não ofende o devido processo legal<sup>302</sup> nem o sistema

<sup>299</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal: Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>300</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal: Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>301</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus. HC 367.789/SP. Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 25 de abril de 2017. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA E ROUBO MAJORADO. OITIVA DE TESTEMUNHA. REQUERIMENTO A DESTEMPO. PRECLUSÃO. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. A defesa, por ocasião do oferecimento da resposta à acusação, deve arrolar as testemunhas que pretenda sejam ouvidas (art. 396-A do CPP), sob pena de preclusão. 3. Verificada a preclusão no arrolamento de testemunhas, **possível ao Magistrado, nos termos do artigo 209 do CPP, proceder à oitiva daquelas como testemunhas do juízo, desde que considere suas declarações imprescindíveis à busca da verdade real, não constituindo, entretanto, direito subjetivo da parte.** No caso, o Magistrado considerou que a referida prova mostrava-se desnecessária, o que afasta o apontado constrangimento ilegal. 4. Habeas corpus não conhecido (grifo nosso). Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201602185355&dt\\_publicacao=03/05/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602185355&dt_publicacao=03/05/2017). Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>302</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RHC 24.203/RS. Rel. Ministra LAURITA VAZ, julgado em 02 de dezembro de 2010. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. OITIVA DE TESTEMUNHAS DE OFÍCIO. FACULDADE DO MAGISTRADO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA VERDADE REAL. INEXISTÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. **Nos termos do art. 209 do Código de Processo Penal, quando julgar necessário, o Juiz poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas**

acusatório, vez que a regra do *ne procedat iudex ex officio* “*não transforma o juiz num órgão absolutamente inerte*”.<sup>303</sup>

De outra banda, a inquirição de testemunhas no processo penal também é alvo de constantes embates acerca da correspondente conformidade da lei com o sistema acusatório. É que a antiga redação do artigo 212 do Código de Processo Penal impunha que as perguntas das partes fossem requeridas ao juiz, que, então, as formularia à testemunha.<sup>304</sup> Tratava-se do sistema presidencial.

A nova redação do artigo 212 dada pela Lei nº 11.690, de 2008<sup>305</sup>, preconiza que as partes devem formular as perguntas às testemunhas diretamente e antes do magistrado. Então, “*após o exame direto e cruzado, o juiz poderá formular perguntas às testemunhas sobre os pontos não esclarecidos, complementando a inquirição*”.<sup>306</sup>

---

**pelas partes, sem qualquer ofensa aos princípios do devido processo legal e da verdade real.** Precedentes. 2. Recurso desprovido. (grifo nosso). Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200801642149&dt\\_publicacao=04/04/2011](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801642149&dt_publicacao=04/04/2011). Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>303</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus. *RHC 102.457/SP*. Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 09 de outubro de 2017. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA E QUADRILHA. OITIVA DE TESTEMUNHA INDICADA DE OFÍCIO PELO JUÍZO. CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. 1. O nosso sistema processual é informado pelo princípio da cooperação, sendo pois, o processo, um produto da atividade cooperativa triangular entre o juiz e as partes, onde todos devem buscar a justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto, não podendo o Magistrado se limitar a ser mero fiscal de regras, devendo, ao contrário, quando constatar deficiências postulatórias das partes, indicá-las, precisamente, a fim de evitar delongas desnecessárias e a extinção do processo sem julgamento do mérito. 2. A regra *ne procedat iudex ex officio* não transforma o juiz num órgão absolutamente inerte, pois a autoridade judiciária, pode e deve, promover o bom e rápido andamento do feito. Presidindo a instância penal, cabem ao juiz (art. 251, Código de Processo Penal) a direção e regularidade do processo. 3. A teor do art. 209 do CPP, o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes, não havendo, assim, que falar em nulidade na oitiva de testemunhas indicadas pelo próprio Magistrado. Precedentes. 4. **No caso, não fere o sistema acusatório a determinação, de ofício, pelo Juízo processante da oitiva de testemunha sigilosa cujo depoimento foi colhido no inquérito policial.** 5. Recurso ordinário em habeas corpus improvido. (grifo nosso). Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802239407&dt\\_publicacao=19/10/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802239407&dt_publicacao=19/10/2018). Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>304</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida. (Redação anterior à Lei nº 11.690, de 2008) Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>305</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008); Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>306</sup> LIMA, op. cit., pp. 708-709.



Para o eminente professor Renato Brasileiro, a mudança da legislação fora essencial ao sistema acusatório porque “*melhor delinea as atividades de acusar, defender e julgar*”, diante da garantia de “*mais neutralidade ao magistrado e conferir maiores responsabilidades aos sujeitos parciais do processo penal, que são, na realidade, os grandes protagonistas na produção da prova*”.<sup>307</sup> Mantém-se, porém, a iniciativa probatória subsidiária do magistrado sobre os pontos não esclarecidos.

Deve-se registrar a advertência do professor Renato Brasileiro sobre certa relutância forense em aderir ao modelo adversarial ou do *cross-examination* da nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal, teimando alguns juízes “*em continuar perguntando primeiro e a receber e retransmitir as perguntas das partes às testemunhas, contando, vez por outra, com o aval subserviente das próprias partes*”.<sup>308</sup> O fenômeno é classificado pelo professor Aury Lopes Júnior como a “*resistência da cultura inquisitória*”.<sup>309</sup>

O enfraquecimento do espírito da lei se deve, em parte, à própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. A primeira Corte citada entende que a inobservância do artigo 212 do Código de Processo Penal pode gerar, “*quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita*”.<sup>310</sup>

Perante a segunda Corte mencionada, o tema foi objeto da Edição n. 69 da “*Jurisprudência em Teses*” daquele Tribunal: “*12) A inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada às partes a formulação das perguntas, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa*”.<sup>311</sup>

---

<sup>307</sup> LIMA, op. cit., p. 709.

<sup>308</sup> LIMA, op. cit., pp. 708-709.

<sup>309</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 745.

<sup>310</sup> Cita-se, como exemplo, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: RHC 122.467/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 4/8/2014. No mesmo sentido: HC 172.697 AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 28/10/2019; HC 114.789/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 30/09/2014; HC 114.512/RS, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 08/11/2013; RHC 117.665/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 03/10/2013; HC 114.787/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 14/08/2013 e RHC 111.414/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 27/08/2012.

<sup>311</sup> Cita-se, como exemplo, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 159885/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgado em 21/06/2016, DJE 01/07/2016; HC 295979/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Julgado em 14/06/2016, DJE 22/06/2016; AgRg no AREsp 885644/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 02/06/2016, DJE 14/06/2016; AgRg no REsp 1545129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 24/05/2016, DJE 01/06/2016; HC 341534/SC, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO

Por fim, considerando que o interrogatório da pessoa acusada representa, para Ferrajoli, o momento de maior distinção entre o método inquisitório e acusatório<sup>312</sup>, deve-se anotar que neste momento da instrução processual também se abre ao órgão julgador a possibilidade de mover-se, de ofício, em direção à obtenção da verdade.

Neste contexto, sabe-se que o interrogatório é composto de duas fases, sendo a primeira consistente na qualificação da pessoa do acusado. Tal qualificação é relevante à administração da justiça e sua feitura pelo órgão julgador não representa nenhum risco ao sistema acusatório. No entanto, no segundo momento do interrogatório, no qual a pessoa acusada efetivamente responderá, ou não, às perguntas relativas à acusação, tem-se o problema: (i) o magistrado poderá formular perguntas em caráter supletivo se entender pertinente e relevante para a busca da verdade.<sup>313</sup>

Nesse sentido, não é incomum a utilização do interrogatório como meio de extração da verdade da pessoa acusada. Como leciona o citado professor Ferrajoli, sendo o modelo garantista do processo acusatório informado pela presunção de inocência, o interrogatório configura-se como o principal meio de defesa.<sup>314</sup>

### 2.2.5 Medidas cautelares

Na lição do professor Renato Brasileiro, o processo penal precisa dispor de instrumentos e mecanismos que sejam capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo.<sup>315</sup> Assim, as medidas cautelares pessoais podem ser decretadas no curso de uma investigação ou do processo para privar a pessoa acusada de direitos ou da própria liberdade, em nome da eficácia da persecução penal, impondo-se algum grau de sacrifício da liberdade do sujeito passivo da cautela mesmo sem a certeza de um título penal condenatório

---

DO TJ/SP), Julgado em 05/04/2016, DJE 19/04/2016; HC 339946/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 07/04/2016, DJE 13/04/2016.

<sup>312</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* – trad. Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 485.

<sup>313</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>314</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 486.

<sup>315</sup> LIMA, op. cit., p. 829.

definitivo. São medidas destinadas à tutela do processo e, com alguma controvérsia, a assegurar a ordem pública.

Pode-se elencar, a título de exemplo, as seguintes medidas cautelares pessoais: prisão preventiva, prisão temporária, comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da Comarca, recolhimento domiciliar no período noturno, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais, internação provisória, monitoração eletrônica.

Por serem medidas sensíveis e verdadeiramente invasivas, a legitimidade de cada decisão que imponha medida cautelar passa pelo filtro do sistema acusatório constitucional.

Para além dos requisitos objetivos<sup>316</sup>, a título ilustrativo, os clássicos requisitos para a decretação de uma prisão preventiva são o *fumus commissi delicti* (forte probabilidade de existência do crime e indícios suficientes de autoria) e o *periculum libertatis* (perigo que a liberdade parcial ou plena do acusado representa).

O requisito do *periculum libertatis* será verificado quando a liberdade da pessoa acusada representar perigo à (i) ordem pública, à (ii) conveniência da instrução criminal, à (iii) garantia de aplicação da lei penal ou à (iv) garantia da ordem econômica, bastando a presença de apenas um desses perigos.

O requisito da garantia da ordem pública gera infundáveis discussões, por se tratar de conceito jurídico indeterminado e passível de utilização genérica em muitas situações da vida. Usualmente, entende-se o requisito como necessidade de impedir a reiteração delitiva. Paralelamente, o requisito da garantia da ordem econômica possui entendimento similar, mas voltado ao âmbito dos delitos econômicos.<sup>317</sup>

No tocante ao requisito da conveniência da instrução criminal, tem-se que o fundamento é aplicável quando se verifique perigo à produção probatória, isto é, o acusado, em liberdade, demonstra agir para destruir provas ou ameaçar testemunhas, por exemplo. Por

---

<sup>316</sup> A prisão preventiva só tem cabimento na persecução penal para apuração de crime doloso, cuja pena, via de regra, seja superior a quatro anos (art. 313, I, CPP, com redação determinada pela Lei n° 12.403/2011).

<sup>317</sup> A hipótese acrescentada ao Código de Processo Penal pela Lei n. 8.884/1994 (Lei Antitruste), com o fito de coibir os abusos à ordem econômica, ou seja, evitar que o indivíduo, em liberdade, continue a praticar infrações que transgridam a ordem econômica.

outro lado, a necessidade de garantir a aplicação da lei penal tutela de perto o resultado útil do processo, pois se aplica às hipóteses em que há risco de fuga da pessoa acusada, pelo que não seria lógico mover um processo penal cujo autor do crime fuja e não cumpra a reprimenda, em caso de condenação.

Nesse breve sobrevoo, percebe-se que a aplicação de quaisquer das medidas cautelares, sobretudo a prisão preventiva, envolve severos juízos negativos de valor sobre a pessoa acusada. Como dito, para a aplicação, o juiz deverá verificar, no mínimo, o *fumus commissi delicti*, ou seja, a forte probabilidade de existência do crime e indícios suficientes de autoria. Isso, por si só, se aproxima à materialidade e autoria necessárias para eventual sentença penal condenatória – neste caso, claro, passado o filtro da instrução probatória.

De todo modo, se o juiz assevera que é possível a prisão preventiva em sede investigativa, tenderá a reafirmar a hipótese ao proferir eventual sentença, dando menos relevância à instrução probatória, consoante a mencionada teoria da dissonância cognitiva. Sobressai daí a relevância do juiz de garantias, pois, em linhas gerais, o Juiz da Instrução estará menos contaminado porque provavelmente não terá tomado decisões sensíveis como a decretação de uma prisão preventiva, ficando, ainda que aparentemente, mais apto a considerar com efetividade a instrução probatória.

De todo modo, retomando a análise específica da incidência do sistema acusatório no âmbito das medidas cautelares, um dogma constitucional ficava (hoje, menos) consideravelmente maculado pelo sistema processual de 1941: a separação de funções no processo penal diante da amplíssima iniciativa de ofício detida pelos magistrados. No entanto, a partir da edição do já comentado Pacote Anticrime, tal violação foi arrefecida, conforme será demonstrado.

A iniciativa de ofício do juiz em sede cautelar deveria ter sido vedada há muito, porque legitimava e autorizava o magistrado a buscar elementos (atuação proativa) na investigação ou no processo que permitissem a decretação de medidas cautelares. Afinal, é defensável a um positivista que se há a previsão legal de atuação de ofício, tal atuação é permitida, ficando a discussão sobre a ordem constitucional em segundo plano e, na vastidão do Brasil, verdadeiramente esquecida nos casos em que não há uma boa defesa para recorrer da decisão e vedar determinados abusos.

Antes da Lei nº 13.964/2019, o § 2º, do art. 282, do Código de Processo Penal, permitia a decretação de medidas cautelares de ofício pelo juiz.<sup>318</sup> Assim como o art. 311 também suprimiu a possibilidade de decretação de prisão preventiva *ex officio*.<sup>319</sup> O novo diploma legal revogou tais possibilidades.

A vedação foi importante porque decretar uma medida cautelar de ofício equivale a assumir que o magistrado saiu de sua tradicional inércia (que não o diminui em nada – pelo contrário, torna-o *além* das partes) para antecipar juízo sobre a materialidade do crime e os indícios de autoria, montando, a partir de sua consciência, o rascunho de uma futura condenação. Logo, se decretar medidas cautelares de ofício significa formular tais hipóteses *sponte própria*, verifica-se uma clara confusão entre as funções de julgar e investigar / acusar, tal como pretendeu delimitar a Constituição da República.

O exercício de verificação da hipótese de materialidade e indícios de autoria é de exclusividade do Ministério Público, afinal, trata-se da instituição que deve promover, privativamente, a ação penal pública – portanto, monopoliza a *opinio delicti* e detém a prerrogativa de limitar a atuação do juiz a partir dos fatos que submeterá ao exame do julgador por meio da denúncia. Supondo que um juiz, durante um inquérito policial, utiliza-se de fatos que o Ministério Público não entende como crime, a violação ao sistema acusatório é clara. Ainda, verifica-se a evidente violação ao princípio constitucional da paridade de armas, vez que o juiz estaria indicando ao Ministério Público a sua opinião sobre fatos que poderá vir a julgar. A desvantagem no jogo processual fica nítida (diz-se isso sem contar com eventual impetração de *habeas corpus* por parte da defesa, sobre o qual o

---

<sup>318</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Redação antiga – Art. 282 [...] § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Redação atual: Art. 282 [...] § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>319</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Redação antiga – Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Redação atual: Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

magistrado terá de prestar informações e, certamente, não ficará contente em saber que sua decisão fora tida, ainda que somente pela defesa, como ato coator, ilegal e teratológico).

O juiz controla a legalidade da pretensão do Ministério Público – a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis – ou da Autoridade Policial – a quem incumbe preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio – em tolher a liberdade de uma pessoa acusada antes do escrutínio do devido processo legal e, portanto, sem culpa formada.

Mas não só. Além desses requisitos basilares de materialidade e indícios de autoria, como visto, a decretação cautelar *ex officio* revela que o magistrado, por exercício interno e autônomo de imaginação, observou haver perigo à ordem pública, que pode ser visualizada pelos fatores de *gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente*.<sup>320</sup> Igualmente, o magistrado, sozinho, pode ter vislumbrado que em liberdade o acusado pode destruir provas ou ameaçar testemunhas, ou que há risco de fuga da pessoa acusada. Porém, o que se verifica é que o exercício de ofício da verificação dessas circunstâncias, afora a usurpação da função do Ministério Público e da Autoridade Policial, revela uma perigosa inclinação do magistrado em desfavor da pessoa acusada. É óbvio que esta pessoa efetivamente, em algumas situações, representará risco se mantida em liberdade. Porém, a vontade do juiz em encerrar esse risco firma um antagonismo evidente entre magistrado e acusado antes de eventual julgamento de mérito da acusação. Nesse sentido, a imparcialidade do juiz fica mais vulnerada aos olhos de qualquer pessoa, inclusive, do próprio jurisdicionado, que poderá desacreditar na possível condenação, dificultando a reinserção social – ou ainda, na pior das hipóteses, representará uma quebra da imparcialidade.

Ademais, o posicionamento majoritário da jurisprudência é o de que a prisão preventiva é idônea para garantir a segurança da coletividade.<sup>321</sup> Seria, então, o magistrado o responsável pela manutenção da segurança pública? Evidente que não, conforme se demonstrará no Capítulo 3 deste estudo. Para garantir a segurança pública já existe o

---

<sup>320</sup> NUCCI, op. cit., pp. 997-1020.

<sup>321</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus. HC 553.628/RJ. Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado em 12 de maio de 2020. [...] 2. A prisão preventiva, como medida cautelar acessória e excepcional, que tem por escopo a garantia do resultado útil da investigação, do posterior processo-crime, da aplicação da lei penal ou, ainda, da segurança da coletividade, exige a efetiva demonstração do periculum libertatis e do fumus comissi delicti, nos termos do art. 312 do CPP [...]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201903818676&dt\\_publicacao=18/05/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903818676&dt_publicacao=18/05/2020). Acesso em: 07 out. 2020.

Ministério Público e as autoridades policiais, cuja missão é constitucionalmente delineada nesse sentido.<sup>322</sup>

Portanto, conclui-se que a medida é positiva e atende ao sistema acusatório, pois fortalece a separação entre as funções de acusar, investigar e julgar e, por conseguinte, resguarda-se a imparcialidade do juiz.

Houve, também, a alteração no art. 282, § 3º, do diploma processual. A partir de agora, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária para se manifestar no prazo de cinco dias, ressalvados os casos de urgência, que poderão dispensar tal intimação, mas deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

A redação antiga do § 3º foi lapidada.<sup>323</sup> Havia a necessidade de intimação da parte contrária, ressalvados os casos de urgência. No entanto, a redação do dispositivo era porosa e não previa que a intimação da parte contrária fosse para se manifestar no prazo de cinco dias. Decerto, pode-se dizer que era algo intuitivo, mas o excesso de clareza jamais é um pecado, sendo certo, atualmente, que a parte deverá se manifestar. Por outro lado, o que releva é o mandamento de justificação dos casos de urgência ou de perigo na decisão, de modo que esta contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. Aqui, sim, o avanço é significativo, vez que o respeito às formas, às limitações de poder e ao apego

---

<sup>322</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus. *RHC 23.945/RJ*. Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), julgado em 05 de fevereiro de 2020. [...] 1. **Hipótese em que o Juiz, antes de haver, sequer, o oferecimento da denúncia, estando ainda no curso da investigação preliminar, se imiscuir nas atividades da polícia judiciária e realizar o interrogatório do réu, utilizando como fundamento o artigo 2º, § 3º, da Lei 7.960/1989.** 2. **A lei da prisão temporária permite ao magistrado, de ofício, em relação ao preso, determinar que ele lhe seja apresentado e submetê-lo a exame de corpo de delito. Em relação à autoridade policial o Juiz pode solicitar informações e esclarecimentos.** 3. A Lei 7.960/1989 não disciplinou procedimento em que o Juiz pode, como inquisidor, interrogar o réu. 4. **O magistrado que pratica atos típicos da polícia judiciária torna-se impedido para proceder ao julgamento e processamento da ação penal, eis que perdeu, com a prática dos atos investigatórios, a imparcialidade necessária ao exercício da atividade jurisdicional.** 5. O sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo e contemplado pela Constituição da República de 1988 diferencia-se do sistema inquisitório porque nesse a gestão da prova pertence ao Juiz e naquele às partes. 6. No Estado Democrático de Direito, as garantias processuais de julgamento por Juízo imparcial, obediência ao contraditório e à ampla defesa são indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais do homem. 7. Recurso provido (grifo nosso). Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200801423264&dt\\_publicacao=16/03/2009](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801423264&dt_publicacao=16/03/2009). Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>323</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Redação antiga – Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

às garantias acima do interesse coletivo abstrato coletivo são notas que atendem ao sistema acusatório. O novo dispositivo alerta aos magistrados: a regra é o contraditório prévio, porém, verificada urgência no pedido, este deverá ser fundamentada a partir de elementos concretos existentes nos autos.

Igualmente, o § 4º do art. 282 teve sua redação alterada. Retirou-se do juiz a possibilidade de decretar de ofício medidas cautelares mais gravosas no caso de descumprimento de medida cautelar diversa. A redação anterior permitia ao juiz que, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, de ofício substituísse a medida, impusesse outra em cumulação, ou, em último caso, decretasse a prisão preventiva.<sup>324</sup>

O que o legislador tirou com uma mão no derradeiro parágrafo deu com outra no § 5º. Consta de tal dispositivo que o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la, bem como voltar a decretá-la, de ofício, se sobrevierem razões que a justifiquem. Aqui, aparentemente, o juiz poderá voltar a decretar de ofício a prisão preventiva se sobrevierem as razões que justificaram a primeira decretação. Portanto, ao menos nesse primeiro momento, parece que o juiz pode decretar a prisão preventiva de ofício especificamente neste caso, em que já houve a decretação, a custódia cautelar foi revogada e, então, sobrevém os mesmos motivos que ensejaram a primeira decretação.<sup>325</sup> A alteração consistiu em mero refinamento do texto. Entende este autor que a manutenção do § 5º constitui grave equívoco do legislador, assim como contradição ao que foi alterado. Há, aqui, uma brecha para que juízes possam decretar medidas cautelares de ofício a partir da superveniência de razões que as justifiquem. Não se especifica se estas razões são as mesmas que ensejaram a primeira decretação – espera-se, ao menos, que esta seja a leitura adotada pelos Tribunais, caso contrário o dispositivo tornará ineficaz todas as alterações já comentadas. De todo modo, ainda que a leitura seja a que ora se recomenda, persiste a iniciativa de ofício do magistrado em matéria de cautelar invasiva, o que destoava do sistema acusatório, vez que cabe a

---

<sup>324</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Redação antiga – No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>325</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Redação atual – o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.



autoridade policial ou ao Ministério Público verificar se sobrevieram razões que justifiquem novo decreto de medida cautelar.

Por outro lado, há a alteração do § 6º do art. 282, de modo a reforçar a regra da prisão preventiva como *ultima ratio* das medidas cautelares, isto é, a subsidiariedade da prisão em relação às demais medidas. Em todas as decisões, o juiz deve motivar concretamente e de modo individual a insuficiência de medidas menos gravosas, caso esteja decretando a prisão preventiva ou até a prisão temporária.<sup>326</sup> Noutro giro, a redação antiga do § 6º já preconizava que a prisão preventiva fosse determinada apenas quando não cabível a sua substituição por outra medida cautelar – o mandamento, porém, vinha desacompanhado de expressa ordem de fundamentação concreta e individualizada.

Na sequência das alterações, a redação do artigo 312 foi modificada para (tentar) aclarar as categorias de prova da existência do crime (*fumus commissi delicti*) e perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (*periculum libertatis*). O perigo da liberdade do acusado inexistia na redação anterior.<sup>327</sup>

Ademais, foi inserido o § 2º ao artigo 312. O dispositivo positivou entendimentos de há muito anunciados pelo Supremo Tribunal Federal<sup>328</sup> no sentido de que a prisão preventiva

---

<sup>326</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Redação atual – a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. Redação antiga: a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>327</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Redação antiga – Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Redação atual: Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>328</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. *HC 156.600*. Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25 de setembro de 2018. [...] I – Em princípio, se o caso não é de flagrante constrangimento ilegal, segundo o enunciado da Súmula 691/STF, não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus contra decisão do relator da causa que, em HC requerido a Tribunal Superior, indefere liminar. Entretanto, em obediência ao princípio da proteção judicial efetiva, o caso evidencia hipótese apta a ensejar o afastamento excepcional do referido enunciado. II – No caso concreto, o fundamento da manutenção da custódia cautelar mostra-se frágil, porquanto, de acordo com o que se colhe dos autos, as 3 ameaças, em tese praticadas pelo paciente, teriam ocorrido entre os anos de 2015 e 2016, cumprindo-se salientar que a segregação em exame foi decretada em abril de 2018, havendo, portanto, um lapso temporal de cerca de 2 anos entre a data da suposta prática criminosa e o encarceramento do paciente, tudo a indicar a ausência de contemporaneidade entre os fatos a ele imputados e a data em que foi decretada a sua prisão preventiva. III – A medida já exauriu todos os seus efeitos no tocante ao requisito da conveniência da

somente pode ser fundamentada em receio de perigo e a partir da existência concreta de fatos novos ou contemporâneos, em contraponto às decisões lastreadas em argumentações genéricas e abstratas ou que meramente reproduzem o texto da lei.<sup>329</sup>

Em seguida, foi inserido o § 2º ao art. 313. O *caput* do artigo dispõe sobre as hipóteses de cabimento de prisão preventiva e o novo dispositivo veio para positivar o entendimento que já se via nos Tribunais Superiores<sup>330</sup> de que a prisão preventiva não pode se caracterizar como antecipação de pena, visto que se trata de medida cautelar.<sup>331</sup>

---

instrução criminal (art. 312 do Código de Processo Penal), tendo em vista que todas as testemunhas de acusação já foram ouvidas, não mais subsistindo risco de interferência na produção probatória, razão pela qual não se justifica, sob esse fundamento, a manutenção da custódia cautelar. IV - Assim, em verdade, o decreto prisional objeto destes autos está ancorado em presunções tiradas da gravidade abstrata dos crimes em tese praticados e não em elementos concretos dos autos. V - A utilização das medidas alternativas descritas no art. 319 do CPP é adequada e suficiente para resguardar a ordem pública e a aplicação da lei penal. VI - Habeas corpus concedido para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares dela diversas (CPP, art. 319). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur411136/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>329</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Redação atual – § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>330</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. *HC 115.613*. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 25 de junho de 2013. [...] A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. [...] O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo ou juridicamente a este equiparado, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur271670/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>331</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Redação atual – § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

Outra feliz alteração ocorreu no artigo 315.<sup>332</sup> O legislador se inspirou no § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil, no intento de refinar o dever de motivação judicial. A partir de agora, a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada, ocasião em que o magistrado deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. O § 2º é verdadeiro alvissareiro, pois anuncia, justamente, o que não pode ser considerado como fundamentação idônea – elenca-se, assim, situações fartamente verificadas na prática forense. Nesse sentido, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial (i) que se limita à indicação ou à reprodução de dispositivo legal, sem explicar concretamente sua relação com a causa ou a questão decidida; (ii) que emprega conceitos jurídicos indeterminados; (iii) que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (iv) que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a mais drástica conclusão adotada; (v) que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso se ajusta àqueles fundamentos; (vi) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento

Por outro lado, a redação antiga previa apenas que a decisão que decretasse, substituísse ou denegasse a prisão preventiva fosse “*sempre motivada*”.

Na sequência das modificações, o artigo 316 foi alterado e teve o texto refinado. Aqui, trata-se da renitente possibilidade de o juiz revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, de ofício, se sobrevierem razões que a justifiquem.<sup>333</sup> O avanço, porém, é a nova previsão

---

<sup>332</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Redação atual: Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. § 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>333</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Redação antiga – Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que

residente no parágrafo único, o qual impõe a revisão periódica da prisão preventiva decretada pelo juiz, exercício necessário para averiguar se subsistem as razões para a manutenção da prisão excepcional. Registre-se que a revisão deve ser realizada a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício.<sup>334</sup>

O denominado Pacote Anticrime foi salutar, consistindo em mais um passo rumo a um sistema acusatório possível. No entanto, a nova lei deixou de modificar alguns dispositivos relevantes. Ainda que se extraia do cotejo constitucional e da própria posituação do sistema acusatório no Código de Processo Penal a impossibilidade de confusão entre as funções de acusar e julgar, com a inerente reprovação de qualquer medida gravosa de ofício eventualmente tomada pelo magistrado, verifica-se que alguns trechos da lei poderia ser lapidados para evitar quaisquer abusos de autoridade ou violações ao espírito da Constituição da República. É dizer, a falta de clareza em alguns pontos permite a ocorrência de decisões arbitrárias, ainda que suscetíveis a controle via recursos ou remédios constitucionais.

É o caso do artigo 310 do Código de Processo Penal. Embora finalmente tenha sido positivada a audiência de custódia, persiste a dúvida sobre a atuação de ofício do magistrado. Registre-se a redação do dispositivo antigo: “*Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente*” relaxar a prisão ilegal, converter o flagrante em preventiva ou conceder a liberdade provisória. As possibilidades de decisão do juiz continuaram as mesmas, sendo o *caput* do artigo 310 alterado<sup>335</sup> de forma a prever que após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído e o membro do Ministério Público.

---

subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>334</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Redação atual – Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>335</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Redação atual – Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça assentava ser possível a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício pelo magistrado presidente da audiência de custódia.<sup>336</sup> Embora o Tribunal Superior reconhecesse que na fase investigativa da persecução penal o decreto de prisão preventiva deveria ser determinado apenas quando houvesse requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, sob pena de violação à imparcialidade do Juiz, da inércia da Jurisdição e do sistema acusatório, afirmava, contraditoriamente, que tal impossibilidade não se confunde com a hipótese retratada nas audiências de custódia, pelo que o art. 310, II, do Código de Processo Penal, permitiria ao magistrado, quando do recebimento do auto de prisão em flagrante e constatando ter sido esta formalizada nos termos legais, convertê-la em preventiva quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal.

Acredita-se que tal possibilidade deverá ser revista pelo Superior Tribunal de Justiça, notadamente após a expressa previsão do sistema acusatório na legislação processual penal. Ademais, se o Ministério Público deve estar presente na audiência de custódia, não seria sadio e conforme a Constituição que a própria Instituição, dona da ação penal, requeresse eventuais medidas constritivas? Evidente que sim.

Em decisão recente, nos autos do HC nº 186.421/SC, o eminente Ministro Celso de Mello afirmou a inviabilidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva de

---

<sup>336</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial. *AgRg no REsp 1375198/PI*. Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 17 de março de 2017. [...] 1. A nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal que teve acrescido ao seu texto a expressão "se no curso da ação penal" pela Lei n.º 12.403/11 impõe uma mudança interpretativa e jurisprudencial quanto aos poderes do Magistrado no que tange à decretação da prisão preventiva na fase investigatória. 2. Ao Juiz só é dado decretar de ofício a prisão preventiva quando no curso da ação penal, isto é, após o oferecimento da denúncia ou queixa-crime, sendo-lhe, vedado, todavia, decreta-la de ofício na fase investigativa. 3. Na fase investigativa da persecução penal o decreto de prisão preventiva não prescinde de requerimento do titular da ação penal - Ministério Público, querelante -, ou do assistente da acusação, ou, ainda, de representação do órgão responsável pela atividade investigatória para que possa ser efetivada pelo Magistrado, sob pena de violação à imparcialidade do Juiz, da inércia da Jurisdição e do sistema acusatório. 4. A impossibilidade de decretação da prisão preventiva pelo Juiz na fase investigativa não se confunde com a hipótese retratada no art. 310, II, do Código de Processo Penal que permite ao Magistrado, quando do recebimento do auto de prisão em flagrante e constatando ter sido esta formalizada nos termos legais, convertê-la em preventiva quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal. Isso porque a conversão da prisão em flagrante, nos termos já sedimentados no âmbito desta Corte Superior, pode ser realizada de ofício pelo Juiz tanto na fase inquisitorial quanto na fase processual. 5. In casu, inviável o restabelecimento da prisão preventiva eis que decretada de ofício pelo Juiz na fase de investigação policial sem que houvesse requerimento do Ministério Público ou representação pela Autoridade Policial. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201301056424&dt\\_publicacao=24/03/2015](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301056424&dt_publicacao=24/03/2015). Acesso em: 07 out. 2020.

ofício pelo magistrado. E, no seu autorizadíssimo entender, registrou que a denominada Lei Anticrime proibiu tal possibilidade.<sup>337</sup>

O eminente Decano pontuou que a Constituição da República de 1988 “*optou inequivocamente pelo sistema acusatório*” como modelo de persecução penal. Assim, entre os elementos essenciais de tal sistema, o ministro asseverou que estão o direito à observância da paridade de armas, o direito de ser julgado por seu juiz natural (imparcial e independente) e a impossibilidade de “*atuação ex officio dos magistrados e Tribunais, especialmente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade do investigado, acusado ou processado*”, assim como outros elementos. Nessa toada, o denominado Pacote Anticrime modificou a disciplina das medidas cautelares, de modo a estabelecer um modelo processual penal mais alinhado às ideias de democracia e ao pilar acusatório constitucional. O Ministro, então, assentou que a Lei nº 13.964/2019 suprimiu a expressão “*de ofício*” que constava dos já analisados artigos 282, §2º, e 311, ambos do Código de Processo Penal. Assim, a nova lei teria vedado “*de forma absoluta*” a decretação de prisão preventiva de ofício. Logo, a interpretação da dinâmica da audiência de custódia deveria ser feita na linha dos derradeiros dispositivos mencionados, sendo “*inviável a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva*”.

Embora as decisões do eminente Ministro Celso de Mello sabidamente sejam sempre percucientes e elaboradas, ousa-se discordar, sutilmente, deste último entendimento. Como visto, a alteração do artigo 310 do Código de Processo Penal se deu apenas para positivar o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a realização de audiência de custódia, com a presença das partes. No entanto, a letra da lei dos incisos não mudou, e, entre eles, o juiz deverá, fundamentadamente, converter a prisão em flagrante em preventiva. Ainda que os artigos 282, §2º, e 311, da legislação processual tenham vedado a aplicação de ofício da prisão preventiva, entende este autor que a dinâmica da prisão em flagrante é específico – tanto o é, que está prevista em capítulo próprio (II), do Título IX, que trata das medidas cautelares. Sabe-se, igualmente, que toda regra comporta exceções. Portanto, é defensável e intuitivo, para um positivista, assumir que o legislador não quis alterar a dinâmica das audiências de custódia (se quis, errou, e descabe, aqui, examinar o que se passou na mente do legislador). Fato é que *legem habemus*. Formalmente, se o legislador mudou tudo, exceto essa disposição,

---

<sup>337</sup> Celso de Mello concede HC a homem privado de audiência de custódia. *Consultor Jurídico*. 2020. Ver: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-18/celso-mello-concede-hc-homem-privado-audiencia-custodia>. Acesso em: 11 set. 2020.

entende-se que há uma exceção – descabendo ao intérprete atuar como legislador positivo com o fito de corrigir leis, ainda que soem incoerentes.

Pensa-se que a intenção da decisão citada foi louvável e pode ser sustentada, legitimamente, a partir da mera inexistência de poder de cautela no processo penal (o que é deslumbrantemente examinado na decisão) ou ser reputada inconstitucional (a partir do sistema acusatório eleito pela Lei Maior). Discorda-se, tão somente, de um dos fundamentos utilizados pelo eminente Decano para interpretar a dinâmica das audiências de custódia, qual seja, inviabilizar a conversão para prisão preventiva de ofício a partir de interpretação sistemática dentro da própria lei. O legislador não disse isso. E tal interpretação pode ser reproduzida em qualquer outra controvérsia para esmagar exceções a partir de regras gerais da própria lei.

Por último, outro ponto que poderia ser alterado pelo Pacote Anticrime reside no artigo 373 do Código de Processo Penal.<sup>338</sup> Ao magistrado é franqueada a possibilidade de aplicar provisoriamente interdições de direitos de ofício, ou a requerimento das partes, durante a instrução criminal, na sentença de pronúncia, na decisão confirmatória da pronúncia ou na sentença condenatória recorrível.

### **2.3 Atual estágio da persecução penal brasileira.**

O processo penal brasileiro não está alinhado com a Constituição da República de 1988. A legislação processual de 1941, que rege a persecução penal, foi editada sob os auspícios de uma ordem política distinta daquela de 1988 e, após a atual Carta Política, o Código de regência não foi alvo de uma reforma estrutural e basilar.

Embora do ponto de vista da conformidade constitucional haja um salutar avanço diante da promulgação da Lei nº 13.964/2019 (*“Pacote Anticrime”*), que, em resumidas

---

<sup>338</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Art. 373. A aplicação provisória de interdições de direitos poderá ser determinada pelo juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente, do ofendido, ou de seu representante legal, ainda que este não se tenha constituído como assistente: I - durante a instrução criminal após a apresentação da defesa ou do prazo concedido para esse fim; II - na sentença de pronúncia; III - na decisão confirmatória da pronúncia ou na que, em grau de recurso, pronunciar o réu; IV - na sentença condenatória recorrível. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

contas, aboliu a decretação de medidas cautelares de ofício, instituiu a figura do juiz de garantias e determinou a separação dos autos do inquérito dos autos de eventual ação penal (estes dois últimos pontos suspensos por decisão já citada do Supremo Tribunal Federal), fato é que subsiste uma considerável iniciativa probatória dos órgãos julgadores que não se alinha com os preceitos de um processo acusatório.

Tal iniciativa, como visto, é fruto da supremacia do interesse pela busca da verdade e pela crença de que o magistrado pode e deve atuar proativamente para descobrir essa verdade – sentimentos que nortearam o Código de Processo Penal de 1941. Com efeito, a Constituição não convalida essa atuação do órgão julgador, pois, ao eleger o sistema acusatório, separa com clareza as funções de cada sujeito processual durante a persecução penal. No ponto, a separação de funções não pode ser meramente formal, isto é, não basta que um órgão formule a denúncia, outro órgão julgue-a e outro órgão defenda a pessoa acusada.

A concretização do mandamento constitucional de conferir o interesse privativo da ação penal ao Ministério Público e, excepcionalmente, ao particular ofendido, acarreta a conclusão inescapável de que o órgão julgador não pode representar ou aparentar representar parcialidade. A consequência desta conclusão é a retirada da esfera de poder dos juízes a iniciativa de ofício, seja no campo cautelar, seja no campo probatório, de modo que não seja possível a adoção autônoma de posturas que revelem inclinação em favor de alguma das partes. Neste cenário, no processo penal, a iniciativa probatória do órgão julgador, ainda que supletiva, revela, inegavelmente, inserção do magistrado na esfera da atuação do órgão de acusação – a quem incumbe perseguir criminalmente de forma privada –, sobretudo porque o ônus probatório é de quem acusa e o papel de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis é do Ministério Público.

Alia-se ao problema de gestão da prova a questão cultural sobre a finalidade do processo penal. Como visto, o Código de Processo Penal foi editado com o ideal de despir a persecução penal do “*excesso de formalismos*”, dando-se prioridade ao conceito de processo como meio de obtenção da verdade. Observa-se essa orientação pela necessidade legal de comprovação de prejuízo decorrente de nulidades relativas ou absolutas, para que estas sejam reconhecidas, ou do não reconhecimento de nulidade de ato processual que não tenha influído na apuração da “*verdade substancial*”. Soma-se a isso o reforço jurisprudencial sobre o tema, de forma a priorizar, via de regra, pelo utilitarismo processual.



Se é certo que a presteza da prestação jurisdicional e a pacificação do conflito social são valores essenciais para a vida em sociedade, a fixação cogente das regras do jogo processual também o são. Observar o processo pela ótica constitucional do devido processo legal, como meio legitimador do poder de punir do Estado e com balizas de atuação cuja inobservância será reprimida é o caminho ideal e seguro para atingir a própria pacificação do conflito social.

Conforme a lição do professor Aury Lopes Júnior, o processo penal deve ser visto como limitador do poder estatal e meio de assegurar as garantias mínimos do indivíduo.<sup>339</sup> O entendimento do mencionado professor é lapidar:<sup>340</sup>

No processo penal, forma é garantia e limite de poder, pois aqui se exerce o poder de punir em detrimento da liberdade. É um poder limitado e condicionado, que precisa se legitimar pelo respeito às regras do jogo. Logo, não se deve importar a tal “*instrumentalidade das formas*” e “*informalismo processual*”, pois aqui o fenômeno é completamente diferente.

Em que pese a lógica do *informalismo* persistir, deve-se registrar que o aludido “*Pacote Anticrime*” positivou a estrutura acusatória no Código de Processo Penal a partir do artigo 3º-A, cuja redação se transcreve: “*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*”. O dispositivo, ainda que suspenso por decisão do Supremo Tribunal Federal, poderá vedar a substituição da atividade probatória do acusador pelo magistrado e revogar tacitamente os diversos dispositivos citados no tópico 2.2.4, os quais conferem poderes instrutórios aos juízes.<sup>341</sup>

Assim, conclui-se que a quadra legal é alvissareira, notadamente considerando as recentes mudanças empreendidas pela Lei nº 13.964/2019. Resta saber como os Tribunais recepcionarão as alterações mencionadas.

---

<sup>339</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, p. 38.

<sup>340</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, p. 69.

<sup>341</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, pp. 245-250.

### 3. O JUIZ NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

A busca pelo devido papel do juiz no processo penal acusatório, em termos de importância, ladeia a análise empreendida no capítulo anterior – conformidade da legislação processual infraconstitucional com o sistema acusatório eleito pela Constituição da República. O juiz é o sujeito processual que aplica o direito e tem o legítimo poder de coerção. Em outras palavras, o juiz é quem decide o destino dos jurisdicionados, sobretudo no campo do direito penal, em que é possível a privação da liberdade destes.

Em paralelo, como aqui já se pôde observar, a discussão sobre os sistemas processuais penais nada mais é do que averiguar os princípios que norteiam a persecução penal e, notadamente, como o Estado separa as funções de cada figura interveniente na referida persecução, distribuindo-as atribuições próprias e adequadas com o papel que a Constituição da República às reserva. Assim, descrever a atividade própria do juiz no sistema acusatório é tarefa de alto relevo e necessidade.

Em seguida, far-se-á desenho crítico sobre o Inquérito nº 4.781, em trâmite perante o Supremo Tribunal e alcunhado de inquérito das *fake news* ou, jocosamente, de inquérito *do fim do mundo*. A empreitada é salutar diante do recente julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572 em que o Plenário daquela Corte assentou sensível exceção ao sistema acusatório e, superou, em nome dessa exceção, dogmas caros ao mencionado sistema processual.

#### 3.1 A atividade Própria do Juiz no Sistema Acusatório.

“O juiz é o direito tornado homem”.<sup>342</sup>

A função de julgar é milenar e permeia a história da humanidade. A semente do mundo civilizado reside, precisamente, na transição do estado selvagem, em que prepondera

---

<sup>342</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados* – trad. Ary dos Santos. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1981. p. 30.

a força e a autotutela dos interesses, para o momento em que se convencionou a necessidade de resolução dos conflitos por alguém estranho à essa relação de dissenso e, assim, apto a proferir uma decisão baseada em critérios pré-estabelecidos de justiça, por, ao menos formalmente, estar alheio às paixões momentâneas.

Em linhas gerais, a tarefa incumbida pelo Estado ao juiz é a de aplicar o direito ao caso concreto, servindo-se de todo o instrumental fornecido pelo ordenamento jurídico – leis, princípios, jurisprudência, costumes e doutrina – com o fito de buscar o melhor desfecho possível dentro do limite que a lei o impõe.

No processo penal o papel do juiz é o de aplicar o direito. Por mais tautológico que possa parecer reafirmar isso sob o enfoque do direito penal, trata-se de premissa básica e sobressalente aos olhos. Não é preciso ir muito longe para assim entender.

Como aqui já se viu, a Constituição da República preconiza pela inércia e imparcialidade do juiz, além da presunção de inocência como norma de tratamento ao acusado. Não o faz por acaso. Tais premissas fundamentam o Brasil que o Poder Constituinte Originário escolheu e que, ao critério de então, reputava como condizente a um Estado de Direito, moderno e que assim deveria se portar.

Com as vênias devidas e merecidas à eventual doutrina que advogue o contrário, não há como crer que o papel do juiz, sobretudo no direito penal, é o de combater crimes ou buscar a suposta verdade dos fatos. Para isso existem as políticas de segurança pública, as autoridades policiais, diversos órgãos administrativos de fiscalização e o Ministério Público – este, sim, constitucionalmente incumbido da missão de defesa “*dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”. O juiz defende o direito, aplicando a lei aos fatos a ele submetidos.

O sublime professor José Frederico Marques, no volume I de sua impecável obra *Elementos de Direito Processual Penal*, lecionava que o juiz consiste em órgão encarregado exclusivamente de aplicar a lei penal, não lhe sendo franqueada a titularidade de interesses de qualquer das partes, sob pena de quebra do equilíbrio processual. Portanto, o interesse punitivo do Estado é encarnado pela *partie poursuivante*, o Ministério Público, sendo a divisão entre acusação e julgamento a senha para a conclusão de que o juiz penal atua em nome do Estado para exercer o poder de julgar.<sup>343</sup> Não obstante, no volume II da mesma

---

<sup>343</sup> MARQUES, op. cit., volume I, pp. 359-360.

obra, o mencionado autor entende por compatível a essa posição do juiz os poderes instrutórios a ele conferidos pela legislação de 1941.<sup>344</sup>

Por óbvio, não se pretende, de qualquer modo, desautorizar o eternamente autorizado professor. Se o posicionamento emanado à época, no sentido de conciliar os poderes instrutórios do juiz e a busca da verdade real com o processo acusatório, ainda fosse assumido, certamente seria um entendimento legítimo e exaustivamente fundamentado como o é em suas deslumbrantes obras. De todo modo, como todos são influenciados pelo tempo em que vivem, acredita-se que o mencionado autor, que tanto prestigiava as garantias fundamentais e o sistema acusatório, advogaria pela limitação ainda maior dos poderes instrutórios do juiz do que à época já advogava.

Diz-se isso amparando-se, precisamente, em suas próprias lições de que o juiz não poderia se entregar à instrução processual “*com o ardor de um detetive diligente*”. Quebrar-se-ia, assim, a estrutura acusatória do processo penal, bem como seus princípios decorrentes de garantia de defesa e contraditório. Cita-se passagem magistral:<sup>345</sup>

Na instrução processual que se realiza no *judicium causae*, não pode imperar, para a pesquisa probatória, o *fiat justitia pereat mundus*. O magistrado tem de manter-se sereno, imparcial, comedido, equilibrado e superposto ao litígio, para decidi-lo com a estrita exação de tudo quanto deva imperar na excelsa função de dizer o direito e dar a cada um o que é seu. Pensar que o juiz precise descer à arena das investigações, como se fosse um policial à procura de pistas e vestígios, seria tentar a ressurreição das devassas, do procedimento inquisitivo e criar o risco e o perigo de decisões parciais e apaixonadas, com grande prejuízo, sobretudo, para o direito de defesa.

Embora posteriormente o autor firmasse a adoção no processo penal do princípio da verdade real, pelo que se franqueava ao juiz possível papel ativo<sup>346</sup>, logo em seguida advertia que ninguém poderia olvidar que a referida atuação deveria ser balizada por normas processuais, por meio das quais a resolução das controvérsias deve ser buscada dentro “*da mais estrita imparcialidade*”. Logo, inviável seria usurpar do juiz sua “*posição de árbitro imparcial e sereno*”, sendo inadmissível reviver procedimentos inquisitivos nas relações processuais.<sup>347</sup> A dualidade, porém, ao sentir deste autor, é retomada quando o mencionado

<sup>344</sup> MARQUES, op. cit., volume II, pp. 26-27.

<sup>345</sup> MARQUES, op. cit., volume II, p. 264.

<sup>346</sup> Inclusive, o eminente professor lecionava que o Estado possuía o interesse de que a aplicação do direito não fosse conturbada pelas partes, “*revestindo o processo com o caráter proeminente de instrumento de investigação da verdade e distribuição da justiça*”. MARQUES, op. cit., volume II, p. 26. Como aqui se reafirma, o interesse do processo atual, informado pela Constituição da República, é outro.

<sup>347</sup> MARQUES, op. cit., volume II, p. 264.

professor leciona que, se não investigada devidamente a matéria atinente aos autos, poderia o juiz, em nome da descoberta da verdade, de ofício, suprir falhas ou omissões das partes, sempre com prudência e cautela, para que o magistrado não descesse ao terreno instrutório.<sup>348</sup> Deve-se registrar, porém, que se o ônus maior no processo penal é de quem acusa, deveras a atuação supletiva do juiz, via de regra, seria realizada em favor da acusação. Além do que a mera atuação supletiva, para o advogado da presente tese, já constitui a descida do juiz ao terreno instrutório.

É certo que o juiz não pode nem fica com as mãos atadas. No entanto, sua atividade deve ser a de garante das regras do jogo, coordenando e inspecionando as atividades das partes, reprimindo excessos. Remanesce, em absoluto, os poderes de disciplina e de impulsão processual. O juiz é o Estado e detém por determinação legal expressa o poder de polícia para manter a ordem no curso do litígio. Tais poderes são por demais evidentes e necessários para qualquer nação pretensamente civilizada. É dizer, não se pode confundir autoridade com autoritarismo ou mero arbítrio.

Da mesma forma, quanto ao poder de indeferir a produção de provas, persiste a possibilidade de o juiz indeferir de forma fundamentada, sob pena de perder o controle do processo. Porém, ao requisitar a produção de prova de ofício, realmente parece haver uma incompatibilidade com o sistema acusatório.

Na linha do que preleciona o eminente professor Marcus Vinicius Reis Bastos, o processo penal acusatório estranha o juiz que, antes de resolver a lide, adota postura que aparentemente o aproxima de uma das partes. Então, o mencionado professor complementa o entendimento ao delinear que ao juiz compete a posição de “*garante da cláusula do devido processo legal, assegurando, a um só tempo, a estrita observância dos preceitos constitucionais que tutelam a liberdade e o regular exercício do direito de acusar*”.<sup>349</sup>

Aliás, a própria orientação do Código de Processo Penal sempre foi, desde 1941, a de que o juiz tem o papel de “*prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública*” (art. 251). O dispositivo mencionado é o primeiro a descrever as funções do juiz no referido diploma legal. Por si só,

---

<sup>348</sup> MARQUES, op. cit., volume II, p. 269. Nesse sentido, aliás: *O sistema acusatório não pressupõe magistrado como mero espectador estático no processo penal* HC 109713, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 05-03-2013 PUBLIC 06-03-2013.

<sup>349</sup> BASTOS, op. cit..

trata-se de orientação salutar. No entanto, como se demonstrou no capítulo anterior, o Código comporta em diversos trechos dispositivos que permitem ao juiz a postura de ator ativo da instrução processual, para além dos poderes de decretação de medidas cautelares de ofício, que paulatinamente vêm sendo mitigados.

Em algumas hipóteses, como na anterior lógica do arquivamento do inquérito policial, observa o professor Eugenio Pacelli que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de inviabilizar o juiz de requisitar oficiosamente novas diligências se o Ministério Público já tiver se manifestado pelo arquivamento do inquérito. Para o autor, “*a violação ao sistema acusatório, na hipótese, seria e era patente*”. Por outro lado, com relação ao ônus da prova no processo penal, assevera o autor que a Lei nº 11.719/08 aparentemente optou pelo sistema acusatório, tendo em vista que reservou de vez ao juiz a função supletiva de eventuais esclarecimentos de depoimentos.<sup>350</sup>

Consoante lição do eminente professor Renato Brasileiro de Lima, é inadmissível a atuação de ofício do juiz na fase pré-processual, sobretudo porque, em sendo ser humano, é possível que seja maculada sua imparcialidade, ainda que inconscientemente, após determinar diligências de ofício durante a investigação, ficando, assim, envolvido psicologicamente com a causa.<sup>351</sup>

De todo modo, tanto o eminente professor quanto o professor Eugenio Pacelli não veem descaracterizado o modelo acusatório diante da possibilidade de o juiz possuir iniciativa probatória. Embora o derradeiro autor assevere que a legislação processual de 1941 teve inegáveis aspirações autoritárias e que deve haver a reinterpretação do sistema à luz da Carta Constitucional de 1988, leciona que deve ser franqueada ao juiz a possibilidade de produzir provas para sanar dúvida razoável sobre dúvida relevante – jamais para subsidiar a atuação da acusação. Assim, aceitar-se-ia a iniciativa do juiz para integrar provas da defesa, em homenagem aos princípios da presunção de inocência e da paridade de armas.<sup>352</sup> Ousamos discordar do eminente professor diante das razões já apontadas: se o juiz crer que determinada prova mal indicada ou negligenciada pela defesa poderia auxiliar ao acusado, é porque há uma dúvida razoável acerca da inocência deste, sendo imperiosa a sua absolvição. Com a vênua devida, a possibilidade narrada pelo preclaro doutrinador não se sustenta pois,

---

<sup>350</sup> Ver: PACHELLI, op. cit., pp. 19-20.

<sup>351</sup> LIMA, op. cit., p. 1.210.

<sup>352</sup> PACHELLI, op. cit., p. 214. No mesmo sentido, ver: LIMA, op. cit., p. 1.210.

ainda que o magistrado esteja *bem-intencionado*, isto é, visando auxiliar a defesa e conferir ao processo a paridade de armas – o que, diga-se, não é usual –, a prova a ser produzida poderia vir a prejudicar o acusado a quem se desejaria auxiliar. Então, o juiz teria eventualmente de condenar o réu a partir de prova produzida por sua iniciativa – ainda que *bem-intencionada* –, quando o cenário anterior à boa intenção era de absolvição. Aliás, é possível até que a defesa saiba que determinada prova é prejudicial ao acusado e, em nome do princípio da não autoincriminação – *nemo tenetur se detegere* –, opta, conscientemente, por não requerer a produção de tal prova. Assim, o juiz incorreria no mesmo erro. Mas além de tudo, deve-se convencionar: na maior parte das vezes, a iniciativa probatória do juiz demonstrará inclinação pela condenação.

A dúvida favorece ao réu – presunção de inocência. Se o Ministério Público, com todo aparato de que dispõe, não lograr comprovar a prática de crime, a Constituição da República impõe a absolvição. Nesse sentido, optou o Poder Constituinte Originário em somente admitir a privação da liberdade de um indivíduo para fins de apenamento quando comprovada a prática de crime – por meio de provas lícitas. Portanto, eventual leitura de que o juiz deve, ainda que supletivamente, produzir provas para esclarecer a lide não se sustenta, porque a dúvida já milita em favor do acusado. Se o juiz estiver com dúvidas, a resolução do litígio é absolutória.

A posição do eminente professor Aury Lopes Jr. se nos parece ser a que se conforma com exatidão aos auspícios da Lei Fundamental de 1988.<sup>353</sup> O papel do juiz dentro das balizas do Estado de Direito, para além de decidir o caso concreto, é o de resguardar os direitos fundamentais, ou seja, garantidor das regras do jogo. A concessão ao juiz de gestão/iniciativa probatória, circunstância própria de sistemas inquisitivos, atribui ao juiz a condição de ator no processo, ao passo que se houver dúvida razoável, o juiz, ainda que busque dar a melhor solução ao caso concreto, estará quebrando por completo a paridade de armas e a própria divisão de tarefas do sistema acusatório, dado que o ônus de comprovar a acusação é da Acusação. Referido ônus, então, passa a poder ser compartilhado.

Nessa toada, o mencionado professor apresenta a Teoria da Dissonância Cognitiva, do jurista alemão Bernd Schünemann. A teoria exposta nasce da área da psicologia social e tem por objeto de investigação as formas de reação de uma pessoa diante de duas ideias ou opiniões antagônicas, tudo a partir de testes empíricos. Em síntese, o ser humano tende a

---

<sup>353</sup> Sobre o tema, imprescindível a leitura: LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, pp. 88-103.

reduzir posicionamentos dissonantes, os quais geram ansiedade e estresse. Trata-se de “*mecanismo de defesa do ego*”, no qual a pessoa busca reduzir o nível de contradição, por exemplo, tomando decisões que não infirmem decisões anteriormente tomadas. Após tomar uma decisão – escolher entre duas hipóteses – se, posteriormente, for apresentada à pessoa nova decisão a tomar, sendo uma hipótese contraditória à primeira e a outra confirmatória da primeira, essa pessoa tenderá a adotar a última hipótese, que gera menos desconforto e mais segurança.

O jurista alemão importou tal teoria para o campo do processo penal, em que o juiz que eventualmente acompanhe o inquérito policial, deferindo medidas cautelares aqui e acolá, depois receba a denúncia, quando da instrução processual, por exemplo, poderá ter a vontade inconsciente e humana de tentar validar suas decisões anteriores. Diante da tensão psíquica, o julgador pode permanecer no efeito inércia – autoconfirmando as hipóteses – ou buscar seletivamente informações não tão evidentes que possam corroborar a hipótese que escolhera quando da primeira decisão tomada. Daí, inclusive, a necessidade do juiz de garantias. A partir deste quadro, o professor Aury Lopes Jr. adverte que o risco à imparcialidade é ainda mais acentuado se se permitir que o juiz, de ofício, produza provas. Leciona, também, que o juiz pertence ao mundo e é um ser humano e, por essa razão, é preciso buscar medidas que reduzam riscos de parcialidade.

Pode-se objetar à teoria da dissonância cognitiva a necessidade de maior comprovação e, até mesmo, não a ter como absoluta – isto é, nem todo juiz estará sujeito a ela. De todo modo, sua plausibilidade é verdadeiramente considerável, sobretudo à vista da natureza humana, essencialmente egocêntrica e vaidosa. Consoante o eminente professor citado, deve-se reduzir ao máximo a possibilidade de contaminação do juiz às paixões das partes, notadamente no que interessa à sua indigitada iniciativa probatória, definitivamente desnecessária.

Considerando tais nuances, afirma o professor Aury que “*posição do juiz no processo penal é fundante do sistema processual*” – acusatório ou inquisitivo. É dizer, se o sistema acusatório compreende que o processo penal como um processo de partes, a existência de um terceiro imparcial (o juiz) ditará o (des)equilíbrio do sistema de administração da justiça.<sup>354</sup>

---

<sup>354</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, p. 212.



A imparcialidade do julgador, uma das principais garantias da pessoa acusada criminalmente, depende da absorção de um modelo que tenha como pressupostos a radical separação das funções de *acusar* e *julgar*, fechando-se todos os espaços para deformidades processuais como medidas persecutórias levadas a cabo pelo próprio magistrado ou a sua desmesurada intervenção na produção probatória. Nessa vereda, aliás, encontram-se os preceitos encartados nos Princípios de Bangalore, projeto de código de conduta judicial mínimo a todos países civilizados, incentivado pelas Nações Unidas, entabulado em Bangalore (Índia) e aprovado na Haia (Holanda).<sup>355</sup> A finalidade dos Princípios é a de orientar a atuação do juiz sobre convencionais patamares mínimos de comportamento.

Consoante a lição do professor Mauro Cappelletti, o juiz deve ostentar “*virtudes passivas*”, que não norteiam, em princípio, a substância de seus atos decisórios, “*mas o modo como deve se desenvolver a função jurisdicional*”.<sup>356</sup> Referida regra de conduta decorre do brocardo latino *ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*, isto é, onde não há ação, não há jurisdição.

A passividade e respeito aos limites procedimentais da lei revelam a distinção da magistratura frente aos Poderes Executivo ou Legislativo, no sentido de que não pode o processo judicial “*ser iniciado ex officio pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja actio constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional*” – *nemo iudex sine actore*. Assim, as virtudes passivas consistem na nota diferenciadora da atuação dos magistrados em relação às funções de natureza essencialmente política, e, paralelamente, constituem “*a grande e única força daquele processo*”.<sup>357</sup>

---

<sup>355</sup> “Os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore foram elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial, constituído sob os auspícios das Nações Unidas. Sua elaboração teve início no ano de 2000, em Viena (Áustria), os princípios foram formulados em abril de 2001, em Bangalore (Índia) e oficialmente aprovados em novembro de 2002, em Haia (Holanda). Os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore é um projeto de Código Judicial em âmbito global, elaborado com base em outros códigos e estatutos, nacionais, regionais e internacionais, sobre o tema, dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU. Essa declaração de direitos prevê um julgamento igualitário, justo e público, por tribunal independente e imparcial, princípio de aceitação geral pelos Estados-Membros. A preocupação nasce da evidência de que o Judiciário, um dos três pilares da democracia, é o último refúgio do cidadão contra leis injustas e decisões arbitrárias. Se aos jurisdicionados lhes falta a confiança em sua Justiça, restará ferido o próprio Estado democrático de Direito, cujo fundamento é a aplicação, a todos os atos e atores sociais, de leis e regras preestabelecidas”. Nações Unidas (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). *Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial*; tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. p. 7.

<sup>356</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* – trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 79.

<sup>357</sup> CAPPELLETTI, op. cit., p. 76.

Francesco Carnelutti dizia que “o maior dos advogados sabe não poder nada frente ao menor dos juízes” – e é verdade. Em seguida, advertia que “o menor dos juízes é aquele que o humilha mais”.<sup>358</sup> É que o poder emanado da jurisdição se reveste de definitividade e imutabilidade. Basta observar tal natureza inserida na estrutura do Estado para crer, intuitivamente, que deve escapar do juiz qualquer interesse estranho à natureza cognitiva da sua atividade, exigindo-se dele mais do que imparcialidade: a aparência de imparcialidade. Não por acaso, havendo fundadas razões para que se duvide da imparcialidade do julgador, não poderá este funcionar no feito.<sup>359</sup>

O professor Mauro Capelletti observa a garantia de imparcialidade como decorrente da independência – cumprindo esta o papel de salvaguarda daquela –, comentando que “o valor ‘final’, a ‘essência’ ou ‘natureza’, por assim dizer, da função judiciária é, portanto, que a decisão seja tomada por um terceiro imparcial, tertius super partes”.<sup>360</sup>

A função do juiz é tanto exuberante como árdua. O juiz, ser humano que é, deve se libertar de paixões e recalques por meio de um contínuo processo moral e psicológico.<sup>361</sup> Assim, deve o juiz desconfiar de si e confiar no direito.<sup>362</sup>

Por essa razão, a atuação do juiz no processo penal deve ser serena e comedida, sobretudo porque se vive em tempos jurídicos difíceis<sup>363</sup>, nos quais eventualmente se escolhe dentre um cardápio volumoso de princípios qual deve ser aquele que mais apetece ao sentimento do julgador, e não ao direito. Se por um lado o juiz é livre para buscar dentro do direito a solução mais adequada ao caso concreto, por outro lado o mesmo juiz tanto pode como deve decidir contra a sua vontade ou contra o seu sentimento pessoal de justiça quando observar que a lei impõe claramente uma resolução preferencial e mais evidente ao caso que se lhe é submetido.

---

<sup>358</sup> CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal* [edição virtual]; tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2009. Outra passagem sublime deve ser destacada: “se os homens, todavia, se encontram na necessidade de julgar, tenham ao menos a consciência de que fazem, quando julgam, às vezes de Deus”.

<sup>359</sup> GUIMARÃES, Mário. *O Juiz e a Função Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 213.

<sup>360</sup> Para CAPPELLETTI, “a independência não é senão o meio dirigido a salvaguardar outro valor – conexo certamente, mas diverso e bem mais importante do que o primeiro – ou seja, a imparcialidade do juiz”. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis?

<sup>361</sup> MOURA BITTENCOURT, Edgard. *O Juiz: estudos e notas sobre a carreira, função e personalidade do magistrado contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1966. p. 234.

<sup>362</sup> Ibidem, p. 245.

<sup>363</sup> SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. *O Poder Judiciário Brasileiro a partir da Independência*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 271.

O juiz deve ser comedido e evitar atitudes desequilibradas e imoderadas. A independência dos juízes é garantida formalmente pela lei – imprescindível, aliás. Mas há outra independência, a de si mesmo, a exigir observância diária e perseverança. Da mesma forma que é preciso independência para julgar contra poderosos e contra a opinião do povo, mostra-se imprescindível, quicá a virtude mais admirável de um juiz, a independência de si mesmo, de se sobrepor às suas fraquezas e preconceitos. Eis, então, a passagem sublime em que o eterno magistrado Edgard de Moura Bittencourt cita o jurista belga Edmond Picard: “*a independência perante influências e solicitações é admirável; mas o que convém admirar ativamente é a independência perante si próprio*”.<sup>364</sup> Lançar mão da garantia constitucional da independência para, por exemplo, abandonar a serenidade e agir com “*fanfarronice buscando as luzes da ribalta*” é usar mal a independência.<sup>365</sup>

A busca pela verdade real é precipuamente abstrata, ficando a cargo, quando muito e sob o filtro constitucional, das autoridades policiais e do Ministério Público. O modo de ser dos juízes que endeusam tal princípio causa medo porque, em nome de abstrações, a história mostra que se praticaram verdadeiras injustiças. No processo penal, então, o receio é mais do que fundado, pois o objeto da devassa é o indivíduo – polo sobremaneira mais frágil se comparado ao Estado.<sup>366</sup> A manutenção desta mentalidade inquisitiva confere uma discricionariedade judicial que encanta e fascina, afinal, quem não gostaria de dizer definitivamente o que é a verdade real?

O juiz não conserta os erros da sociedade. A dissolução da estrita legalidade descamba na arbitrariedade, conferindo ao magistrado os excêntricos papéis de “*confessor, psicanalista ou terapeuta social*”<sup>367</sup> – funções alheias aos interesses da Constituição da República de 1988. Portanto, conclui-se que o Juiz deve remanescer inerte, atuar apenas quando provocado e, quando observar manifesta violação a direitos fundamentais, pode atuar de ofício como garante do réu.

---

<sup>364</sup> MOURA BITTENCOURT, op. cit., p. 221.

<sup>365</sup> SANDOVAL, op. cit., pp. 326-327.

<sup>366</sup> As construções de medo constantes deste parágrafo são inspiradas no sentimento do Ministro aposentado Eros Roberto Grau ao afirmar porque tem medo dos juízes. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 140.

<sup>367</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 37.

### 3.2 O Caso do Inquérito das *Fake News* ou do *Fim do Mundo*.

“O juiz que investiga se vincula. E a emoção está presente na vida de todos nós”.<sup>368</sup>

No dia 14 de março de 2019, o ministro José Antonio Dias Toffoli, então presidente do Supremo Tribunal Federal, instaurou uma investigação de ofício para apurar a proliferação de supostas notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e crimes contra a honra, condutas que estariam sendo praticadas em desfavor da honorabilidade e da segurança da própria Corte, de seus ministros e familiares.

O procedimento de investigação nasceu da Portaria GP nº 69/2019, que, por sua vez, contou com a seguinte redação:<sup>369</sup>

“**O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno,

**CONSIDERANDO** que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 13, I);

**CONSIDERANDO** a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi diffamandi* e *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares,

**RESOLVE**, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda a sua dimensão.

Designo para a condução do feito o eminente Ministro **Alexandre de Moraes**, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução.”

O ato, inegavelmente estranho ao cotidiano da Corte, baseou-se no adormecido art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, cuja redação se transcreve:

<sup>368</sup> Passagem do voto oral proferido pelo eminente ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572, na qual se questionava a constitucionalidade do Inquérito nº 4.781/DF – o inquérito *do fim do mundo*. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pleno - É constitucional inquérito sobre ameaças ao STF*. Sessão Extraordinária de 18.06.2020.

Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xf89nxcHUY8&list=PLippyY19Z47sg2UnPH2D5Z2-mwxuhWyY>. Acesso em 21.09.2020.

<sup>369</sup> Portaria GP/STF, de 14 de março de 2019 disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

“Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro”. O estranhamento se deu por um simples motivo: não havia nenhum delito cometido na sede ou dependência do Tribunal.

Para qualquer leitor, leigo ou acadêmico de direito, “sede ou dependência” do Tribunal significa “sede ou dependência” do Tribunal. É dizer, o espaço físico da Corte. Tal interpretação é inescapável, a não ser que seja ignorado o apreço pela legalidade.<sup>370</sup>

Este autor teve a oportunidade de registrar nada além do óbvio acerca do princípio do Juiz Natural e do significado de competência, em artigo recente publicado na revista Consultor Jurídico em coautoria com Ticiano Figueiredo e Pedro Ivo Velloso. Confira-se.<sup>371</sup>

O princípio do juiz natural impõe que o julgador seja constituído antes do suposto crime a ser julgado, “*mediante regras taxativas de competência estabelecidas pela lei*” — no caso, pela Constituição da República [6]. É lição basilar e atemporal a de que a “*competência é sempre a permissão legal de exercer parte de certa atribuição. A lei que dá competência, na verdade, usa um processo negativo: cerceia o exercício de um poder*” [7].

A competência dos juízes não é algo banal. Trata-se de matéria de ordem pública relevante na estrutura do Estado, vez que limita o exercício do poder da magistratura. Como se sabe, a jurisdição é o poder, o ato e a função de dizer o direito, no caso concreto, com força definitiva, conforme a lição já citada do professor Paulo Cesar Rodrigues.<sup>372</sup> Portanto, a racionalidade em conferir tamanho poder a um grupo de indivíduos parte de premissas mínimas de impessoalidade e legalidade, isto é, não pode o julgador tornar maleável o sentido da lei ao sabor do vento. Caso contrário, a lei torna-se uma folha de papel.

<sup>370</sup> Deve-se registrar a existência da Resolução nº 564, de 06 de novembro de 2015, que regulamenta o exercício do poder de polícia previsto no art. 42, 43, 44 e 45 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. No documento, o alcance dos mencionados dispositivos que tratam do Poder de Polícia do Tribunal é fixado de modo a não deixar dúvidas. Confira-se: “Art. 1º O Presidente responde pela polícia do Supremo Tribunal Federal, competindo aos magistrados que presidem as turmas, sessões e audiências exercê-la, nos respectivos âmbitos de atuação, contando todos com o apoio de agentes e inspetores de segurança judiciária, podendo estes e aqueles, quando necessário, requisitar a colaboração de autoridades externas. **Parágrafo único.** O exercício do poder de polícia destina-se a assegurar a boa ordem dos trabalhos **no Tribunal**, proteger a integridade de seus bens e serviços, bem como a garantir a incolumidade dos ministros, juízes, servidores e demais pessoas **que o frequentam**” (grifo nosso). Resolução regulamenta exercício do poder de polícia no Supremo Tribunal Federal. Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-09/resolucao-regulamenta-poder-policia-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>371</sup> FIGUEIREDO, Ticiano; VELLOSO, Pedro Ivo e GUERREIRO, Luiz Felipe. *Foro por prerrogativa de função: impasses e insegurança jurídica*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/opiniao-foro-prerrogativa-funcao>. Acesso em: 19 set. 2020.

<sup>372</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 47.

A flexibilização da competência veio acompanhada de um objeto de investigação vago, amplo e quase universal – daí a alcunha de inquérito do “*fim do mundo*”. Registrou-se que a investigação recairia sobre (i) notícias fraudulentas – quando não havia (nem há) consenso sobre o que é uma notícia fraudulenta, tampouco tipificada está a conduta –, (ii) denúncias caluniosas, (iii) ameaças e (iv) crimes contra a honra da Corte e de seus integrantes. Não foi especificado nada além disso.

Sobre o objeto amplo da investigação, o delegado da Polícia Civil de Santa Catarina, Leonardo Marcondes Machado, no artigo “*Inquérito supremo e revolta ministerial: inquisitorialidade na investigação criminal*”<sup>373</sup>, observou que o nível de generalização do objeto investigativo, assim como a escolha pessoal do ministro responsável pela apuração, não combinava com a exigência fundamental de respeito ao devido processo legal na fase de investigação, que implica a necessária impessoalidade na condução dos inquéritos.

Então, seguiam-se indagações óbvias e pertinentes: se os membros do Tribunal são as vítimas, como eles podem investigar tais condutas, dispondo de todo aparato estatal e de um cardápio de medidas cautelares invasivas contra quem estivesse, supostamente, ofendendo eles mesmos? A imparcialidade não estaria quebrada? Juízes podem instaurar investigações de ofício e seguir presidindo-as?

Pouco tempo depois, em 13 de abril de 2019, um dos primeiros atos praticados pelo ministro Alexandre de Moraes, presidente da mencionada investigação (Inquérito 4.781/DF), foi a retirada do ar de matéria jornalística da Revista *Crusoe*.<sup>374</sup> O eminente ministro pontuou na decisão que a matéria intitulada “*O amigo do amigo de meu pai*”, de 12 de abril de 2019, comportaria claro abuso e graves ofensas ao então Presidente do Tribunal, ministro Dias Toffoli. Entre as informações contidas na matéria jornalística, haveria a notícia de que a Procuradoria-Geral da República (PGR) saberia da existência de um depoimento de Marcelo Odebrecht envolvendo nomes do Poder Judiciário. A PGR, então, publicou nota de esclarecimento assentando que não recebeu informação nenhuma sobre o tema. Logo, o

---

<sup>373</sup> MACHADO, Leonardo Marcondes e BALDAN, Edson Luís. *Inquérito supremo e revolta ministerial: inquisitorialidade na investigação criminal*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-19/opiniao-anomia-inquisitorialidade-inquerito-aberto-stf>. Acesso em: 20 set. 2020.

<sup>374</sup> Moraes manda *Crusoe* e O Antagonista retirarem do ar reportagem que cita Toffoli. *Migalhas*. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/300384/moraes-manda-crusoe-e-o-antagonista-retirarem-do-ar-reportagem-que-cita-toffoli>. Acesso em: 19 set. 2020.

ministro Alexandre de Moraes reputou como falsas as afirmações veiculadas na matéria, “*em típico exemplo de fake news*” e, assim, determinou a retirada do ar imediata da notícia.

A despeito da discussão da veracidade ou não da matéria jornalística, exame incabível neste estudo, a inserção deste fato no inquérito mencionado pareceu inadequado, porque não se vinculou a conduta dos jornalistas ao objeto da investigação, isto é, de que forma a matéria teria relação com a motivação do inquérito. Portanto, passou-se, legitimamente, a pensar que tudo que em tese pudesse ser tido como notícia fraudulenta – que ainda não é crime – em relação ao Tribunal passasse a ser incluído na investigação, em que pese a inexistência de ligação entre as condutas. O pior, porém, é que a partir do entendimento do presidente do inquérito, as mais graves medidas cautelares poderiam ser determinadas em episódios distintos e desvinculados.

Ato seguinte, em 18 de abril de 2019, o ministro Alexandre de Moraes revogou a decisão de retirada do ar da matéria jornalística, afirmando que “*o documento sigiloso citado na matéria realmente existe*”, no entanto, foi “*irregularmente divulgado*”.<sup>375</sup>

Àquela altura, a Procuradoria-Geral da República já havia se manifestado nos autos da investigação requerendo seu imediato arquivamento, por violação ao devido processo legal e ao sistema acusatório, eleito pela Constituição da República de 1988.<sup>376</sup> A então procuradora-geral, Raquel Dodge, inquietou-se diante de medidas cautelares requeridas sem o prévio pedido do órgão ministerial, pelo que registrou opiniões contundentes sobre a legalidade da investigação, tais como o sistema penal acusatório estabelecer a **intransponível** separação de funções na persecução criminal: “*um órgão acusa, outro defende e outro julga. Não admite que o órgão que julgue seja o mesmo que investigue e acuse*”. Além disso, foi anotado que “*o devido processo legal reclama o reconhecimento da invalidade de inquérito sem tal delimitação*” e, ainda, afirmou tratar-se fato incontroverso que o ato da instauração do inquérito não indicou quem seriam os investigados.

Em seguida, o eminente ministro Alexandre de Moraes rejeitou o pedido ministerial, reputando-o como intempestivo, genérico, sem respaldo legal, baseado em premissas

---

<sup>375</sup> Alexandre de Moraes revoga decisão que censurou reportagens de 'Crusoé' e 'O Antagonista'. *Globo*. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/18/alexandre-de-moraes-revoga-decisao-que-censurou-reportagens-de-crusoe-e-antagonista.ghtml>. Acesso em: 19 set. 2020.

<sup>376</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Raquel Dodge arquiva inquérito aberto de ofício pelo Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/raquel-dodge-arquiva-inquerito-aberto-de-oficio-pelo-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 19 set. 2020.

“*absolutamente equivocadas*”, cuja pretensão seria inconstitucional e ilegal.<sup>377</sup> Consta da decisão que a titularidade da ação penal do Ministério Público é inconfundível com os “*mecanismos investigatórios*”, “*pois o hibridismo de nosso sistema persecutório permanece no ordenamento jurídico*”. Ao sentir do ministro,

O sistema acusatório de 1988 concedeu ao Ministério Público a privatividade da ação penal pública, porém não a estendeu às investigações penais, mantendo a presidência dos inquéritos policiais junto aos delegados de Polícia Judiciária e, excepcionalmente, no próprio Supremo Tribunal Federal, por instauração e determinação de sua Presidência, nos termos do 43 do Regimento Interno.

Poder-se-ia objetar, então, se o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal seria capaz de criar uma exceção contrária à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, até então, desconhecida por todos. Evidente que não.

Na linha do que expunham, à época, os professores Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa<sup>378</sup>, o ministro que se sentisse na condição de vítima de alguma conduta certa e objetiva, deveria requisitar a atuação autônoma e independente das Polícias Civil e Federal, ou ainda, ao Ministério Público, para que tomassem as providências que entendessem cabíveis, vez que estes são os órgãos próprios para investigar condutas em tese delituosas. Portanto, “[j]amais pode[ria] o próprio STF avocar com base em regra regimental uma competência não existente na Constituição da República (artigo 102)”. Simples.

Com a dita simplicidade que este autor não ousa macular, os renomados juristas afirmavam que “[a] fixação de ‘quem’, ‘onde’, ‘como’ e ‘quando’, poderá promover investigação é de importância democrática fundamental” – legalidade, forma e procedimento constituem limites de poder à atuação do Estado. No caso, porém, tais institutos foram postos de ponta-cabeça. Em resumidas contas, (i) não se delimitou o objeto da investigação, (ii) não se delimitou quais pessoas seriam investigadas, (iii) atribuiu-se aos juízes a função de investigar, algo irreconhecível para a Constituição da República e, não fosse o bastante, (iv) os próprios juízes seriam as vítimas dos delitos apurados.

<sup>377</sup> Alexandre rejeita arquivamento de inquérito sobre ameaças ao Supremo. *Consultor Jurídico*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-16/alexandre-rejeita-arquivamento-inquerito-ameacas-stf>. Acesso em: 19 set. 2020.

<sup>378</sup> LOPES JUNIOR, Aury e ROSA, Alexandre Morais da. *Entenda a semana do Supremo e sua investigação de ofício*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-19/entenda-semana-supremo-investigacao-oficio>. Acesso em: 19 set. 2020.



Como se sabe, as investigações têm por fundamento a perscrutação de atividades possivelmente delituosas, a busca por circunstâncias ocultas cuja descoberta possa esclarecer o que efetivamente ocorreu e, então, esclarecer em grau de probabilidade – não certeza – o *fumus commissi delicti* (indícios de autoria e materialidade de crime).<sup>379</sup> Assim, o trabalho de investigação pressupõe a desconfiança em relação à pessoa investigada e a formulação de hipóteses de prática do crime. Tais funções são inegavelmente alheias à alta função jurisdicional, que, mantendo-se inerte, reserva-se nesta fase a controlar a legalidade dos inquéritos e a deferir pedidos cautelares das autoridades policiais ou do Ministério Público, isto é, pedidos que possivelmente violem os direitos fundamentais das pessoas investigadas, como, por exemplo, o direito à privacidade e à liberdade. Não atua o juiz como agente de investigação, sob pena de se tornar ator parcial e imprestável para o julgamento das condutas investigadas.

No entanto, como dito, o caso comportava nuance ainda mais peculiar: quem investiga é a vítima. Logo, qualquer espectador de tais acontecimentos automaticamente levanta a suspeita de que o investigador não é a pessoa recomendada a desvendar a possível prática do delito, porquanto evidente o interesse na causa. Ademais, como a vítima é ao mesmo tempo juiz, ela, cujo interesse na causa é pressuposto, poderá decretar prisões provisórias e medidas que violem a privacidade das pessoas investigadas. Vale anotar, neste ponto, a lição do citado professor Leonardo Marcondes Machado:<sup>380</sup>

Com efeito, em todo e qualquer procedimento persecutório criminal, é pressuposto ético-jurídico que o responsável pela sua presidência não possua qualquer espécie de interesse no resultado do caso. Não pode apresentar relação de proximidade com quaisquer dos sujeitos (imputado, vítima etc.), a fim de assegurar igualdade de tratamento e isenção na apuração dos fatos. O objetivo é um só: evitar favorecimentos indevidos ou discriminações injustificadas.

Aliás, fator que corrobora a existência de evidente parcialidade é a de que o órgão investigador sequer trabalhou com hipóteses de crimes. Desde o início, a materialidade das condutas criminosas já estava dada. Na própria Portaria de instauração do Inquérito, há menção à **existência** de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi diffamandi* e *injuriandi*, que atingem a

---

<sup>379</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, p. 181.

<sup>380</sup> MACHADO, Leonardo Marcondes. *É possível opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-11/academia-policia-possivelopor-suspeicao-autoridades-policiais-atos-inquerito>. Acesso em: 20 set. 2020.

honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares. Nas posteriores decisões do ministro Alexandre de Moraes, aqui já citadas, a menção à existência das condutas também se repete. Logo, ainda que os ministros do Supremo Tribunal Federal não venham a julgar eventual ação penal decorrente do inquérito, que autoridade terá um juiz de primeira instância para afirmar que determinada conduta não existiu ou não constitui crime? Aliás, neste mesmo cenário, mas em eventual sentença penal condenatória, a pessoa condenada irá recorrer ao Supremo Tribunal Federal, que o investigou, ao mesmo tempo, é vítima de sua conduta? Criou-se uma verdadeira aberração jurídica, sem precedentes.

Apesar de todas essas ilegalidades, a investigação persistiu com a inobservância dos postulados básicos de inércia da função jurisdicional – *ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore*.

Em 16 de abril de 2019, a renitência em reconhecer o óbvio levou a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) a impetrar mandado de segurança coletivo contra a aludida Portaria, que instaurou a investigação de ofício.<sup>381</sup> A Associação tomou a medida ao vislumbrar inconstitucionalidade e “*risco de coação ilegal em desfavor de seus membros, vez que inibe o regular exercício de suas atividades e impede a livre manifestação de opinião por qualquer cidadão, notadamente os Procuradores da República*”. Ainda, sintetizou as ilegalidades:

- a) instaurou Inquérito Criminal** em claro abuso de poder, pois o Supremo Tribunal Federal não pode se confundir com órgão investigador, em vista do princípio acusatório;
- b) designou pessoa específica para conduzir os trabalhos**, violando os princípios do juiz natural e da impessoalidade, criando verdadeiro tribunal de exceção;
- c) fundamentou o ato em artigo do Regimento Interno da Corte que não guarda similitude fática/equivalência com os fundamentos da PORTARIA**, extrapolando os âmbitos conformativos dados pela lei ao ato administrativo, pois (i) os atos investigados não ocorreram nas dependências da Suprema Corte; e (ii) não foram especificadas as autoridades investigadas e sujeitas à sua jurisdição criminal; e também
- d) ainda que se entenda que o ato seja legal, o artigo de lei (RISTF) utilizado como fundamento para a edição da PORTARIA não foi**

---

<sup>381</sup> ANPR pede a suspensão de inquérito sobre ameaças ao Supremo. *Consultor Jurídico*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-16/anpr-suspensao-inquerito-ameacas-supremo>. Acesso em: 20 set. 2020.

**recepcionado pela Constituição Federal**, pois viola o sistema acusatório e a imparcialidade do Judiciário.

Nos autos deste mandado de segurança coletivo, em 31 de julho de 2019, a Procuradoria-Geral da República foi novamente chamada a se manifestar sobre o inquérito das *fake news*.<sup>382</sup> Na ocasião, Raquel Dodge, então procuradora-geral, repisou os fundamentos aqui já destacados, porém, acrescentou que a instauração da investigação sem que haja autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição demonstraria a existência de “*investigação de prospecção*’ (ou *fishing*): ou seja, instaura-se investigação sem o mínimo indício de que recaia sobre pessoas com foro por prerrogativa de função, na expectativa de que [...] identifique-se a prática de ilícitos por pessoas que ostentem tal condição”.

Para além disso, citando notícias veiculadas à época, vez que a investigação ainda era sigilosa, a procuradora alertou que medidas cautelares de busca e apreensão (de computadores, “*tablets*” e celulares) e de bloqueio de contas em redes sociais estariam sendo determinadas em desfavor de pessoas que teriam feito, apenas, postagens “*grosseiras e depreciativas*”. Logo, a partir de conteúdo crítico, ainda que ofensivo, a liberdade de expressão, que abrange o direito de crítica, estaria sendo cerceada indevidamente.

O inquérito, novamente, persistiu.

Já no ano de 2020, o ministro Alexandre de Moraes proferiu nova decisão rumorosa nos autos do Inquérito 4.781/DF.<sup>383</sup> Dessa vez, foram decretadas em desfavor de apoiadores do governo da ocasião buscas e apreensões, bloqueios de contas em redes sociais, a oitiva dessas pessoas e de parlamentares e o afastamento do sigilo bancário e fiscal de alguns deles. A decisão foi impulsionada diante de supostas postagens em redes sociais de conteúdo fraudulento ou ofensivo à Corte, as quais estariam sendo financiadas por determinados agentes. Para robustecer as medidas invasivas, a decisão colacionou depoimentos de parlamentares de oposição ao governo da ocasião.

O eminente ministro Alexandre de Moraes registrou a existência de laudo pericial a apontar que determinados perfis “*começaram a publicar conteúdo negativo e ataques ao*

<sup>382</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *PGR defende nulidade de inquérito de ofício aberto pelo STF para apurar ameaças à Corte*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-defende-nulidade-de-inquerito-de-oficio-aberto-pelo-stf-para-apurar-ameacas-a-corte>. Acesso em: 20 set. 2020.

<sup>383</sup> STF quebra sigilo bancário de Luciano Hang e três investigados. *UOL Notícias*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/05/27/stf-quebra-sigilo-bancario-de-luciano-hang-e-tres-investigados.htm>. Acesso em: 20 set. 2020; Alexandre de Moraes determina busca e apreensão contra ativistas bolsonaristas. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-27/alexandre-determina-busca-apreensao-ativistas-bolsonaristas>. Acesso em: 20 set. 2020.

*STF, ou seus membros, a partir de 07/11/2019. Inicialmente, sem utilizar hashtags, ou adotando a hashtag #STFVergonhaNacional*". A título de exemplo, o ministro citou algumas postagens que seriam, ao seu sentir, odiosas, fraudulentas e que estariam incentivando a subversão da ordem e a quebra da normalidade institucional e democrática. Entre as postagens colacionadas, cita-se duas, para não delongar o exame da questão:

Governadores, prefeitos, ministros do STF, e líderes do Poder Legislativo são todos co-autores desses crimes de genocídio e lesa pátria ! Não sairão ilesos. Pagarão caro por isso nessa vida (@opropriofaka, 1º de abril de 2020).

O STF hoje é o maior fator de instabilidade e insegurança jurídica no país. Está claramente a serviço da bandidagem e ignora a Constituição ao inventar interpretação contra a lei. Primeiro criou um crime sem lei e agora inventa teses para anular sentenças da Lavajato (Perfil BiaKicis, 5 de maio de 2020).

De saída, registre-se que em um Estado Democrático, pode-se discordar do conteúdo de tais postagens, tê-las como baixas, deselegantes, rudes, grosseiras ou, até mesmo, falsas. No entanto, como dito, a postagem de notícias fraudulentas e o seu correspondente financiamento ainda não constituem crime. Ademais, o conteúdo aparenta ser de cunho opinativo, ainda que se discorde da leitura política empreendida ou se a repute radical.

De todo modo, chama atenção o fato de que o inquérito instaurado em meados de 2019 não foi aberto para investigar postagens feitas 1 (um) ano depois. Chega-se a um cenário sem saída para quem defenda a legalidade da investigação: (i) ou os fatos estão abarcados no bojo da investigação – e, então, o objeto do inquérito é amplíssimo; (ii) ou os fatos não estavam abarcados pela investigação e a decisão foi ilegal.

Além disso, eventuais delitos contra a honra devem ser episodicamente averiguados mediante a requisição da pessoa ofendida às autoridades policiais competentes. Não é crível que ministros respondam pela honra das “instituições democráticas”, sobretudo quando se sabe que o Congresso Nacional e a Presidência da República são alvos de opiniões ainda mais contundentes e ofensivas. Para ilustrar, tem-se a recente coluna de opinião do blogueiro Hélio Schwartzman, quem, em veículo de grande circulação, publicou o texto intitulado “*Por que torço para que Bolsonaro morra*”.<sup>384</sup> As primeiras sentenças do texto são: “*Jair Bolsonaro está com Covid-19. Torço para que o quadro se agrave e ele morra*”.

---

<sup>384</sup> SCHWARTSMAN, Hélio. *Por que torço para que Bolsonaro morra*. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2020/07/por-que-torco-para-que-bolsonaro-morra.shtml?origin=folha>. Acesso em: 21 set. 2020.

Portanto, aos olhos de quem acompanha atentamente a política nacional, parece haver um duplo padrão na análise de conteúdos opinativos, por mais deselegantes ou odiosos que todos possam ser.

Fato é que a investigação continuou.

Pouco tempo depois, o Plenário do Supremo Tribunal foi chamado a decidir sobre a constitucionalidade da investigação. No dia 10 de junho de 2020, encontrava-se na pauta do colegiado maior o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572, ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade.<sup>385</sup> Na arguição, a autora alegou o mesmo que a Procuradoria-Geral da República já alertava: inexistência de ato praticado na sede ou dependência da Corte ou de quem seriam os investigados; a incompetência do Poder Judiciário para conduzir investigações criminais; a necessidade de representação do ofendido para a investigação dos crimes contra a honra; a falta de justa causa para a instauração da investigação; e a inobservância da livre distribuição.

Em memorial enviado pela Procuradoria-Geral da República<sup>386</sup>, já sob a chefia de Augusto Aras, o órgão ministerial fez importante ressalva, qual seja, de que não se estava a tratar da legitimidade em se reprimir delitos contra a honra, a falsa comunicação de crimes e eventuais denúncias caluniosas praticadas contra membros do Poder Judiciário. A discussão residia nos *“meios de que dispõe o Supremo Tribunal Federal para deflagrar e desenvolver procedimento investigatório criminal, com o uso da força, mediante a participação da polícia judiciária”*. Aliás, essa premissa parece evidente para qualquer operador do direito.

Apesar da higidez dos argumentos levantados, o Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade da ADPF, portanto, assentou a legalidade do Inquérito 4.781/DF. Na oportunidade, fixou as seguintes balizas: (i) a investigação deve ser acompanhada pelo Ministério Público; (ii) deve ser observado o Enunciado 14 da Súmula Vinculante – possibilidade de acesso dos investigados ao inquérito; (iii) o objeto da investigação deve ser limitado a manifestações que denotem risco efetivo à

---

<sup>385</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF julga na sessão de hoje (10) ação contra inquérito das fake News*. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445182>. Acesso em 21.09.2020.

<sup>386</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Inquérito das Fake News: PGR defende prerrogativas do MPF na investigação e respeito a sistema acusatório*. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/inquerito-das-fake-news-pgr-defende-prerrogativas-do-mpf-na-investigacao-e-respeito-a-sistema-acusatorio>. Acesso em: 21 set. 2020.

independência do Poder Judiciário, “*pela via da ameaça aos membros do STF e a seus familiares*”, e que atentem contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a democracia; e (iv) deve ser observada a proteção da liberdade de expressão e de imprensa, excluindo-se matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, “*desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais*”.

O voto vencido do eminente ministro Marco Aurélio Mello, porém, deve ser reverenciado. O ministro votou pela procedência da ADPF para declarar a ilegalidade da investigação instaurada de ofício pelo então presidente do Tribunal, ministro Dias Toffoli.

A razão do voto do ministro é simples: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao eleger o sistema acusatório, não permite a utilização do poder de polícia do Tribunal para instaurar investigações de ofício. Anotou, por necessário, uma lição preliminar: “*em Direito, o meio justifica o fim, jamais o fim justifica o meio utilizado*”.<sup>387</sup>

O eminente ministro aderiu aos fundamentos já destacados pela ex-Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge. Nada além da afirmação do sistema acusatório eleito pela Constituição de 1988 e, até então, reforçado pelo Supremo Tribunal Federal.

É lição basilar de processo penal que, nos modelos inquisitivos, o julgador atua de ofício perante o suposto cometimento de um delito, sem necessidade de prévio pedido das partes, recolhendo, oficiosamente, os elementos de informação necessários para respaldar o convencimento ao qual, internamente, já se chegou. As pessoas acusadas, ainda que eventualmente culpadas de fato, são vistas como fonte de conhecimento, ficando o magistrado no papel de parte, investigador, dirigente, acusador e julgador.<sup>388</sup>

Como já mencionado neste trabalho, a Suprema Corte brasileira ostenta numerosos precedentes assentando a titularidade do Ministério Público sobre a ação penal e o caráter limitado de que deve se revestir a interferência judicial sobre a condução das investigações. Nessa linha, consolidou-se o entendimento de que é vinculante o pedido de arquivamento do inquérito efetuado pelo Procurador-Geral – o que foi absolutamente inobservado no caso em

---

<sup>387</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pleno - É constitucional inquérito sobre ameaças ao STF*. Sessão Extraordinária de 18.06.2020.

Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xf89nxcHUY8&list=PLippyY19Z47sg2UnPH2D5Z2-mwxuhWyY>. Acesso em: 21 set. 2020.

<sup>388</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, p. 222.

tela. Por imperativo do princípio acusatório, não é possível que o juiz determine de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido.<sup>389</sup>

Segundo o próprio Supremo Tribunal Federal, “o juiz não pode determinar o oferecimento de denúncia ou o seu aditamento, nem tampouco realizar diligências investigatórias por conta própria”. Na ocasião, o magistrado havia determinado a busca e apreensão de documentos. Entendeu-se, então, que fica comprometido o princípio da imparcialidade e viola-se, conseqüentemente, o devido processo legal, notadamente porque as funções de investigador são atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil.<sup>390</sup>

Ademais, em casos envolvendo prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal – ações penais originárias – o quadro não se altera: “o relator não assume a direção do inquérito, limitando-se a acompanhar os procedimentos e a decidir sobre a admissibilidade das medidas sujeitas à reserva de jurisdição”. Fixou-se ali que o sistema processual penal acusatório exige que o juiz no decorrer das investigações figure como

<sup>389</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus*. HC 82507. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 10 de dezembro de 2002. EMENTA: I. STF: competência originária: habeas corpus contra decisão individual de ministro de tribunal superior, não obstante susceptível de agravo. II. Foro por prerrogativa de função: inquérito policial. 1. A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária. 2. A remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste “autoridade investigadora”, mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações. III. Ministério Público: iniciativa privativa da ação penal, da qual decorrem (1) a irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito policial fundado na falta de base empírica para a denúncia, quando formulado pelo Procurador-Geral ou por Subprocurador-Geral a quem delegada, nos termos da lei, a atuação no caso e também (2) por imperativo do princípio acusatório, a impossibilidade de o juiz determinar de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97705/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>390</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1570. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 12 de fevereiro de 2004. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95346/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

“*magistrado de garantias*”. O processo penal justo traduz-se pela sua natureza de instrumento de garantia, no qual se deve “*promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microsistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia)*”.<sup>391</sup>

Em outra ocasião, o Supremo Tribunal Federal reputou violado o sistema penal acusatório de forma reflexa nas hipóteses em que o juiz determina de ofício o aditamento da denúncia para incluir fatos constantes do relatório policial, julgamento em que novamente se rememorou que o sistema acusatório separa as funções de acusar e julgar, conferindo o monopólio da ação penal pública e, conseqüentemente, da *opinio delicti*, ao Ministério Público.<sup>392</sup>

---

<sup>391</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental em Inquérito. *Inq 2913 AgR*. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, julgado em 01 de março de 2012. INQUÉRITO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PARLAMENTAR. NOMEAÇÃO DE FUNCIONÁRIO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES INCOMPATÍVEIS COM O CARGO EM COMISSÃO OCUPADO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE PECULATO DESVIO (ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO DE OFÍCIO, SEM OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. DOUTRINA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um “magistrado de garantias”, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a opinio delicti do Ministério Público. 2. A doutrina do tema é uníssona no sentido de que, verbis: “Um processo penal justo (ou seja, um due process of law processual penal), instrumento garantístico que é, deve promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microsistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais.” (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição: Modificando Paradigmas. Revista eletrônica de direito processual, v. 3, p. 125-136, 2009). 3. Deveras, mesmo nos inquéritos relativos a autoridades com foro por prerrogativa de função, é do Ministério Público o mister de conduzir o procedimento preliminar, de modo a formar adequadamente o seu convencimento a respeito da autoria e materialidade do delito, atuando o Judiciário apenas quando provocado e limitando-se a coibir ilegalidades manifestas. 4. In casu: (i) inquérito destinado a apurar a conduta de parlamentar, supostamente delituosa, foi arquivado de ofício pelo i. Relator, sem prévia audiência do Ministério Público; (ii) não se afigura atípica, em tese, a conduta de Deputado Federal que nomeia funcionário para cargo em comissão de natureza absolutamente distinta das funções efetivamente exercidas, havendo juízo de possibilidade da configuração do crime de peculato-desvio (art. 312, caput, do Código Penal). 5. O trancamento do inquérito policial deve ser reservado apenas para situações excepcionalíssimas, nas quais não seja possível, sequer em tese, vislumbrar a ocorrência de delito a partir dos fatos investigados. Precedentes (RHC 96713, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010; HC 103725, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010; HC 106314, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011; RHC 100961, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010). 6. Agravo Regimental conhecido e provido. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur210997/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>392</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso ordinário em habeas corpus. *RHC 120379*. Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 26 de agosto de 2014. PENAL E PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. CONEXÃO. INEXISTÊNCIA. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. SISTEMA ACUSATÓRIO. 1. O princípio acusatório é vulnerado de forma reflexa nas hipóteses em que a decisão do magistrado, após a manifestação do Ministério Público Federal no sentido de remessa dos autos ao juízo



Imbuída do espírito acusatório, ao menos até o Inquérito ora examinado, a Suprema Corte rechaçou a possibilidade de o juiz, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. Entendeu-se que tal requisição é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, “*de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória*”.<sup>393</sup>

Ainda, em precedente lapidar, o eminente Ministro Eros Grau fixou balizas de ética judicial, independência e imparcialidade do juiz. Asseverou-se, ali, que o juiz há de ser estranho ao conflito, sendo a independência a condição para que o juiz tome com liberdade decisões contrárias a interesses do governo ou impopulares, “*que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas*”. A imparcialidade, porém, é lida como a não inclinação do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais, demandando que o juiz julgue “*com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra*

---

competente, determina o aditamento da denúncia para incluir fatos constantes do relatório policial em função da conexão. 2. O sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação do *opinio delicti*, separando a função de acusar daquela de julgar. 3. A conexão permite o Juízo disputar a competência para julgamento do feito, mas não o autoriza, a pretexto do liame probatório, a superar o *dominus litis*, o Ministério Público, e determinar o oferecimento de denúncia contra o impetrante, formulando prévio juízo de culpa, gerador de nulidade processual. 4. A conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente de encontro fortuito de prova que nada tem a ver com o objeto da investigação principal, não tem o condão de impor o *unum et idem iudex*, máxime com vulneração do princípio acusatório. 5. A conexão no processo dá-se em favor da jurisdição de modo a facilitar a colheita da prova, evitar decisões contraditórias e permitir cognição mais profunda e exauriente da matéria posta a julgamento. O simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o *simultaneus processus*. 6. In casu, durante a “Operação Abate” que investigava fraude na obtenção de selo sanitário em frigoríficos no estado de Rondônia, descobriu-se esquema de corrupção envolvendo diversos órgãos federais e estaduais, autarquias e instituições financeiras públicas e privadas com a finalidade de obtenção de vantagem ilícita pelas empresas da família Bihl, no estado do Mato Grosso. O impetrante, ex-funcionário do Ministério da Integração Nacional, supostamente emitiu cartas de anuência mediante fraude para facilitar a formalização de hipoteca pelas empresas do Grupo Bihl. 7. Recurso parcialmente provido para remeter o aditamento da denúncia, apenas em relação ao recorrente, à Justiça Federal no Distrito Federal, com traslado integral dos autos. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur281777/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>393</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. *HC 115015*. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 27 de agosto de 2013. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISIÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA. MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830/2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA. 1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013. 2. Ordem concedida. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur241396/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

*alguma das partes*”, incidindo, também o princípio da impessoalidade, que impõe a imparcialidade.<sup>394</sup>

Nada obstante, todos esses fundamentos foram ignorados pelas decisões referentes ao Inquérito 4.781/DF, sobretudo no julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572/DF, afinal, “*onde muito se fala em liberdade, pouco é ela defendida*”.<sup>395</sup>

Consoante o voto condutor do acórdão, de lavra do eminente ministro Edson Fachin, é registrado de início que no sistema constitucional de justiça, “*a regra é direta: nele, a autoridade policial investiga, o Ministério Público é a parte que acusa e o juiz julga*”. Contraditoriamente, logo em seguida, diz-se que a titularidade da ação penal não elide a promoção de diligências investigativas – mesmo sendo o investigador vítima e juiz. Nesse sentido, o poder de polícia no “*âmbito*” do Tribunal derivaria do compromisso institucional com a ordem constitucional, que estaria sendo submetida a testes a partir de uma matéria jornalística a respeito de um componente do Tribunal ou diante de postagens deslegantes em redes sociais. Eis que a “*vocação*” de defesa da Constituição por parte do Tribunal o permitiria, neste cenário, lançar mão de instrumentos de defesa, “*na linha da teoria dos poderes inerentes*”, notadamente a partir da ausência de atuação “*dos órgãos de controle com*

---

<sup>394</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus. HC 95009. Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 06 de novembro de 2008. [...] ESTADO DE DIREITO E DIREITO DE DEFESA. O Estado de direito viabiliza a preservação das práticas democráticas e, especialmente, o direito de defesa. Direito a, salvo circunstâncias excepcionais, não sermos presos senão após a efetiva comprovação da prática de um crime. Por isso usufruímos a tranqüilidade que advém da segurança de sabermos que se um irmão, amigo ou parente próximo vier a ser acusado de ter cometido algo ilícito, não será arrebatado de nós e submetido a ferros sem antes se valer de todos os meios de defesa em qualquer circunstância à disposição de todos. Tranqüilidade que advém de sabermos que a Constituição do Brasil assegura ao nosso irmão, amigo ou parente próximo a garantia do habeas corpus, por conta da qual qualquer violência que os alcance, venha de onde vier, será coibida. COMBATE À CRIMINALIDADE NO ESTADO DE DIREITO. O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno, é por um lado a divisão do trabalho; por outro a monopolização da tributação e da violência física. Em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada admite-se que todos cumpram as mesmas funções. O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I). ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. A neutralidade impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo --- quando o exigam a Constituição e a lei --- mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe [...]. Ordem concedida. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87036/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>395</sup> PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 30.

*o fim de apurar o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito”.*

Será que os órgãos próprios de controle, incluindo-se todo o Ministério Público e a Polícia Federal, simplesmente não viram tal perigo ao Estado de Direito?

O artigo 43 do Regimento Interno do Tribunal foi desempoeirado e, segundo o eminente Relator, tido surpreendentemente como o “*exercício do poder de polícia regimental destinado a tutelar o próprio Poder Judiciário, como guardião da Constituição (CR, art. 102), reclamando um regime jurídico também distinto*”. Na mesma linha, o eminente ministro Dias Toffoli, quem instaurou a investigação, defendeu o referido ato, alegando<sup>396</sup>:

Não se nega que o art. 43 do RISTF, em sua concepção originária, destinava-se a tutelar o prestígio e a autoridade do Supremo Tribunal Federal, notadamente quanto a ofensas que pudessem vir a ser praticadas presencialmente em suas dependências por autoridades sujeitas a sua jurisdição. Contudo, nosso Regimento Interno, parafraseando José Joaquim Gomes Canotilho, não é um texto jurídico estático e rígido, indiferente às alterações da realidade. É preciso, todavia, ir além da *occasio legis*, a fim de, pela interpretação teleológica, buscar a *ratio legis*, seu fundamento racional.

Pede-se licença para discordar do entendimento acima delineado. Como aqui já se mencionou, o adormecido artigo 43 do Regimento Interno sempre se destinou ao âmbito do próprio Tribunal, à segurança das sessões e ao poder de polícia dos ministros para ordenar os trabalhos durante a execução da função jurisdicional. Repete-se: para qualquer leitor, leigo ou acadêmico de direito, “*sede ou dependência*” do Tribunal significa “*sede ou dependência*” do Tribunal. É dizer, o espaço físico da Corte. Tal interpretação é inescapável, a não ser que seja ignorado o apreço pela legalidade.<sup>397</sup>

<sup>396</sup> Supremo valida inquérito das fake news, que investiga ameaças a ministros. *Consultor Jurídico*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/supremo-valida-inquerito-fake-news-ameacas-ministros?imprimir=1>. Acesso em: 18 set. 2020.

<sup>397</sup> Deve-se registrar, novamente, a existência da Resolução nº 564, de 06 de novembro de 2015, que regulamenta o exercício do poder de polícia previsto no art. 42, 43, 44 e 45 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. No documento, o alcance dos mencionados dispositivos que tratam do Poder de Polícia do Tribunal é fixado de modo a não deixar dúvidas. Confira-se: “*Art. 1º O Presidente responde pela polícia do Supremo Tribunal Federal, competindo aos magistrados que presidem as turmas, sessões e audiências exercê-la, nos respectivos âmbitos de atuação, contando todos com o apoio de agentes e inspetores de segurança judiciária, podendo estes e aqueles, quando necessário, requisitar a colaboração de autoridades externas. Parágrafo único. O exercício do poder de polícia destina-se a assegurar a boa ordem dos trabalhos **no Tribunal**, proteger a integridade de seus bens e serviços, bem como a garantir a incolumidade dos ministros, juízes, servidores e demais pessoas **que o frequentam***” (grifo nosso). Resolução regulamenta exercício do poder de polícia no Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-09/resolucao-regulamenta-poder-policia-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 10 set. 2020.

Por outro lado, o eminente ministro Celso de Mello, em seu voto na Medida Cautelar na ADPF 572/DF<sup>398</sup>, asseverou que prevaleceria, no Brasil o modelo acusatório misto ou mitigado, que, longe de transformar o Juiz em mero e inerte espectador da cena processual (como ocorreria se vigesse o sistema acusatório puro), “*investe o magistrado do papel de fiscalizar e superintender a atividade investigatória*”, sendo possível o exercício de poderes instrutórios, considerado o disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal.<sup>399</sup>

Porém, o artigo 156 faculta – inconstitucionalmente – a atividade probatória ao juiz. Portanto, tal dispositivo, ainda que estivesse em compasso com o sistema acusatório constitucional, não validaria investigações abertas de ofícios por juízes, com todas as diligências invasivas determinadas sem requisição das partes, com expresse pedido de arquivamento do Ministério Público e, pior, sendo o juiz a própria vítima dos supostos delitos investigados. Não fosse o bastante, olvidou-se o eminente Decano de dezenas de precedentes capitaneados por Sua Excelência – alguns já citados neste estudo –, em que se reforça que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao eleger o sistema processual penal acusatório, tem como “***núcleo essencial** [...] a nítida e clara separação orgânica e funcional que deve haver entre as atividades de **investigar**, de **acusar**, de **defender** e de **julgar***” (grifo nosso).<sup>400</sup> Sempre se disse haver uma “*opção inequívoca*” do ordenamento constitucional pelo sistema penal acusatório, decorrendo daí “*uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional*”, o que, além

<sup>398</sup> Supremo valida inquérito das fake news, que investiga ameaças a ministros. *Consultor Jurídico*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/supremo-valida-inquerito-fake-news-ameacas-ministros?imprimir=1>. Acesso em: 18 set. 2020.

<sup>399</sup> BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal: Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

<sup>400</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Petição. *Pet 8813*. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 01 de junho de 2020. 1. O caso em julgamento: “Notitia criminis” e medida cautelar de apreensão de aparelho celular do Presidente da República e de outras pessoas. 2. O cumprimento das decisões e ordens judiciais como expressão do dever de fidelidade à Constituição da República, sob pena de responsabilização político-administrativa, quando se tratar de ato ou omissão imputável tanto ao Presidente da República (CF, art. 85, VII, c/c a Lei nº 1.079/50, arts. 12, ns. 1 e 2) quanto a Ministro de Estado (Lei nº 1.079/50, art. 13, n. 1), sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal. 3. Da pretendida instauração de investigações e apreensão cautelar de telefones celulares. 4. Conclusão: pedido não conhecido, por ausência de legitimidade ativa dos noticiantes. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1106376/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

de preservar a imparcialidade do Judiciário, promoveria a paridade de armas entre acusação e defesa.<sup>401</sup>

O eminente ministro Gilmar Mendes, por sua vez, sustentou que são investigadas graves ameaças à vida e à integridade física de Ministros do STF e de seus familiares, como arremesso de um artefato explosivo em 2020 contra a residência de um ministro, a tentativa de agressão física a ministro em maio de 2019, em São Paulo, ou ameaça de morte em redes sociais.<sup>402</sup> Conforme o eminente ministro aponta, caso sejam provadas tais condutas, é óbvio que transbordam o direito à liberdade de expressão.

Sobre a relevância da atuação investigatória do Supremo Tribunal Federal, o ministro Gilmar Mendes assentou que, embora a Procuradoria-Geral da República “*esteja vindicando o protagonismo sobre a apuração dos fatos ocorridos no Inquérito 4.781*” – tal como prevê a Constituição da República –, seria necessário registrar que o Ministério Público Federal não adotou as providências cabíveis em casos comunicados ao órgão.

O eminente ministro destacou alguns dados obtidos que registram a comunicação de possíveis crimes cometidos contra o Tribunal e seus membros e que não teriam sido devidamente apurados<sup>403</sup>:

---

<sup>401</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Petição. *Pet 8820*. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgamento: 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despachol111562/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

<sup>402</sup> O eminente ministro citou algumas condutas investigadas: “(i) *Apuração de atentado realizado no ano de 2020, em residência de Ministro do Supremo Tribunal Federal, mediante o arremesso de ‘artefato explosivo’ de dentro de um veículo automotor ainda não identificado; (ii) Tentativa de agressão física a Ministro em maio de 2019, no município de São Paulo, com arremesso de objeto em via pública ao final de evento acadêmico. Com o aprofundamento das investigações, identificaram-se diversos registros de porte de armas em nome do investigado; (iii) Expressa ameaça de morte à Ministro da Corte e seu familiar em rede social, tendo o investigado afirmado que daria um tiro em nas costas do ministro. Em outras postagens em rede social, reiterou-se o incentivo a atirar, nas costas e à queima-roupa, em todos os Ministros desta Corte, referidos com expressão chula e, ainda, sugere jogar combustível e tocar fogo no Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, quando os Ministros ali estivessem reunidos e (iv) Em novembro de 2019, uma advogada no Rio Grande do Sul publicou em sua página pessoal da rede social Facebook a aclamação pública para ‘que estuprem e matem as filhas dos Ordinários Ministros do STF’*”. Tem-se, ainda, a divulgação de notícias falsas que vinculariam oito dos onze Ministros desta Casa ao narcotráfico internacional, o que teria ensejado, inclusive, a “*a apresentação de denúncia na ONU*”. Supremo valida inquérito das fake news, que investiga ameaças a ministros. *Consultor Jurídico*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/supremo-valida-inquerito-fake-news-ameacas-ministros?imprimir=1>. Acesso em: 18 set. 2020.

<sup>403</sup> Entre outros ofícios, o eminente ministro citou: “*Ofício nº 003412/2018: Registro de agressão contra o Ministro Gilmar Mendes em Portugal. Representação feita pelo próprio Ministro ao Diretor-Geral da Polícia Federal. Foram solicitadas informações junto à Polícia Federal, que se limitou a dizer que, em 24 de maio de 2019, estava em fase final de diligências. A Polícia Federal não prestou novas informações após esse último contato; Ofício nº 007210/2018: Registro de declaração de Procuradora da República, que teria afirmado que o STF estava a serviço de bandidos. A então Presidente encaminhou ofício à PGR em 13 de julho de 2018. A PGR respondeu ao ofício dizendo que foi aberto procedimento no CNMP. Não há registro de sanção aplicada à procuradora; Ofício nº 013021/2018: comunicação de agressão verbal contra o Ministro Lewandowski em*

*“Ofício n° 003766/2018: Registro de ocorrência em frente à residência do Ministro Lewandowski em São Paulo, no dia 30 de março de 2018. Nessa oportunidade, manifestantes estavam colocando fogo em bonecos que representavam os Ministros desta Corte, atirando ovos contra a residência do Ministro e praticando outros atos semelhantes. A então Presidente desta Corte, Ministra Cármen Lúcia, encaminhou os fatos ao Diretor-Geral da Polícia Federal em 6 de abril de 2018. Não houve retorno a respeito de providências adotadas pela Polícia Federal quanto ao caso”.*

Ainda, no mesmo voto<sup>404</sup>, foi aberto um parêntese *“para registrar que, nos últimos anos, até mesmo membros do MPF tem deferido críticas expressas aos ministros do STF em meios de imprensa”.*

Concluindo, o ministro alegou que o uso orquestrado de robôs, recursos e pessoas para divulgar, de forma sistemática, ataques ao STF, ameaças pessoais aos Ministros e a seus familiares, passaria longe da mera crítica ou manifestação de opinião. Tratar-se-ia, na verdade, de um movimento organizado, que busca atacar um dos poderes responsáveis pela garantia dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático.

No entanto, observando os fatos destacados pela própria Corte, parece improvável, por exemplo, que (i) a matéria da Crusoé de 2019, (ii) um arremesso de objeto em via pública em direção a um ministro ao final de evento acadêmico, (iii) uma agressão verbal a um ministro em voo comercial e (iv) uma postagem em rede social contendo a opinião (portanto, como dizer que é falsa?) de uma parlamentar, no sentido de que o Tribunal seria o maior fator de instabilidade e insegurança jurídica no país, consistiriam em condutas orquestradas por um grupo específico. Por óbvio, não se nega a possibilidade de cada conduta, individualmente analisada, configurar um delito específico, nem tampouco se desconsidera a gravidade e a baixezca de determinadas condutas, isoladas, que certamente podem macular a honra dos eminentes ministros.

A discussão jurídica é sobre os meios detidos pelo Poder Judiciário para se opor aos ditos *“ataques”*. Certamente, a instauração de uma investigação de ofício pelas próprias pessoas ofendidas, sem objeto definido e sem previsão legal não constitui um desses meios.

---

*voo comercial. O Ministro Toffoli enviou ofício à PGR em 5 de dezembro de 2018. Não houve qualquer retorno quanto a eventuais providências adotadas. Em 11 de outubro de 2019, tendo em vista a ausência de providências pela PGR, os fatos foram encaminhados para o inquérito das fake news; Ofício n° 013215/2018: registro de ameaça de bomba no STF por e-mail. Foi encaminhado ofício ao DGPF em 11 de janeiro de 2019. Há registro apenas de que foi aberto inquérito policial, sem informação sobre o número e sem informações posteriores quanto ao andamento do inquérito”.*

<sup>404</sup> Supremo valida inquérito das fake news, que investiga ameaças a ministros. *Consultor Jurídico*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/supremo-valida-inquerito-fake-news-ameacas-ministros?imprimir=1>. Acesso em: 18 set. 2020.

Sobretudo quando se vê na investigação condutas circunscritas ao direito à liberdade de expressão e pensamento.

É certo, porém, que muitos juristas aceitaram sem maiores embaraços o procedimento inquisitivo relido. A lógica é sempre a dos argumentos abstratos, consequencialistas, utilitários e atécnicos. Tal como o pavor dos inquisidores sempre fora uma lei impessoal e que retirasse o arbítrio e o decisionismo dos magistrados, o apego às formalidades, tão antiquadas, soa como atividade insignificante e secundária aos ouvidos dos que defendem a investigação.

O eminente professor Georges Abboud<sup>405</sup> entende que sob a perspectiva institucional, a investigação se justificaria como um modo de legítima defesa do Supremo Tribunal Federal contra pessoas que “*já não consideram mais a existência do Tribunal como algo legítimo ou necessário. Esse é o novo normal que o obscurantismo autocrático desses agentes nos apresenta [...]*”.

Discorda-se do renomado jurista. A prática de delitos sempre foi considerada nefasta. Esperava-se, porém, a partir dos auspícios do Império da Lei, que os servidores públicos se conduzissem pela legalidade e impessoalidade. Obscurantismo é desconsiderar a lei e validar o arbítrio. E não é banal o saber de que, usualmente, o “*criador dobra sob o peso da própria criação*”.<sup>406</sup>

O Direito posto não pode ser alvo de constante mutação ao sabor do vento, pelo que figura como pressuposto básico limitador do Poder Judiciário a impossibilidade de o magistrado se mover quando ausente pedido das partes, “*ou se pronunciasse sobre o seu próprio litígio*”, o que o autorizado magistério de Mauro Cappelletti permite afirmar: o juiz que assim procede, “*embora vestindo a toga de magistrado e a si mesmo se chamando juiz, teria na realidade cessado de sê-lo*”.<sup>407</sup> Daí, é certo, não se pode assumir que a magistratura deveria se restringir ao papel de “*boca da lei*”, mas, seguramente, deve-se agir com autocontenção no papel criativo, pois “*apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador*”.<sup>408</sup>

---

<sup>405</sup> O paradoxo do juiz sem tribunal: ainda o inquérito das fake news. *Consultor Jurídico*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-20/observatorio-constitucional-paradoxo-juiz-tribunal-ainda-inquerito-fake-news?imprimir=1>. Acesso em: 19 set. 2020.

<sup>406</sup> MARX *Apud* REALE, op. cit., p. 13.

<sup>407</sup> CAPPELLETTI, op. cit., p. 80.

<sup>408</sup> CAPPELLETTI, op. cit., p. 74.

No campo do processo penal, porém, a atuação dinâmica e *além* da lei é de todo repudiável, sob pena de se incorrer no erro fatal dos sistemas inquisitórios: “*crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar*”.<sup>409</sup>

De mais a mais, nota-se a flagrante violação ao sistema acusatório por parte do Tribunal que, registre-se, mais reforçou a orientação desse próprio sistema nas últimas décadas. O cenário faz rememorar uma conhecida passagem: “*Quando a política penetra no recinto dos tribunais – lembra GUIZOT – a justiça se retira por alguma porta*”.<sup>410</sup>

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se sabe, a Constituição de um país é a sua “*decisão política fundamental*”.<sup>411</sup> Assim, considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se interessa pela persecução penal, atividade sensível e cara ao Estado, a regência de como a jurisdição é administrada e distribuída (direito processual) deve passar pelo filtro de validade posto pela própria Constituição.

Embora a Lei Fundamental de 1988 não opte expressamente por determinado sistema processual penal, o Supremo Tribunal Federal, intérprete maior do texto constitucional, assim como a doutrina majoritária, a partir de uma interpretação sistêmica, chegam à conclusão de que a Constituição da República elege o sistema acusatório como aquele a ser adotado no Brasil.

O ponto de partida é o alheamento do órgão julgador das atividades acusatórias. Como visto, traço marcante do sistema inquisitivo é a concentração de competências para investigar, acusar e julgar (por vezes até defender) nas mãos de um único magistrado. Extrai-se, porém, do art. 129, I, da Constituição da República, ser do Ministério Público a função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública.

---

<sup>409</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, p. 228.

<sup>410</sup> MOURA BITTENCOURT, op. cit., p. 44.

<sup>411</sup> Cuida-se da notória concepção de Carl Schmitt sobre as Constituições. Ver: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 189.



Feito o cotejo deste pilar de separação das funções processuais com os diversos direitos e garantias fundamentais, para além da reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, parece inequívoca a escolha pelo sistema acusatório.

Mas não seria possível desenhar o sistema processual brasileiro sem averiguar a correspondência do espírito constitucional em relação à legislação infraconstitucional, cujo papel é o de densificar as normas e, de forma mais concreta, organizar a vida das pessoas. Surge, então, o problema: o processo penal brasileiro não está alinhado com a Constituição da República de 1988. A legislação processual de 1941, que rege a persecução penal, foi editada sob os auspícios de uma ordem política distinta daquela de 1988 e, após a atual Carta Política, o Código de regência não foi alvo de uma reforma estrutural e basilar.

Conforme já se pontuou neste trabalho, embora do ponto de vista da conformidade constitucional haja um salutar avanço diante da promulgação da Lei nº 13.964/2019 (“*Pacote Anticrime*”), que, em resumidas contas, aboliu a decretação de medidas cautelares de ofício, instituiu a figura do juiz de garantias e determinou a separação dos autos do inquérito dos autos de eventual ação penal (estes dois últimos pontos suspensos por decisão já citada do Supremo Tribunal Federal), fato é que subsiste uma considerável iniciativa probatória dos órgãos julgadores que não se alinha com os preceitos de um processo acusatório.

Como visto, tal iniciativa é fruto da supremacia do interesse pela busca da verdade e pela crença de que o magistrado pode e deve atuar proativamente para descobrir essa verdade – sentimentos que nortearam o Código de Processo Penal de 1941. Com efeito, a Constituição não convalida essa atuação do órgão julgador, pois, ao eleger o sistema acusatório, separa com clareza as funções de cada sujeito processual durante a persecução penal.

Deve-se assegurar que a separação de funções não seja meramente formal, isto é, não basta que um órgão formule a denúncia, outro órgão julgue-a e outro órgão defenda a pessoa acusada. A concretização do mandamento constitucional de conferir o interesse privativo da ação penal ao Ministério Público e, excepcionalmente, ao particular ofendido, acarreta a conclusão inescapável de que o órgão julgador não pode representar ou aparentar representar parcialidade.

A consequência desta conclusão é a retirada da esfera de poder dos juízes a iniciativa de ofício, seja no campo cautelar, seja no campo probatório, de modo que não seja possível a adoção autônoma de posturas que revelem inclinação em favor de alguma das partes.

Neste cenário, no processo penal, a iniciativa probatória do órgão julgador, ainda que supletiva, revela, inegavelmente, inserção do magistrado na esfera da atuação do órgão de acusação – a quem incumbe perseguir criminalmente de forma privada –, sobretudo porque o ônus probatório é de quem acusa e o papel de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis é do Ministério Público.

Alia-se ao problema de gestão da prova a questão cultural sobre a finalidade do processo penal. Como visto, o Código de Processo Penal foi editado com o ideal de despír a persecução penal do “*excesso de formalismos*”, dando-se prioridade ao conceito de processo como meio de obtenção da verdade. Na prática, observa-se essa orientação pela necessidade legal de comprovação de prejuízo decorrente de nulidades relativas ou absolutas, para que estas sejam reconhecidas, ou do não reconhecimento de nulidade de ato processual que não tenha influído na apuração da “*verdade substancial*”. Soma-se a isso o reforço jurisprudencial sobre o tema, de forma a priorizar, via de regra, pelo utilitarismo processual.

Se é certo que a presteza da prestação jurisdicional e a pacificação do conflito social são valores essenciais para a vida em sociedade, a fixação cogente das regras do jogo processual também o são. Tratar o processo penal pelo viés constitucional do devido processo legal, como meio legitimador do poder de punir do Estado e com balizas de atuação cuja inobservância será reprimida é o caminho ideal e seguro para atingir a própria pacificação do conflito social. Nesse sentido, conforme a lição do professor Aury Lopes Júnior, no processo penal, “*forma é garantia e limite de poder, pois aqui se exerce o poder de punir em detrimento da liberdade*”. Portanto, sendo o mencionado poder de punir limitado e condicionado, “*não se deve importar a tal ‘instrumentalidade das formas’ e ‘informalismo processual’*”.<sup>412</sup>

Em que pese a lógica do *informalismo* persistir, deve-se registrar que o aludido Pacote *Anticrime* positivou a estrutura acusatória no Código de Processo Penal a partir do artigo 3º-A, cuja redação se transcreve: “*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*”. O dispositivo, ainda que suspenso por decisão do Supremo Tribunal Federal, poderá vedar a substituição da atividade probatória do acusador pelo magistrado e revogar

---

<sup>412</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, p. 69.

tacitamente os diversos dispositivos citados no tópico 2.2.4, os quais conferem poderes instrutórios aos juízes.<sup>413</sup>

Assim, conclui-se que a quadra legal é alvissareira, notadamente considerando as recentes mudanças empreendidas pela Lei nº 13.964/2019. Resta saber como os Tribunais recepcionarão as alterações mencionadas.

Por outro lado, se o “juiz é o direito tornado homem”<sup>414</sup> e ocupa, inegavelmente, posição crucial no processo penal, pois decidirá, eventualmente, pela procedência ou não da acusação, é certo que esta personagem deverá atuar em conformidade indubitosa com o texto constitucional.

Repete-se, pela beleza da passagem, o ensinamento do eterno magistrado Edgard de Moura Bittencourt, em que cita o jurista belga Edmond Picard: “*a independência perante influências e solicitações é admirável; mas o que convém admirar ativamente é a independência perante si próprio*”.<sup>415</sup> Portanto, mover-se em nome da garantia constitucional da independência para abandonar a serenidade e agir com “*fanfarronice buscando as luzes da ribalta*” é desvirtuar a própria independência.<sup>416</sup>

É grave e desalentador, igualmente, observar que o Supremo Tribunal Federal, que tanto reforçou o sistema acusatório constitucional desde a vigência da Lei Fundamental de 1988, optou, sem maiores embaraços, por ressuscitar um dispositivo adormecido de seu regimento interno e dotá-lo de alcance à margem da legalidade estrita – pior: em matéria processual penal. O Inquérito 4.781/DF, vulgarmente denominado de inquérito das *fake news* ou *do fim do mundo*, comporta severas violações à Constituição da República.

À exceção do eminente ministro Marco Aurélio Mello, o Tribunal, ao sentir deste autor, filiou-se à lógica dos argumentos abstratos, consequencialistas, utilitários e incompatíveis com o Estado de Direito. Tal como o pavor dos inquisidores sempre fora uma lei impessoal e que retirasse o arbítrio e o decisionismo dos magistrados, o apego às formalidades, tão antiquadas, aparentou ser atividade insignificante e secundária aos raciocínios dos eminentes ministros que confirmaram a dita legalidade das investigações, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572/DF.

---

<sup>413</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, pp. 245-250.

<sup>414</sup> CALAMANDREI, op. cit., p. 30.

<sup>415</sup> MOURA BITTENCOURT, op. cit., p. 221.

<sup>416</sup> SANDOVAL, op. cit., pp. 326-327.

No dizer do professor Luigi Ferrajoli, o processo penal deve ser regido pela separação triangular entre os sujeitos, isto é, duas partes polarizam a contenda processual e a terceira figura se situa *super partes*.<sup>417</sup> O conflito que marca a persecução penal comporta a legítima pretensão da sociedade em punir a prática de ilícitos penais e a pretensão corriqueiramente oposta da pessoa acusada, a qual resiste, visando à manutenção de sua valiosa e cara liberdade de ir e vir.

Consiste em pressuposto da função jurisdicional que o órgão julgador seja imparcial frente ao conflito que venha a julgar. Caso contrário, a jurisdição carecerá de razão de ser. Portanto, é necessário que o juiz “*não tenha qualquer interesse privado ou pessoal na solução da causa*”<sup>418</sup>, pois, assim, manterá a equidistância em relação aos interesses contrapostos.

Por fim, conclui-se que a quadra legal é alvissareira, notadamente considerando as recentes mudanças empreendidas pela Lei nº 13.964/2019. Resta saber como os Tribunais recepcionarão as alterações mencionadas.

---

<sup>417</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 465.

<sup>418</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 465.

## REFERÊNCIAS

ADINOLFI, Giulio. *Extremismos en tema de "accusatio" e "inquisitio" en el proceso penal romano*. Rev. estud. hist. juríd., Valparaíso, n. 31, 2009.

Alexandre de Moraes revoga decisão que censurou reportagens de 'Crusoé' e 'O Antagonista'. *Globo*. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/18/alexandre-de-moraes-revoga-decisao-que-censurou-reportagens-de-crusoe-e-antagonista.ghtml>. Acesso em: 19 set. 2020.

Alexandre de Moraes determina busca e apreensão contra ativistas bolsonaristas. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-27/alexandre-determina-busca-apreensao-ativistas-bolsonaristas>. Acesso em: 20 set. 2020.

Alexandre rejeita arquivamento de inquérito sobre ameaças ao Supremo. *Consultor Jurídico*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-16/alexandre-rejeita-arquivamento-inquerito-ameacas-stf>. Acesso em: 19 set. 2020.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Código de instrução criminal francês de 1808*. Curitiba: Juruá, 2008.

ANPR pede a suspensão de inquérito sobre ameaças ao Supremo. *Consultor Jurídico*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-16/anpr-suspensao-inquerito-ameacas-supremo>. Acesso em: 20 set. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal* [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BARROS, Francisco Dirceu; ARAS, Vladimir. *O sistema acusatório e o arquivamento do inquérito policial*. In: Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão; coordenação e organização: Andréa Walmsley, Lígia Cireno, Márcia Noll Barboza; [colaboradores: Paulo Queiroz ... et al.]. – Brasília: MPF, 2020. pp. 116-162. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em 13.09.2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Opinião Jurídica, v. 3, n. 6 (2005). Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2881>.

BASTOS, Marcus Vinicius Reis. *Poderes instrutórios do juiz e o anteprojeto do código de processo penal*. In: Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. *Lei de 29 de novembro de 1832*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm#:~:text=LEI%20DE%2029%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201832.&text=Pr omulga%20o%20Codigo%20do%20Processo,da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20d a%20Justi%C3%A7a%20Civil.&text=1%C2%BA%20Nas%20Provincias%20do%20Imper io,Paz%2C%20Termos%2C%20e%20Comarcas](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm#:~:text=LEI%20DE%2029%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201832.&text=Pr omulga%20o%20Codigo%20do%20Processo,da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20d a%20Justi%C3%A7a%20Civil.&text=1%C2%BA%20Nas%20Provincias%20do%20Imper io,Paz%2C%20Termos%2C%20e%20Comarcas). Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM261.htm#:~:text=Reformando%20o%20Codigo%20do%20Processo%20Criminal.&text=2%C2%BA%20Os%20Chefes%20de%20Policia,amoviveis%2C%20e%20obrigados%20a%20acceitar](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm#:~:text=Reformando%20o%20Codigo%20do%20Processo%20Criminal.&text=2%C2%BA%20Os%20Chefes%20de%20Policia,amoviveis%2C%20e%20obrigados%20a%20acceitar). Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM2033.htm#:~:text=Altera%20diferentes %20disposi%C3%A7%C3%B5es%20da%20Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Judiciaria.&t ext=Art.&text=%C2%A7%205%C2%BA%20Os%20Chefes%20de,obrigatoria%20a%20ac eita%C3%A7%C3%A3o%20do%20cargo](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htm#:~:text=Altera%20diferentes %20disposi%C3%A7%C3%B5es%20da%20Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Judiciaria.&t ext=Art.&text=%C2%A7%205%C2%BA%20Os%20Chefes%20de,obrigatoria%20a%20ac eita%C3%A7%C3%A3o%20do%20cargo). Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941*. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1941:1001068550>. Acesso em 13 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus. *HC 367.789/SP*. Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 25 de abril de 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201602185355&dt\\_publicacao=03/05/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602185355&dt_publicacao=03/05/2017). Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus. *RHC 24.203/RS*. Rel. Ministra LAURITA VAZ, julgado em 02 de dezembro de 2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200801642149&dt\\_publicacao=04/04/2011](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801642149&dt_publicacao=04/04/2011). Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus. *RHC 102.457/SP*. Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 09 de outubro de 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802239407&dt\\_publicacao=19/10/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802239407&dt_publicacao=19/10/2018). Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus. *HC 553.628/RJ*. Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado em 12 de maio de 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201903818676&dt\\_publicacao=18/05/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903818676&dt_publicacao=18/05/2020). Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus. *RHC 23.945/RJ*. Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), julgado em 05 de fevereiro de 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200801423264&dt\\_publicacao=16/03/2009](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801423264&dt_publicacao=16/03/2009). Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial. *AgRg no REsp 1375198/PI*. Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 17 de março de 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201301056424&dt\\_publicacao=24/03/2015](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301056424&dt_publicacao=24/03/2015). Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. *HC 89837/DF*. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, 20 de outubro de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169772/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 5104 MC*. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, 21 de março de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282429/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. *HC 84051*. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 17 de agosto de 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur6751/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus. *HC 82507*. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 10 de dezembro de 2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97705/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1570*. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95346/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Agravo Regimental em Inquérito. *Inq 2913 AgR*. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, julgado em 01 de março de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur210997/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso ordinário em habeas corpus. *RHC 120379*. Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 26 de agosto de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur281777/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4693*. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 11 de outubro de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur393628/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. *HC 115015*. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 27 de agosto de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur241396/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Inquérito. *Inq 4420*. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 21 de agosto de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur395832/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. *HC 108527*. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 14 de maio de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur250364/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Inquérito. *Inq 4831*. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 22 de março de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus. *HC 95009*. Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 06 de novembro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87036/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Inquérito. *Inq 4458*. Relator(a): GILMAR MENDES, julgado em 11 de setembro de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur391843/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. *RE 425734 AgR*. Relator(a): ELLEN GRACIE, julgado em 04 de outubro de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur10261/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. *HC 89837*. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 20 de outubro de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169772/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. *HC 156.600*. Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25 de setembro de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur411136/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. *HC 115.613*. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 25 de junho de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur271670/false>. Acesso em: 07 out. 2020.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus*. HC 82507. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 10 de dezembro de 2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97705/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Petição. *Pet 8813*. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 01 de junho de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1106376/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Petição. *Pet 8820*. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgamento: 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1111562/false>. Acesso em: 07 out. 2020.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política* – trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. Vol. I.

BONFIM, Edilson Mougén. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2019.

BUSATO, Paulo César. *De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias: um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, nov. 2010.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados* – trad. Ary dos Santos. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1981.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* – trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal* [edição virtual]; tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2009.

Celso de Mello concede HC a homem privado de audiência de custódia. *Consultor Jurídico*. 2020. Ver: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-18/celso-mello-concede-hc-homem-privado-audiencia-custodia>. Acesso em: 11 set. 2020.

CONTRERAS LOPEZ, Rebeca Elizabeth. *Legalidad y convencionalidad como base del sistema penal acusatorio en México*. Cuest. Const., México, n. 33, dic. 2015.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1975.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. In: Revista de informação legislativa. vol. 46, nº 183, p. 103-115. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

\_\_\_\_\_, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. *As regras sobre a decisão do arquivamento do inquérito policial: o que muda com a lei 13.964/19?* In: BOLETIM IBCCRIM - ANO 28 - N.º 330 - MAIO DE 2020 - ISSN 1676-3661. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/40/boletim-330-especial-lei-anticrime>. Acesso em 13.09.2020.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume I. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Volume I e III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Volume II. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* – trad. Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Ticiano; VELLOSO, Pedro Ivo e GUERREIRO, Luiz Felipe. *Foro por prerrogativa de função: impasses e insegurança jurídica*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/opiniao-foro-prerrogativa-funcao>. Acesso em: 19 set. 2020.

FILOCRE, Lincoln D'Aquino. *Direito de segurança pública: limites jurídicos para políticas de segurança pública*. São Paulo: Almedina, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2014.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2018.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*; tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

GUIMARÃES, Mário. *O Juiz e a Função Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HAURIUO, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* – trad. José Antonio González Casanova. Barcelona: Ediciones Ariel, 1971.

ILLUMINATI, Giulio. *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto alegre, vol. 4, n. 2, p. 533-557, mai./ago, 2018.

JUSTO, António Santos. *Introdução ao estudo do direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2018.

KELLY, John M.. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Trad. Marylene Pinto Michael; revisão técnica e de tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. Salvador: JusPodivm, 2017.

LEITE, André Estima de Souza. *O sistema acusatório já positivado no Brasil e os entraves à sua efetivação*. In: Desafios contemporâneos do sistema acusatório. / Associação Nacional dos Procuradores da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão e 7ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Organizadores: Lívia Nascimento Tinôco, Luiza Cristina Frischeisen, Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva, Silvio Amorim Junior e Vladimir Barros Aras. ISBN: 978-85-54361-02-0. Brasília: ANPR, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2020.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2020.

\_\_\_\_\_. e ROSA, Alexandre Moraes da. *Entenda a semana do Supremo e sua investigação de ofício*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-19/entenda-semana-supremo-investigacao-oficio>. Acesso em: 19 set. 2020.

MACHADO, Leonardo Marcondes e BALDAN, Edson Luís. *Inquérito supremo e revolta ministerial: inquisitorialidade na investigação criminal*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-19/opinio-anomia-inquisitorialidade-inquerito-aberto-stf>. Acesso em: 20 set. 2020.

MACHADO, Leonardo Marcondes. *É possível opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-11/academia-policia-possivelopor-suspeicao-autoridades-policiais-atos-inquerito>. Acesso em: 20 set. 2020.

MAIER, Julio B. J.. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999.

Marco Aurélio suspende sentença de juiz que utilizou provas sem pedidos das partes para condenar réu. *Migalhas*. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/333265/marco-aurelio-suspende-sentenca-de-juiz-que-utilizou-provas-sem-pedidos-das-partes-para-condenar-reu>. Acesso em: 28 set. 2020.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume I, II e III. Campinas: Bookseller, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Raquel Dodge arquiva inquérito aberto de ofício pelo Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/raquel-dodge-arquiva-inquerito-aberto-de-oficio-pelo-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 19 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *PGR defende nulidade de inquérito de ofício aberto pelo STF para apurar ameaças à Corte*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-defende-nulidade-de-inquerito-de-oficio-aberto-pelo-stf-para-apurar-ameacas-a-corte>. Acesso em: 20 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Inquérito das Fake News: PGR defende prerrogativas do MPF na investigação e respeito a sistema acusatório*. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/inquerito-das-fake-news-pgr-defende-prerrogativas-do-mpf-na-investigacao-e-respeito-a-sistema-acusatorio>. Acesso em: 21 set. 2020.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MONNERAT, Fabio. *Introdução ao estudo do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Moraes manda Crusoé e O Antagonista retirarem do ar reportagem que cita Toffoli. *Migalhas*. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/300384/moraes-manda-crusoe-e-o-antagonista-retirarem-do-ar-reportagem-que-cita-toffoli>. Acesso em: 19 set. 2020.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MOURA BITTENCOURT, Edgard. *O Juiz: estudos e notas sobre a carreira, função e personalidade do magistrado contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1966.

NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império – Nabuco de Araújo: sua vida, suas opiniões, sua época*. Tomo I. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1936.

Nações Unidas (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). *Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial*; tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do direito no Brasil quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro de. *A confissão em juízo: características, vícios e sua valoração*. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

O paradoxo do juiz sem tribunal: ainda o inquérito das fake news. *Consultor Jurídico*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-20/observatorio-constitucional-paradoxo-juiz-tribunal-ainda-inquerito-fake-news?imprimir=1>. Acesso em: 19 set. 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2017.

Passagem do voto oral proferido pelo eminente ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572, na qual se questionava a constitucionalidade do Inquérito nº 4.781/DF – o inquérito *do fim do mundo*. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pleno - É constitucional inquérito sobre ameaças ao STF*. Sessão Extraordinária de 18.06.2020.

Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xf89nxcHUY8&list=PLippyY19Z47sg2UnPH2D5Z2-mwxuhWyY>. Acesso em 21.09.2020.

PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal*. Coimbra: Almedina, 2010.

PERRY, Marvin. *Civilização ocidental: uma história concisa*. Trad. Waltensir Dutra e Silvana Vieira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

PETIT, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. trad. por José Ferrández González. México: Porrúa, 2007.

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

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e Prática do Habeas-Corpus: direito constitucional e processual comparado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962.

Portaria GP/STF, de 14 de março de 2019 disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas on-line*. Ordenações Filipinas. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em 23 set. 2020.

PORTUGAL. *Livro Quinto*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15ind.htm>. Acesso em: 23 set. 2020.

RAMIREZ, Isabel Ximena González; MARTINEZ, María Soledad Fuentealba. *Las consecuencias de regular normativamente la mediación penal en el Sistema Acusatorio de Tradición Jurídica Continental en Chile*. Rev. direito GV [online]. 2018, vol.14, n.2 [cited 2020-03-07].

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 2019.

REALE, Miguel. *Obras políticas: 1ª fase – 1931/1937*. Tomos I e II. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

Resolução nº 564/STF, de 06 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-09/resolucao-regulamenta-poder-policia-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 10 set. 2020.

RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Souto Lopes. *Renúncia à nacionalidade brasileira: direito fundamental à apatridia voluntária*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. *O Poder Judiciário Brasileiro a partir da Independência*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: JusPodivm, 2020.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea* – trad. Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental*. Disponível em: [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=140](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=140). Acesso em: 17 ago. 2020.

SCHMITT, Carl. *Théologie politique*. Paris: Gallimard, 1988.

SCHNEIDER, Gabriela. *Do inquisitorialismo à consolidação do sistema acusatório no Brasil: uma análise crítica das soluções qualitativas diante da transição inacabada do Estado Democrático de Direito*. 2014. Tese (Mestrado em Direito) – da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2014.

SCHWARTSMAN, Hélio. *Por que torço para que Bolsonaro morra*. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2020/07/por-que-torco-para-que-bolsonaro-morra.shtml?origin=folha>. Acesso em: 21 set. 2020.

SENADO FEDERAL. Anais da Assembleia Constituinte. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 07 set. 2020.

*Shepherd's Boy and Wolf*. Three Hundred ÆSOP'S FABLES. Rev. Geo. Fyler Townsend, M.A..

SOUSA, Danilo da Cunha. *A prova no crime organizado e os direitos e garantias fundamentais do acusado*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Franca: [s.n.], 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial; Súmula 279 Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf). Acesso em: 05 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230#:~:text=%C3%89%20direito%20do%20defensor%2C%20no,exerc%C3%ADcio%20do%20direito%20de%20defesa>. Acesso em: 04 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF julga na sessão de hoje (10) ação contra inquérito das fake News*. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445182>. Acesso em 21.09.2020.

Supremo valida inquérito das fake news, que investiga ameaças a ministros. *Consultor Jurídico*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/supremo-valida-inquerito-fake-news-ameacas-ministros?imprimir=1>. Acesso em: 18 set. 2020.

STF quebra sigilo bancário de Luciano Hang e três investigados. *UOL Notícias*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/05/27/stf-quebra-sigilo-bancario-de-luciano-hang-e-tres-investigados.htm>. Acesso em: 20 set. 2020

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Ed. JusPodivm. 2017. p. 56

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, volume I*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Volume III e IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

VICUNA DE LA ROSA, Máximo; CASTILLO GALVIS, Sergio Hernando. *La verdad y la justicia frente a la prueba en el proceso penal*. Justicia, Barranquilla, n. 27, p. 118-134, Jan. 2015.