

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALEX GOMES DE OLIVEIRA

**INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL: O EXERCÍCIO
ATÍPICO DA FUNÇÃO DE INVESTIGAR PELO STF À LUZ
DO SISTEMA ACUSATÓRIO E O DEVIDO PROCESSO
PENAL**

**VITÓRIA
2021**

ALEX GOMES DE OLIVEIRA

**INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL: O EXERCÍCIO
ATÍPICO DA FUNÇÃO DE INVESTIGAR PELO STF À LUZ
DO SISTEMA ACUSATÓRIO E O DEVIDO PROCESSO
PENAL**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito de Vitória — FDV, como requisito
obrigatório para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre em Direitos e
Garantias Fundamentais Anderson Burke
Gomes.

VITÓRIA
2021

ALEX GOMES DE OLIVEIRA

**INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL: O EXERCÍCIO
ATÍPICO DA FUNÇÃO DE INVESTIGAR PELO STF À LUZ
DO SISTEMA ACUSATÓRIO E O DEVIDO PROCESSO
PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória — FDV, como requisito obrigatório para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

- () Aprovado
- () Aprovação condicionada à realização de retificações determinadas pela banca examinadora
- () Reprovado

Em ____ de _____ de 2021.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Anderson Burke Gomes, Mestre em
Direitos e Garantias Fundamentais pela
Faculdade de Direito de Vitória - FDV
Professor orientador

Membro convidado da Banca examinadora

Membro convidado da Banca examinadora

Membro convidado da Banca examinadora

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Márcia Vieira Gomes De Oliveira. O seu olhar para com nossa família, o cuidado, a preocupação, a dedicação e o amor, foram o suporte, o caminho e a resposta para alcançar as conquistas pessoais. Meus sonhos, perspectivas, e projeções de ascensão pessoal hoje são possíveis porque a senhora abriu mão de muitos desejos e realizações ao longo da vida por todos os seus filhos. Obrigado mãe. Sem tudo isso eu não teria chance de obter esta conquista. Te devo uma vida inteira!

Ao meu pai, José Fernandes De Oliveira Filho, que apesar de não estar mais conosco deixou a marca de pessoa íntegra, dedicada, honesta, honrada e provedora. Se não fosse pela sua dedicação diária, mesmo com todas as dificuldades, eu jamais teria chegado até aqui. A saudade que sinto de modo algum deixará de existir, entretanto sou confortado pelo seu exemplo de vida. Agradeço e dedico não somente este trabalho, mas também a finalização da graduação e o título de Bacharel em Direito que já se aproxima. Obrigado por tudo pai!

Ao orientador de todo trabalho Professor Mestre Anderson Burke Gomes, pela paciência, compreensão, empatia, disponibilidade, olhar crítico, e ensinamentos passados.

À Elis Pilon, Assessora de Coordenação da FDV, pela empatia e compaixão demonstrada no momento de minha chegada à faculdade. A transferência de instituição foi em conturbado de minha vida. Quase desisti da graduação. Seu apoio foi fundamental para me fazer continuar e chegar até aqui. Muito obrigado por tudo.

Aos amigos e colegas da graduação, por me acolherem no momento oportuno e manterem ajuda constante por todos os semestres. Essa ajuda foi fundamental. Muito obrigado. Contem sempre comigo.

*Em saudososa memória de
José Fernandes De Oliveira Filho,
Meu amado pai.*

ABREVIATURAS

ADI — Ação Direta de Inconstitucionalidade;

ADPF — Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental;

AGU — Advocacia Geral da União;

CADH — Convenção Americana sobre Direitos Humanos;

CF/88 — Constituição Federal de 1988;

CP — Código Penal;

CPI — Comissão Parlamentar de Inquérito;

CPP — Código de Processo Penal;

CRFB/88 — Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

HC — *habeas corpus*;

IP — Inquérito Policial;

MP — Ministério Público;

MPF — Ministério Público Federal;

OAB — Ordem dos Advogados do Brasil;

PGJ — Procurador-Geral de Justiça;

PGR — Procurador-Geral da República;

PIC — Procedimento Investigatório Criminal;

Portaria GP — Portaria Gabinete do Presidente;

RISTF — Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal;

RISTJ — Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça;

STF — Supremo Tribunal Federal;

STJ — Superior Tribunal de Justiça;

TEDH — Tribunal Europeu de Direitos Humanos;

TJ — Tribunal de Justiça;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL	12
1.1. A FUNÇÃO DE INVESTIGAR	13
1.2. SUJEITOS DO PROCESSO: A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL TRIANGULAR: AUTOR, RÉU E JUIZ(ES).....	25
1.3. A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AO MINISTÉRIO PÚBLICO: A TITULARIDADE EXCLUSIVA DA AÇÃO PENAL E O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES PENAIS INDELEGÁVEIS	32
1.4. A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	40
1.5. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: O SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO E A SEPARAÇÃO INTRANSPONÍVEL DE FUNÇÕES NA PERSECUÇÃO PENAL	45
2. AS CASUÍSTICAS PROCESSUAIS PENAIS RELEVANTES NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NÚMERO 572 E NO INQUÉRITO 4.781 – DISTRITO FEDERAL	53
2.1. ANÁLISE DA LEGALIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO NO ÂMBITO DO STF: OBJETO, ABRANGÊNCIA, INSTAURAÇÃO DE OFÍCIO E A AUSÊNCIA DE DISTRIBUIÇÃO RANDÔMICA	56
2.2. O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO 4.781 PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL — UMA ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DE ARQUIVAMENTO DO ARTIGO 28 DO CPP.....	65
3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE NA PERSPECTIVA DO SISTEMA ACUSATÓRIO	76
3.1. O INQUÉRITO POLICIAL, A FUNÇÃO DE INVESTIGAR E A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO STF À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO	76
3.2. A IMPARCIALIDADE COMO ELEMENTO ESSENCIAL AO DEVIDO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO, E OS LIMITES DA CAPACIDADE HUMANA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA.....	80
CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS	97

INTRODUÇÃO

O inquérito policial, conduzidos pelas polícias judiciárias e presididos por delegados de polícia civil ou federal, como regra geral, é o procedimento investigativo adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro, conforme delimita o art. 144, §§ 1º e 4º da Constituição Federal, de modo a ser um dos caminhos possíveis para a apuração de infrações penais.

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) recentemente utilizaram-se das disposições regimentais (artigo 43 no RISTF e artigo 58 do RISTJ), para instaurar, mediante portaria, inquéritos, que tramitam no âmbito das próprias cortes, sem a participação direta das polícias judiciárias e do ministério público (restritos a cumprimento de ordens judiciais), como no caso da Portaria STF/GP 69, de 14 de março de 2019 no STF. Essa portaria deu origem ao Inquérito 4.781 — *fake news* — com objetivo de apurar a existência de notícias fraudulentas, denúncias caluniosas, ameaças e crimes contra a honra e a segurança dos membros STF e familiares. E a Portaria STJ/GP 58 de 19 de fevereiro de 2021, atualmente suspensa por decisão liminar do STF nos autos do HC 198013, até o mérito da questão ser julgada pela Primeira Turma da Corte. O inquérito suspenso objetivava apurar fatos e as infrações relacionadas à tentativas de violação da independência jurisdicional e tentativas de investigar e intimidar ministros do STJ por meio de procedimentos apuratórios ilegais, sem autorização do Supremo Tribunal Federal.

A denominada investigação judicial, por meio de inquérito, com previsão nos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), é uma modalidade de investigação preliminar que foi utilizada recentemente como forma de defesa do regime democrático de direito. A partir disso, surgiram debates contemporâneos acerca dessa forma investigativa, e se é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Analisaremos, portanto, este tipo de investigação preliminar e o aludido Regimento Interno para verificar se contribui ou não para a garantia do devido processo penal.

A importância deste trabalho se dá para que seja possível delimitar e compreender as funções na persecução penal de investigar e julgar, a necessidade de imparcialidade

do julgador, e a competência constitucionalmente atribuída ao Ministério Público e ao Poder Judiciário. Portanto, buscaremos verificar esta compatibilidade, em especial, com fundamento no sistema acusatório, no devido processo penal e no princípio da imparcialidade do julgador.

O trabalho a ser desenvolvido, portanto, trata da investigação preliminar realizada por órgãos jurisdicionais de sobreposição, respaldados nas previsões de Regimento Interno, que originou os denominados inquéritos judiciais. O problema central a ser debatido está no acúmulo de funções de investigar e julgar, considerando que a presidência do inquérito é realizada por um ministro-juiz, Relator do inquérito no STF. Neste sentido, manter a imparcialidade é algo muito criticado no meio jurídico, visto que o juiz julgador estaria contaminado com suas percepções identificadas na fase investigativa.

É necessário registrarmos que a análise realizada a partir deste trabalho não pretende promover um discurso legitimador dos fatos que ensejaram a necessidade de abertura de investigações no âmbito da Suprema Corte brasileira. É muito grave tudo que ocorre atualmente no Brasil! O Estado Democrático de Direito encontra-se, de fato, em risco de subversão por aqueles que buscam incansavelmente a destituição de poderes da república. Portanto, entendemos que as medidas adotadas naquela oportunidade e as de hoje, são formas de impedir que os atos invasivos produzam efeitos capazes de cumprir aquilo que se promete, conforme desvendado nas investigações (notícias fraudulentas — *fake news*, denúncias caluniosas, desobediência a decisões judiciais, incitamento ao fechamento do STF, ameaças e infrações contra a honra e a segurança dos membros da Suprema Corte).

As pontuações que se seguirão, estarão cobertas de íntegro respeito àqueles que entendem de forma diversa, fundamentadas a partir da comparação lógica com os princípios constitucionais fundantes do processo penal e direito constitucional brasileiro, bem com a jurisprudência já consolidada nos tribunais superiores. Para os crimes cometidos, entendemos que certamente deve-se buscar a responsabilização independentemente de quem seja o autor do fato, todavia, por mais graves que sejam, os princípios constitucionais e leis infraconstitucionais vigentes devem ser observadas na atuação estatal.

A partir dessa linha de análise, delimitar-se-á a instituição de competência constitucional responsável por conduzir procedimento apuratório, bem como será demarcado o papel constitucionalmente atribuído ao Poder Judiciário e o Ministério Público (MP).

Para atingir os objetivos propostos a este trabalho, pretende-se utilizar o método científico dedutivo, visto que permitirá ao pesquisador, a partir de premissas consolidadas no meio jurídico, de modo a aplicá-las ao objeto deste estudo, para que seja possível obter conclusões verídicas e reais, estabelecendo um raciocínio lógico de análise. A vertente a ser utilizada, dentro do método dedutivo, é a pesquisa qualitativa, que será a que de melhor maneira delimitará o objeto e permitirá sua análise aprofundada. A partir destes pressupostos, a técnica escolhida a ser desenvolvida é por meio de estudo de caso, pois mostra-se como o melhor método de análise para desenvolvimento desta pesquisa, visando aprofundamento individual e pontual. “[...] No estudo de caso, o objeto sofre um recorte metodológico radical, de maneira que o pesquisador assume o compromisso de promover sua análise, de forma profunda, exaustiva e extensa”. (MEZZARROBA E MONTEIRO, 2017, p. 157).

Assim, de acordo com o que é proposto, pelo método escolhido e a partir de uma análise geral, será realizado estudos de caso, com complementação de doutrinas e premissas estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro, com vista a analisar, no decorrer da pesquisa, a investigação preliminar, na modalidade de investigação judicial, suas características, o tratamento constitucional e as leis e diretrizes.

O objetivo geral desta pesquisa, assim, consiste em verificar e responder questões norteadoras que envolvem o tema, a partir de estudo de caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 572 STF, e principais decisões proferidas pelo Relator do inquérito 4781 STF, em especial a problemática: É possível conciliar o direito constitucional e sistema penal acusatório brasileiro, ao qual as funções de investigar, acusar, defender e julgar devem ser necessariamente separadas, com a possibilidade da Corte Constitucional brasileira instaurar inquérito e exercer atipicamente funções de investigação?

Para isto, serão verificados os fatos objetos de inquéritos judiciais que tramitam no STF, os fundamentos da competência da Suprema Cortes para processar a

investigação e julgar a ação penal, em consonância com o sistema acusatório e o princípio do devido processo penal, e o princípio da imparcialidade, institutos basilares do processo penal brasileiro. E também, a possibilidade do Ministro Relator, presidente do inquérito, presida a instrução processual penal e após, ainda, profira sentença, mantendo a imparcialidade necessária e exigida ao julgador no decurso tramitação da instrução penal.

1. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL

É preciso compreender, inicialmente, o que é investigação preliminar, suas especificidades, os tipos específicos de investigações, bem como a qual instituição o ordenamento jurídico brasileiro atribui essa função, com Constituição Federal de 1988 como norteadora deste olhar.

Investigação preliminar, pelas considerações do professor Junior (2020, p. 181), trata-se do “[...] conjunto de atividades realizadas por órgãos estatais que seguem obrigatoriamente uma sequência lógica [...]”, sequência esta ditada pela lei — e aqui refere-se a lei no sentido estrito da palavra, por força do princípio da legalidade. “[...] situa-se na fase pré-processual, sendo o gênero do qual são espécies o inquérito policial” (JUNIOR, 2020, p. 181).

O professor Gruiherme Nucci (2020, p. 305), define investigação preliminar como

[...] variadas formas de investigação destinadas a possibilitar a formação de um quadro probatório prévio, justificador da ação penal, em nome da segurança mínima exigida para a atividade estatal persecutória contra alguém no campo criminal. [...].

É a partir do sólido entendimento doutrinário que se verifica o conceito de investigação preliminar como os vários métodos de investigação que objetivam colher provas previamente, para dar ensejo a propositura da ação penal. O autor ainda faz referência que, em nome da dignidade da pessoa humana, busca-se o Estado Democrático de Direito em todas as áreas.

A partir desse entendimento, percebe-se a necessidade da persecução penal respeitar os direitos constitucionalmente instituídos e os princípios que regem a Constituição, o processo penal e direito penal brasileiro, de modo a impedir que o Estado aja em juízo sem indícios mínimos de materialidade (prova da existência) e indícios suficientes de autoria (prova razoável de autoria). (NUCCI, 2020, p. 305).

Daí surge a necessidade de realização da pesquisa, pois a investigação preliminar, como será melhor esboçado a seguir, possui instituições e autoridades definidas por lei para cumprimento desta função, de modo que, a depender de quem a exerça, demonstrará (ou não) à sociedade e ao investigado que é trata-se de agente do Estado revestido de autoridade e legitimidade para cumpri-la.

1.1. A FUNÇÃO DE INVESTIGAR

O código de processo penal brasileiro, preferencialmente, conforme delimitam os arts. 4º ao 23, adota o Inquérito Policial como um dos caminhos para a apuração de infrações penais. São conduzidos pelas polícias judiciárias e presididos por delegados de polícia civil ou federal, regra geral.

Conforme preceitua a Lei 12.830/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica. Na qualidade de autoridade policial, ao delegado de polícia cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais (art. 2º, *caput* e § 1º da Lei 12.830/2013).

Merece destaque as pontuações dos processualistas penais Junior (2021), Nucci (2020), Távora (2017) e Brasileiro (2020), os quais são enfáticos ao elencarem a natureza jurídica e funções do Inquérito Policial, segundo a doutrina pátria, quais sejam:

- a) “[...] procedimento administrativo, meramente informativo, pré-processual, de caráter inquisitorial”; (NUCCI, 2020, p. 320);
- b) “[...] conduzido pela polícia judiciária”; (TÁVORA, 2017, p. 150);
- c) “[...] Busca do fato oculto: precisa ser investigado para atingir-se elementos suficientes de autoria e materialidade (*fumus commissi delicti*¹) para oferecimento da acusação ou justificação do pedido de arquivamento.”; (JUNIOR, 2020, p. 181);
- d) “[...] colher provas urgentes após o cometimento de crime”; (BRASILEIRO, 2020, p. 184); e

¹ Para Távora (2017, p. 252) o *fumus commissi delicti* (fumaça da prática do delito) serve para proporcionar legitimidade e validade da ação penal. É por intermédio dele que a justa causa, requisito essencial da denúncia ou queixa (art. 395 do CPP), será devidamente comprovada, de modo a “lastrear a inicial com um mínimo probatório que indique os indícios de autoria, da materialidade delitiva, e da constatação da ocorrência de infração penal em tese.”.

e) “[...] com o objetivo de formar a convicção do Ministério Público, a *opinio delicti*², para propositura da ação penal ou determinar o arquivamento”. (NUCCI, 2020, p. 320).

A partir das considerações dos renomados doutrinadores brasileiros, o entendimento majoritário elenca como natureza jurídica do Inquérito Policial ser um procedimento administrativo, informativo, de caráter inquisitorial. Por suas funções, tem-se a finalidade de verificar indícios de autoria e prova da materialidade na tentativa de alcançar a verdade possível de fato oculto, após o cometimento de crime, de modo que sirva de arcabouço teórico ao Ministério Público para propositura da ação penal.

Para Aury Lopes Jr. a finalidade da investigação “[...] é recolher elementos úteis à determinação do fato e da autoria, em grau de probabilidade, para justificar a ação penal” (JUNIOR, 2020, p. 211). Badaró (2021, p. 136) destaca que “[...] terá sido alcançada a finalidade do inquérito com a colheita de provas e elementos de informação que possibilitem demonstrar a justa causa para ação penal”.

Ademais, ainda conforme lecionam a doutrina processual penal, de forma geral, que o Inquérito Policial possui como principais características:

a) inquisitorialidade, na medida em que no curso do Inquérito Policial não há o que se falar da necessidade de garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, conforme mencionado acima, objetiva produzir e indicar provas, oferecer recursos, apresentar alegações, para o Ministério Público formar sua convicção acerca da materialidade e da autoria da infração penal (RANGEL, 2019, p. 192);

b) sigilosidade (art. 20, CPP), resguardado o direito do defensor 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, nos termos da Súmula 14 do STF. E nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal, bem como os servidores constantes no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem, figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais

² O qual pode ser compreendido como o juízo de convencimento que sustenta a acusação do Ministério Público em uma ação penal (descrição da conduta criminosa e a sua classificação jurídica, consubstanciada na denúncia, peça essencial à Jurisdição em matéria penal). (SANTO, s. d., p. 6).

procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito), o indiciado poderá constituir defensor. Deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, e diante da ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado, conforme art. 14-A do CPP (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). (NUCCI, 2020, p. 363);

d) oficiosidade ou obrigatoriedade, para o delegado de polícia investigar (art. 5, inciso I do CPP). (TÁVORA, 2017, p. 150);

e) indisponibilidade (art. 17 do CPP), pois a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito, e somente o Ministério Público assim o poderá fazer. O conhecimento pela autoridade policial pode ser dimensionado em cognição imediata, mediata, coercitiva e inqualificada. Será imediata ou espontânea quando a autoridade policial tiver conhecimento espontâneo ou provocado, sobre um fato delituoso — *notitia criminis* de cognição imediata ou espontânea — quando este conhecimento ocorrer através das atividades policiais rotineiras. Será provocada ou provocada — *notitia criminis* de cognição mediata ou provocada — quando a autoridade policial tomar conhecimento da infração penal através de um expediente escrito (requisição do Ministério Público ou da requerimento da vítima). Por sua vez, será coercitiva — *notitia criminis* de cognição coercitiva — quando a autoridade policial tomar conhecimento do fato delituoso mediante a apresentação do indivíduo preso em flagrante. Temos, por fim, a cognição inqualificada — *notitia criminis* inqualificada — que é vulgarmente conhecida como denúncia anônima (TÁVORA, 2017, p. 151 e 163).

Importante salientar neste ponto que, conforme entende a doutrina majoritária, não há espaço de aplicação do art. 5, inciso II, do CPP, na parte em que trata da requisição de abertura de inquérito policial pela autoridade judiciária. Isto porque é amplamente defendida a não recepção deste fragmento de dispositivo pela Constituição, pela

aplicabilidade do sistema acusatório no processo penal, de modo que, uma vez identificado pela autoridade judiciária possível infração penal, deverá esta informar os fatos (notícia de fato) ao Ministério Público, com as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia, nos termos do art. 40 do CPP.

f) formal, ocasião em que as peças do inquérito devem ser escritas ou datilografadas (art. 9º do CPP).

g) discricionário, na condução pela autoridade policial, “[...] que deve determinar o rumo das diligências de acordo com as peculiaridades do caso concreto” (BRASILEIRO, 2020, p. 194); e

h) procedimento dispensável, por ter caráter meramente informativo (BRASILEIRO, 2020, p. 194).

Infere-se, portanto, que a investigação preliminar constitui gênero, do qual originam-se espécies investigativas, dentre elas o Inquérito Policial, situado na fase pré-processual, conforme já mencionado, aspectos estes delimitados no art. 144, §§ 1º e 4º da CRFB/88 e art. 5 do CPP, o que constitui um dos caminhos para a apuração de infrações penais.

Nessa linha de pensamento, acerca da competência para apuração de infrações penais, assim dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 144:

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;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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.** (Grifo nosso).

Verifica-se do dispositivo constitucional no art. 144 e também no Código de Processo Penal no art. 4º que cabe ao Estado o dever de promover a segurança pública, o qual exercerá pelos órgãos constituídos. Às polícias federal e civil, polícias judiciárias, competirá conduzir as investigações necessárias, colhendo provas pré-constituídas, por intermédio de inquéritos policiais. O art. 6º do CPP, por comando imperativo, determina um rol de procedimentos que a autoridade policial deverá executar tão logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, todavia a autoridade policial poderá usar da discricionariedade com a finalidade de adequar e proporcionar a máxima eficiência investigativa.

Com efeito, é necessário, a partir deste ponto, analisarmos o que venha a ser polícia judiciária, considerando que o inquérito policial é uma atividade realizada por esta.

Como explica Badaró (2021, p. 135), a polícia é dividida em: a) polícia de segurança, exercida pelas Polícias Militares dos Estados brasileiros, ao qual cabem o exercício de polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, bem como atuar em caso de flagrante delito, provendo a repressão imediata de crimes (art. 144, § 5º da CRFB/88); b) polícia de judiciária, incumbidas de exercer funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, entendido o termo “polícia judiciária” como aquela que “[...] exerce a investigação do delito”.

Apesar da nomenclatura, ressalta Badaró que não tem natureza judiciária. O nome se dá pela sua finalidade, que é praticar atos que são destinados a instauração de processo penal perante o Poder Judiciário. A competência é ainda subdividida entre as polícias civil e federal, naquilo que a constituição delimita (art. 144, §§ 1º e 4º da CRFB/88); e a c) polícia penal, recentemente criada pela Emenda Constitucional n. 104, de 04.12.2019, com a finalidade de garantir a segurança dos estabelecimentos prisionais (art. 144, § 5º-A da CRFB/88). (BADARÓ, 2021, p. 135).

A Constituição da República expõe no inciso IV do art. 144, que à Polícia Federal compete exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. Badaró (2021, p. 136) salienta que o termo “exclusivamente” foi empregado para impor o caráter residual das polícias civis dos Estados, visto que somente poderão investigar aquilo crimes que não forem de competência da Polícia Federal nem das Polícias Militares (tratando-se aqui dos crimes militares propriamente ditos).

De qualquer modo, o termo “polícia judiciária” não deve ser confundido com o “Poder Judiciário”. Conforme nos ensina Badaró, “[...] A polícia de segurança, a polícia judiciária e a polícia penal são órgãos administrativos, não integrando o Poder Judiciário”. (BADARÓ, 2021, p. 135). São termos distintos, e a partir desta distinção que se delimita a função de cada órgão. À polícia judiciária, como exposto, possui o dever de praticar atos que serão destinados a instauração de processo penal perante o Poder Judiciário.

A partir da compreensão da base sobre a qual se legitima o Inquérito Policial, nota-se que há em dispositivos infralegais previsões que possibilitam investigações por demais órgãos, visto que a Constituição não atribuiu monopólio da função investigativa às polícias judiciárias, mas apenas delimitou suas áreas de competência e circunscrições, o qual admite que autoridades diversas da polícia judiciária possam exercer a função investigatória, desde que previsto em lei.

Somado a isto, conforme veremos a seguir, há de se notar que a característica da dispensabilidade do inquérito e a possibilidade de colheita de elementos de informação por outros meios, legitima demais formas de investigações. (BADARÓ, 2021, p. 135). “[...] Outras investigações legalmente previstas existem, como as realizadas por Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), pelas autoridades florestais, [...] pelo promotor de justiça, presidindo o inquérito civil, entre outras” (NUCCI, 2020, p. 325).

O rol de possibilidades de realização de investigações é amplo. E buscaremos expô-los nos próximos tópicos. Investigações realizadas por Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), pelas polícias Civil, Militar, e Federal, pelo Ministério Público, e demais possibilidades atribuídas por lei.

Badaró (2021, p. 137) destaca que o Código Florestal, inclusive, previa possibilidade de inquérito policial ser instaurado e presidido por “[...] funcionário da repartição florestal e de autarquias, com atribuições correlatas, designados para a atividade de fiscalização (art. 33, b)”. E no caso dos crimes militares, o inquérito penal militar é conduzido por oficiais militares (CPPM, art. 8º).

Cumprе mencionar o Procedimento Investigatório Criminal (PIC), presididos por promotores de justiça representantes do Ministério Público. Trata-se de modalidade

investigativa similar ao Inquérito Policial. Pode ser instaurado de ofício ou por determinação dos Procuradores-Gerais (estadual e federal), com respaldo legal no art. 5º, incisos LIV e LV c/c 127, *caput*, todos da CRFB/88, bem como alicerçado nas atribuições do Ministério Público elencados no art. 129, incisos I, II, VIII e IX, da CRFB/88, e legitimados também no art. 8º da Lei Complementar nº 75/1993 (LOMPU), no art. 26 da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e Resolução 181 de 2017 do Conselho Nacional Do Ministério Público.

Pelo art. 1º Resolução 181 de 2017 tem-se que:

Art. 1º O procedimento investigatório criminal é instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018). (Grifo nosso).

O Procedimento Investigatório Criminal (PIC) é, assim como o Inquérito Policial, procedimento de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, com a finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, o qual servirá (ou não) de *opinio delicti* da respectiva ação penal.

Neste contexto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE 593727 fixou a tese, em caráter de repercussão geral, de que o “[...] Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado” (RE 593727).

Referindo-se às funções investigatórias do Ministério Público, Mendes e Branco (2019, p. 1538) destacam o papel do *parquet*, sendo relevante a transcrição do seguinte trecho:

[...] Para fielmente cumprir as suas atribuições, não se deve impedir o Ministério Público de investigar fatos relevantes, a fim de formar convicção sobre a existência e a autoria de delito. Não se pode recusar ao *parquet* que realize investigações, por autoridade própria, respeitados, evidentemente, os casos de reserva constitucional de jurisdição e os direitos fundamentais. [...]. (MENDES e BRANCO, 2019, p. 1538).

A compreensão desse avanço histórico, para o autor, está no fato da atividade investigativa não poder ser restringida ao Ministério Público, isto porque ao órgão ministerial é atribuída a função de propor ação penal, de modo que formar convicção sobre a existência de fato e a autoria de delito são essenciais para garantia dos direitos fundamentais do investigado e das funções constitucionais do *parquet*. Deste modo, não se deve impedir que o Ministério Público realize investigações. Ora, há tipos de crimes cometidos por determinados grupos sociais que possuem poder de influenciar e interferir em investigações realizadas pelas próprias polícias, como nos crimes investigados pelo Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado do Ministério Público do Espírito Santo, que envolvem personalidades públicas de grande influência social. Não se quer aqui atribuir imagem negativa às polícias judiciárias, entretanto, a depender da pessoa investigada, um problema relevante que demonstra a necessidade da investigação ser conduzida pelo Ministério Público, será o da possibilidade de existir investigações sem efetividade (fingir que fez algo).

Feitas tais considerações, é de se notar a grande relevância em esclarecer que, seja o Inquérito Policial ou outro procedimento investigativo estipulado por lei ou ainda amplamente aceito pela jurisprudência como o Procedimento Investigatório Criminal presidido por Promotor de Justiça, apesar da natureza jurídica de procedimento administrativo inquisitorial, há de ser preservado, sobretudo, os direitos e garantias individuais elencados na Constituição e tratados internacionais aos quais o Brasil seja parte.

Em complemento a ideia exposta, Brasileiro (2020, p. 1354) ressalta a importância de na esfera policial — aqui abrangendo todos os demais âmbitos possíveis como a Polícia Judiciária, Polícia Judiciária Militar, ou outros órgãos que possa conduzir inquéritos investigativos — ou por procedimento investigativo conduzido por representante do Ministério Público, a autoridade deve resguardar e observar os direitos do investigado ou preso em flagrante, amplamente designados na Constituição Federal de 1988 com status de direito fundamental individual e no ordenamento jurídico brasileiro como princípios do processo penal, sob pena de incorrer em crime de abuso de autoridade (Lei 13.869/19). Nestes termos:

- a) princípio da não autoincriminação, a informação ao preso de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (Art. 5º, inciso LXIII, CRFB/88 e Art. 186 do CPP);
- b) princípio da presunção da inocência, enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa, ou ainda, até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida, até o trânsito julgado da sentença penal condenatória (Art. 5º, LVII, CRFB/88);
- c) o direito a não ser submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (Art. 5º, III, CRFB/88);
- d) o direito a não ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (Art. 5º, LXI da CF);
- e) o direito ao respeito do Princípio da Intranscendência da Pena, a qual ela não passará da pessoa do condenado (Art. 5º, XLV da CF);
- f) o direito a ser assegurado o respeito à integridade física e moral (Art. 5º, XLV da CF);
- g) o direito a não ser privada a liberdade ou de bens sem o devido processo legal (Art. 5º, LIV da CF);
- h) o direito a comunicação de sua prisão e o local onde se encontre imediatamente ao juiz competente e à família ou à pessoa pelo preso indicada (Art. 5º, LIV da CF); e
- i) o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (Art. 5º, LXIV da CF).

Soma-se aos direitos fundamentais positivados na CRFB/88 a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal De Justiça que proporciona contemporaneidade na interpretação das normas penais e processuais penais, e impõe, em respeito à Constituição Federal, limites à investigação, sobretudo, em demonstrar o que é lícito e ilícito na atuação policial, conforme abaixo menciona-se:

- a) considera ilegal diligências policiais no campo digital que utilizem-se de espelhamento do aplicativo WhatsApp, por meio da página WhatsApp Web, como forma de obtenção de prova em uma investigação sobre tráfico de drogas e inválida a

obtenção de provas a partir de *prints* (captura) da tela do WhatsApp Web (RHC 133.430);

b) considera ilegal a substituição do *chip* do celular do investigado por um número da polícia, sem o conhecimento do alvo, o que daria ao policial que investiga possibilidade ampla de conversar com todos os contatos e visualizar todas as mensagens (STJ – REsp. 1.806.792/SP);

c) considera ilícita a prova obtida pela polícia em conversas mantidas por investigados com outra pessoa em telefone celular, por meio do recurso de viva-voz, sem o consentimento do réu ou autorização judicial (STJ - REsp 1.630.097);

d) considera ilícita a prova oriunda do acesso aos dados armazenados no celular, relativos a mensagens de texto, SMS e conversas por meio de aplicativos, obtidos diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial (STJ - HC 537.274);

e) considera que policiais, caso necessitem entrar em residência para investigar a ocorrência de crime sem a posse de mandado judicial, devem obrigatoriamente registrar a autorização do morador em vídeo e áudio, para não restarem dúvidas sobre o seu consentimento, e sempre que possível, deve ser registrado por escrito (STJ - HC 598051); e

f) considera que a denúncia anônima de tráfico de drogas e fuga do acusado/suspeito ao perceber a presença policial, por si só, não configuram fundadas razões que autorizam o ingresso policial no domicílio sem a sua autorização ou sem determinação judicial (STJ - RHC 89.853); e

g) considera ilícita a prova obtida por meio de revista íntima realizada com base unicamente em denúncia anônima (STJ - REsp 1.695.349).

Ainda carece de ser abordado a possibilidade da defesa promover investigação criminal (Investigação Defensiva) e produzir provas, seja pela paridade de armas, seja pelo princípio constitucional que garante ao investigado/réu a ampla defesa (art. 5º, inc. LV, CRFB/88) com os meios e recursos a ela inerentes, ou pelo princípio constitucional da igualdade no processo penal.

Apesar da ausência de lei em sentido formal, com previsão somente no Provimento 188, de 11 de dezembro de 2018 do Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil, a investigação defensiva também é forma idônea de produção de prova, com o objetivo de busca pela verdade alicerçada nos princípios constitucionais da ampla defesa (TALON, 2020, p. 13).

O art. 1 do referido provimento define investigação defensiva como

Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

Conceitua-se, portanto, investigação defensiva como atividades investigativas desenvolvidas por advogado com o objetivo de obter elementos de prova para defesa. Como bem ensina Talon (2020, p. 56) é atividade desenvolvida pelo Advogado, que poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo, e deve preservar o sigilo das informações colhidas e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.

De acordo com essa perspectiva, portanto, a defesa deve ter papel ativo desde a fase de investigação, em garantia e respeito à paridade de armas, ampla defesa, e igualdade na fase preliminar (PEREIRA, 2019, p. 49 a 52).

Conforme ensina Talon (2020, p. 12), o fundamento maior que legitima a investigação defensiva está na necessidade do advogado adotar postura ativa, eficaz, e que busque efetivamente provas para defesa do réu, de modo a evitar o que o autor chama de “defesa técnica padronizada e passiva”, não limitando-se tão somente a rebater fatos e provas que foram objeto atividade investigativa pelo órgão oficial do Estado.

Trata-se, sobretudo, de um método adequado de equilíbrio de forças, principalmente na análise da paridade de armas no processo penal brasileiro. Em que pese o art. 14 do CPP dizer que “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”, este pedido/requerimento estará adstrito a aceitação da autoridade policial, que por seguir linha investigativa diferente nem sequer analisará. O advogado, deste modo, não

possui autonomia para requerer ou determinar que uma autoridade policial realize ato investigativo de interesse da defesa. Todavia, na ótica da acusação, um requerimento do Ministério Público (art. 16, CPP) é de cumprimento obrigatório, ou até mesmo por investigação própria, o que enfatiza a disparidade de armas e reforça a necessidade de atuação autônoma e uma postura ativa do advogado, por meio da investigação defensiva (TALON, 2020, p. 15, 16 e 17).

De qualquer sorte, o ponto fundamental a ser fixado a partir das considerações acima expostas, é a premissa de que, apesar da preferência do Código de Processo Penal pelo Inquérito Policial, ele é um dos procedimentos, não exclusivamente o único, inclusive dispensável, em que o Ministério Público se utilizará para, no exercício do poder-dever constitucional, promover a ação penal.

É plenamente possível, nessa linha de entendimento, que o Ministério Público utilize-se, por exemplo, de um processo administrativo disciplinar de apuração de infração a transgressão a código de ética de servidores públicos, ou uma sindicância, ou outro procedimento administrativo, para fundamentar a petição inicial e promover a ação penal com a consequente denúncia do acusado. Não é exclusividade da polícia judiciária, portanto, a realização de investigações para elucidar fatos, que podem ser investigados por outras autoridades, desde que exista previsão legal. E, apesar da inquisitorialidade do Inquérito Policial, devem ser obrigatoriamente resguardados os direitos e garantias fundamentais do investigado/preso.

Decorre, então, a importância de se diferenciar a possibilidade do Regimento Interno do STF e também do STJ autorizarem modalidades específicas de investigação preliminar (em tribunais de sobreposição).

Assim dispõe o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Art. 43. 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.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.

Com a mesma redação, verifica-se o trecho mencionado também no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 58. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependências do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará secretário dentre os servidores do Tribunal.

As redações dos artigos (43 do RISTF e 58 do RISTJ) são idênticas. Delimitam requisito territorial para instauração de inquérito, a saber, que ocorra infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, bem como o requisito de foro no STF à pessoa objeto de investigação (se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição), ocasião em que oportunizará ao Presidente do respectivo Tribunal, no exercício do Poder de Polícia, instaurar inquérito para adotar diligências urgentes que o caso requerer, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

Conforme anteriormente dito, a partir das primeiras decisões do inquérito 4781 que tramita no STF, há grande discussão doutrinária acerca da compatibilidade desses inquéritos judiciais com o ordenamento jurídico brasileiro, considerando ser presidido por um ministro, o que torna o exercício atípico da função de investigar por alguém que acumula a função de um juiz, como no caso, o Relator.

O desafio, portanto, está em harmonizar um modelo de investigação preliminar adequado e compatível com esse instituto, em especial, com fundamento no sistema acusatório, o devido processo penal e o princípio da imparcialidade do julgador, com análise comparativa da decisão com premissas, postulados e princípios fundantes do Código De Processo Penal e direito constitucional brasileiro, pois o estado democrático de direito é alicerçado no respeito incondicionado das leis e normas impostas pelo Constituição Federal, o qual, necessariamente, as decisões devem permanecer em harmonia.

1.2. SUJEITOS DO PROCESSO: A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL TRIANGULAR: AUTOR, RÉU E JUIZ(ES)

Delimitada a função de investigar, cumpre esclarecer quais são as partes que compõem o processo penal brasileiro e a peculiaridade de cada ator.

Pelas considerações do autor Paulo Rangel (2019, p. 839) o processo é “[...] é o procedimento em contraditório entre as partes”, o qual

[...] como unidade, tem como finalidade principal assegurar ao acusado os direitos previstos na Constituição da República [...] enquanto instrumento de efetivação das garantias constitucionais, é uma segurança do cidadão de que, uma vez acusado da prática de um crime, serão assegurados a ele todos os mecanismos de proteção contra atos arbitrários por parte do Estado, pois seu status de não culpabilidade se mantém intacto, enquanto não houver sentença penal condenatória transitada em julgado. Logo, diferente do que se possa pensar, a instauração de um processo criminal é a certeza que o indivíduo tem de que seus direitos serão respeitados [...]. (Grifo nosso).

Conforme explanado, tem a finalidade principal de assegurar ao acusado os direitos e garantias fundamentais positivados na CRFB/88, em elevada consideração ao princípio constitucional da não-autoincriminação, e assegura aos acusados de crimes em geral proteção contra abuso de autoridade.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a doutrina majoritária e tradicionalmente aceita, como também defende Távora (2017, p. 857), estabelece que forma-se uma relação jurídica processual (teoria da relação jurídica) o qual o processo é tido como instrumento de aplicação do direito material, uma vez que o judiciário é estático. Praticado o crime, surge para o Estado, então, o poder-dever de acusar.

Nesse sentido, sai do plano estático e passa para o plano concreto onde começa a funcionar a engrenagem do jogo processual. Importante observar as peculiaridades elencadas por Távora (2017, p. 857 e 858) e Brasileiro (2020, p. 1309) os quais classificam os sujeitos processuais em duas categorias. A primeira, a qual chamam de principais ou essenciais, são o juiz, o acusador (Ministério Público ou querelante, no caso de ações penais de iniciativa privada), e o acusado (ou réu). Relação esta verificada, sobretudo, no processo penal condenatório. A outra classificação é os denominados sujeitos secundários, acessórios ou colaterais. São aqueles que poderão intervir eventualmente, como outros órgãos auxiliares da justiça (por exemplo, escrivão, oficial de justiça, perito, intérprete), terceiros desinteressados (testemunhas) ou terceiros interessados (o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros – CPP, art. 63), conforme expressamente previsto nos arts. 251 a 281 do Código de Processo Penal.

A ligação entre o autor, juiz e réu variou historicamente e há mais de uma corrente acerca do tema, com posicionamentos distintos.

A primeira posição defende a relação que se estabelece apenas entre autor e réu em sentido horizontal (excluindo do juiz). A segunda posição, porém, entende que a relação é apenas entre o autor e o juiz e, separadamente, o juiz e o réu (angular). Terceira posição defende que não há nenhum vínculo entre as partes.

Todavia, a posição majoritária que predomina na doutrina é a da relação jurídica triangular, “[...] onde existe vínculo entre todos os sujeitos processuais: autor e juiz e vice-versa. Juiz e réu e vice-versa. Autor e réu e vice-versa.” (RANGEL, 2017, p. 838).

Em sentido formal, partes são as pessoas que ocupam o polo ativo e passivo da relação processual. Para Brasileiro (2020, p. 1.322) “[...] significa ser titular de direitos, poderes, faculdades, ônus, obrigações, deveres e sujeições na relação jurídica processual”.

Na dinâmica processual entre o acusador e o réu, sobretudo, deve prevalecer o princípio constitucional da igualdade, com sua aplicação fortificada no conceito de paridade de armas.

Vieira (2013, p. 128), em sua dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pontua a existência de um “Sistema Adversarial” no processo penal, o qual as partes buscam a concepção de suas finalidades. Para o autor, a acusação tem o objetivo de alcançar a condenação, e a defesa a absolvição, de modo que ocupam posições de verdadeiros adversários no decurso de um processo. Assim o autor defende que origina-se o processo penal das partes, ocasião em que o sistema adversarial irá preocupar-se. (VIEIRA, 2013, p. 128). “[...] Dá a elas o protagonismo na obtenção e na apresentação das provas que puderem obter para, então, terem a expectativa de uma sentença favorável ou desfavorável”. (VIEIRA, 2013, p. 128).

A partir desta visão de adversários no processo penal, emerge a importância da sobreposição do princípio constitucional da igualdade, na vertente de paridade de armas entre as partes.

Pereira (2013, p. 1) define que “[...] a paridade de armas dentro do processo penal consiste na igualdade de oportunidades que deve ser garantida a ambas as partes”. A autora expressa que diante do interesse final de cada parte no processo (acusação

a condenação e defesa absolvição) deve haver isonomia na relação processual, sob pena das armas serem dispare (PEREIRA, 2013, p. 1).

Passaremos então a verificar especificamente as funções de cada parte necessária ao processo penal condenatório (juiz, autor e réu).

O acusador, posição tradicionalmente ocupada pelo 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 (art. 127, *caput*, da CF/88), com a função privativa de propositura da ação penal pública (art. 129, I, da CF/88), dotada de autonomia funcional, administrativa e financeira (art. 127, §§ 2º e 3º, da CF/88), possui capacidade postulatória, legitimação ordinária para compor o polo ativo da causa (*legitimatío ad causam*) bem como legitimação processual (*legitimidade ad processum*). Órgão único e indivisível, representado pelos Promotores de Justiça, com atuação imparcial, isto porque, ainda que esteja acusando, possuem o dever de zelar pelos direitos e garantias fundamentais dos réus (BRASILEIRO, 2020, p. 1.324).

Insta salientar ainda a figura do assistente de acusação (art. 268, CPP), com atuação limitada, mas poderá intervir no processo. Trata-se do ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 31, CPP). (TÁVORA, 2017, p. 873).

Nos casos de ação penal privada ou ação penal privada subsidiária da pública (diante de inércia do órgão ministerial — art. 5º, inciso LIX, CF/88), ocasião em que o querelante ocupará a posição de sujeito ativo da relação processual (art. 100 do Código Penal e parágrafos seguintes), ainda assim “[...] incumbe ao Ministério Público tão somente fiscalizar a correta aplicação da Constituição Federal e da legislação ordinária, o que o faz de maneira imparcial.”. (BRASILEIRO, 2020, p. 1.324). A [...] “noção de imparcialidade do Ministério Público é assim atrelada ao seu interesse pela busca da verdade e pela realização da Justiça’, porque promove acusação eficiente desprovida de sentimentos que não seja a busca pela justiça” (TÁVORA, 2017, p. 861).

Em contrapartida, Távora (2017, p. 861 e 862), porém, diverge do posicionamento ao diferenciar tipos de imparcialidade do órgão acusador

[...] O MP sempre deve ser imparcial no sentido subjetivo (o membro não pode, por exemplo, ter interesse pessoal no desfecho da causa). Porém, o MP, na ação penal condenatória, está de um dos lados da relação jurídica processual - num dos lados do triângulo - e, desse modo, é órgão parcial, sob o aspecto objetivo. Como fiscal da lei (*custos legis*), por outro lado, o MP deve ser sempre imparcial (tanto subjetiva, quanto objetivamente) [...].

Para o renomado autor, o Ministério Público, ao ocupar um dos polos na relação jurídica processual porta-se necessariamente imbuído de parcialidade, visto que seu objetivo é provar a culpabilidade do réu e obter êxito na ação penal condenatória.

Ainda em respeito ao *parquet*, as hipóteses de impedimento e suspeição dos representantes do Ministério Público estão elencadas nos artigos 252 e 254 combinado com o art. 258, do CPP, bem como o que foi sedimentado na Súmula nº 234, o STJ, o qual entende que a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia. (TÁVORA, 2017, p. 863).

Por outro viés, o réu ou acusado é aquele que é imputada a prática de infração penal, pessoa física ou jurídica (neste último caso, de forma mais restrita, para os crimes ambientais, desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome — teoria da dupla imputação) que compõe o polo passivo da relação jurídica processual, a partir do recebimento da denúncia. (BRASILEIRO, 2020, p. 1.351).

Convém rememorar o ensinamento de Távora (2017, p. 867), que propõe a necessidade de preenchimento dos seguintes requisitos para pessoa ocupar o polo passivo da demanda:

[...] (1) "capacidade para ser parte", aferida com o "fato de ser sujeito de direitos e obrigações"; (2) "capacidade processual ou capacidade para estar em juízo em nome próprio (*legitimatío ad processum*), que no processo penal advém com a idade de 18 anos", não estando excluída a pessoa com deficiência mental, embora necessite de curador; e, (3) "legitimidade passiva *ad causam*": aferida pela pertinência da imputação de determinado crime a alguém [...].

Portanto, na esteira de pensamento estabelecida pelo autor da citação, necessário para compor o polo passivo da relação jurídica processual penal cumprir os requisitos de capacidade para ser parte, a capacidade processual, e a legitimidade passiva *ad causam*.

É de se reconhecer que o réu é representado pela defesa técnica (art. 261, CPP), por advogado (inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil — OAB, art. 133 CRFB/88) ou Defensor Público (art. 134, CRFB/88). É possível também a nomeação judicial de defensor substituto, provisoriamente ou só para o efeito do ato — *ad hoc* — (§ 1º e § 2º, art. 265, CPP).

De qualquer modo, a ausência de defesa técnica ou a defesa deficiente (se houver prova de prejuízo para o réu) constitui nulidade absoluta no processo penal, nos termos da Súmula 523 do STF (TÁVORA, 2017, p. 867).

Nesse caminhar, por fim, o último sujeito de presença obrigatória no processo penal é o juiz. Brasileiro (2020) o define como “[...] autoridade jurisdicional com poder-dever de aplicar o direito objetivo [...] substituindo a vontade das partes e encerrando o conflito entre a pretensão punitiva do Estado e o interesse do acusado [...]” (BRASILEIRO, 2020, p. 1.309).

É necessário que o juiz cumpra requisitos para o exercício do cargo (para atuação na função jurisdicional), além dos requisitos necessários a capacidade funcional (previstos na Constituição e Lei Orgânica da Magistratura Nacional, *p. ex.* ser bacharel em direito, com três anos de atividade jurídica, aprovação em concurso público de provas e títulos, nomeação e posse no cargo, e demais requisitos), preencha também a requisitos para exercício da função jurisdicional.

Dentre eles, requer-se ao juiz a observância a imparcialidade, com obrigação de respeito as causas de impedimento e suspeição elencadas nos art. 252 e 253 do CPP, bem como quando houver incompatibilidade ou impedimento legal. “[...] As causas de impedimento são circunstâncias objetivas relacionadas a fatos internos ao processo capazes de prejudicar a imparcialidade do magistrado.” (BRASILEIRO, 2020, p. 1.315).

Já as causas de suspeição são “[...] circunstâncias subjetivas relacionadas a fatos externos ao processo capazes de prejudicar a imparcialidade do magistrado.” (BRASILEIRO, 2020, p. 1.318). Por incompatibilidade legal, Brasileiro (2020, p. 1321) menciona que “[...] a incompatibilidade provém de graves razões de conveniência não incluídas entre os casos de suspeição ou de impedimento”.

Assim dispõe o CPP, o qual elenca taxativamente as causas de impedimento:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juizes que forem entre si parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Tem-se no mencionado artigo ocasiões/situações em que o juiz não poderá exercer jurisdição no processo. São elas: se tiver funcionado seu cônjuge ou parente como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; se ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; ele próprio ou seu cônjuge ou parente, for parte ou diretamente interessado no feito; e nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juizes que forem entre si parentes.

Por suspeição, elenca os arts. 254 ao 256 do CPP:

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Art. 255. O impedimento ou suspeição decorrente de parentesco por afinidade cessará pela dissolução do casamento que lhe tiver dado causa, salvo sobrevivendo descendentes; mas, ainda que dissolvido o casamento sem descendentes, não funcionará como juiz o sogro, o padrasto, o cunhado, o genro ou enteado de quem for parte no processo.

Art. 256. A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la.

Desse modo, para além das hipóteses pontualmente analisadas, a finalidade de se instituir causas impeditivas e suspensivas ao juiz se dá, particularmente, na

necessidade da garantia estatal da imparcialidade do julgador, que jamais poderá permanecer ativo em um processo que figure como suspeito ou impedido.

Deve-se notar, conforme destaca Brasileiro (2020, p. 1318) que “[...] também são aplicáveis ao processo penal, por analogia, as causas de impedimento constantes do art. 144 do novo CPC”, bem como as recentes alterações aduzidas pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) — apesar de sua eficácia suspensa por decisão do STF —, que incluiu como causa de impedimento no Código de Processo Penal: a) o juiz das garantias que, na fase investigatória, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 3º-B ficará impedido de funcionar no processo (CPP, art. 3º-D); e b) o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão (art. 157, § 5º, CPP).

À vista de tais pontos, não restam dúvidas e é notório que o sistema processual penal brasileiro define predominantemente cada parte no processo penal. Conforme ensina Junior (2020, p. 89) “[...] a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal”.

De acordo com essa análise, portanto, deve ser fixada a premissa de que no processo penal condenatório brasileiro há a relação jurídica triangular personificada nas pessoas do juiz, acusação e réu. Se a análise for diante de órgão colegiado, nos casos de competência originária dos Tribunais de Justiça ou Tribunais Superiores (STJ e STF), ocorre tão somente a substituição de juiz único, como nos processos de juízos de primeiro grau, para mais de um juiz, seja o julgamento por turma das câmaras reunidas, ou no Plenário do órgão colegiado. O que não se modifica, e isto é claro, é que o juiz (ou juízes) permanece (m) com o dever constitucional de exercer suas atribuições e competências (função jurisdicional), sobretudo, a posição de julgador e garantidor dos direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal brasileiro.

1.3. A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AO MINISTÉRIO PÚBLICO: A TITULARIDADE EXCLUSIVA DA AÇÃO PENAL E O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES PENAS INDELEGÁVEIS

Após delimitarmos a função de investigar e os sujeitos no processo, é importante para o tema proposto neste trabalho, definir, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a

competência de cada órgão no processo penal. Debruçaremos nesse contexto nos títulos finais deste capítulo a fim de verificarmos as premissas (talvez até dogmas), que são fundamentos do processo penal.

Iniciamos neste subtítulo com o Ministério Público — ou *parquet*³ —, consagrado na Constituição de 1988, no Título IV, Da Organização dos Poderes, no capítulo Das Funções Essenciais à Justiça (seção própria — artigos 127 a 130 da CRFB/1988).

O constitucionalista José Afonso da Silva (2016, p. 605) menciona que a Constituição atribui ao Ministério Público “[...] o relevo de 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.” (art. 127, CRFB/88).

Precisamente, o art. 128 da CRFB/88 delimita que o Ministério Público é composto por a) Ministério Público da União sob a chefia do Procurador-Geral da República — PGR — (Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar, do Distrito Federal e dos Territórios) e o Ministério Público estaduais (sob a chefia do Procurador-Geral de Justiça — PGJ). Há também a possibilidade de existência do Ministério Público de Constas. (SILVA, 2016, p. 606).

Para além da legislação que especificamente atribui poderes, o Ministério Público é uma instituição firmada “[...] nos princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, lhe asseguram autonomia administrativa”. (SILVA, 2016, p. 605).

Como visto, é instituição única, indivisível, representada por Promotor de Justiça. Há independência funcional mesmo havendo discordância de posições (como no procedimento de arquivamento de inquérito previsto no artigo 28 do Código De Processo Penal), ocasião em que o PGR ou PGJ, mesmo que um superior hierárquico, não pode forçar um promotor a proceder com a denúncia de um fato supostamente criminoso que ele se posicione pelo arquivamento.

³ [...] a figura do *Parquet*, cuja origem, segundo a atual configuração, remonta ao século XVIII, na França, como órgão do Estado sobre o qual recai a atribuição de promover a persecução penal, exercendo papel fundamental no modelo acusatório, visto que retira do juiz quaisquer funções de natureza pré-processual (ou investigatórias), preservando, assim, o que lhe é mais caro, sua imparcialidade. (BRASILEIRO, 2020, p. 155).

O PGR ou PGJ podem até designar outro Promotor de Justiça, por requerimento judicial, e esta é a regra do Código de Processo Penal, mas nova deliberação pelo arquivamento de inquérito deve ser respeitada, pois não há mais o que ser realizado, com respeito ao devido processo legal e o sistema acusatório, acima de tudo em respeito à sociedade representada pelo Promotor de Justiça, para que não exista a figura de acusadores por encomendados (promotor de exceção). (SILVA, 2016, p. 608).

Confere-se aos membros do ministério público as prerrogativas da vitaliciedade, a irredutibilidade de subsídio (art. 39, § 4, CRFB/88), a inamovibilidade (art. 128, § 5º, I, CRFB/88) — a exceção da remoção por motivo de interesse público, por decisão de órgão colegiado do Ministério Público —, e o respeito ao princípio do promotor natural (mesmo não expressamente na CRFB/88, a doutrina entende aplicável por analogia o princípio do juiz natural — Art. 129, § 4º, c/c art. 93 da CF). (SILVA, 2016, p. 608 e 609).

Interessante observar que as competências do Ministério Público estão previstas no art. 129 da Constituição. Assim dispõe o referido artigo:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

§ 2º - As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação.

§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo

autorização do chefe da instituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Conforme leciona José Afonso da Silva (2016, p. 610) como função institucional cabe ao Ministério Público:

[...] garantidor do respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; defensor dos direitos e interesses das populações indígenas, além de outras de intervenção em procedimentos administrativos, de **controle externo da atividade policial,** na forma da lei complementar, de requisição de diligências investigatórias e de instauração de inquérito policial. [...]. (Grifo nosso).

Percebe-se da leitura dos dispositivos selecionados, que o rol do art. 129 da CF/88, bem como a visão de José Afonso da Silva expressam a relevante missão constitucional do órgão ministerial. Em síntese, as principais funções do *parquet* são: promover a ação penal pública; zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos; proteger o patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; exercer o controle externo da atividade policial; requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

Com efeito, Almeida (2016, p. 168) ao citar Marcelo Pedroso Goulart, anuncia, pelas considerações deste autor, sustenta que existem dois modelos de Ministério Público: o demandista e o resolutivo. “[...] o demandista é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais”. E “[...] o resolutivo é o que atua no plano extrajudicial, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social.”.

Fundamenta-se tal entendimento a partir da compreensão e análise de que o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição de 1988 (*parquet* como *custos legis*), “[...] abrange precipuamente a defesa da Constituição, dos seus

princípios e, especialmente, dos direitos e garantias constitucionais fundamentais” (ALMEIDA, 2016, p. 159).

Ao discorrer sobre o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, Almeida (2016, p. 174) ensina:

[...] O art. 129 da Constituição de 1988 também configura o Ministério Público como **fiscal da ordem jurídica** ao arrolar, em rol exemplificativo, várias atribuições da Instituição para a defesa dos interesses primaciais da sociedade, com destaque para as funções de: zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (129, II); promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III); promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição (art. 129, IV). (Grifo nosso).

Como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público porta-se como defensor da sociedade, por razões de ordem social, política e jurídica (ALMEIDA, 2016, p. 161 e 162). É extremamente necessário que se garanta o exercício do papel Constitucional fiscalizatório atribuído pelo poder constituinte originário.

Ainda, o artigo 257 do CPP dispõe que

Art. 257. Ao Ministério Público cabe: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
II - fiscalizar a execução da lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Fixadas tais balizadas, se faz necessários refletir que, se porventura as principais funções cabíveis ao Ministério Público fossem tematizadas, poderíamos elencar como funções essenciais: a) a titularidade da ação penal pública; b) o guardião da lei — *parquet* como *custos legis*; c) a proteção de direitos indisponíveis e de interesse coletivo; e d) o controle externo da atividade policial. (SILVA, 2016, p. 609 e 610).

A titularidade da ação penal pública confere ao Ministério Público o poder-dever de promover a tutela jurisdicional diante de um crime (fato típico, ilícito e culpável). Na ótica de Nucci (2020, p. 399) “[...] Trata-se do “poder jurídico de promover a atuação jurisdicional a fim de que o julgador se pronuncie acerca da punibilidade de fatos que o titular da demanda reputa constitutivos do delito”. Respalda neste poder jurídico,

o Estado-acusação ou o ofendido (em ações penais privadas ou privada subsidiária da pública), são legitimados no direito de solicitar a prestação jurisdicional.

A partir do cometimento de um crime, a pretensão punitiva estatal é legitimada (direito material), que depende do direito de ação (direito processual) — art. 5.º, XXXV, CRFB/88. É a pretensão de punir do Estado que fará movimentar a ação penal. (NUCCI, 2020, p. 399).

Assim, portanto, o Ministério Público é o legitimado constitucionalmente e nas legislações infraconstitucionais para o exercício da titularidade da ação penal pública, em respeito ao consagrado princípio do devido processo legal. “[...] não há possibilidade de haver punição, sem que o Estado ou a parte ofendida, exercitando o direito de ação, proporcione ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa.” (NUCCI, 2020, p. 400).

As ações penais promovidas pelo Ministério Público compreendem: as públicas incondicionadas, obrigatórias (princípio da obrigatoriedade da ação penal pública), e, regra geral, sem necessidade de representação ou requisição — art. 100 do Código Penal; e as condicionadas, que dependem de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça (art. 100, § 1º do Código Penal).

Tratando-se de ações penais privadas o *parquet* atua como fiscal da ordem jurídica e o efetivo respeito aos direitos e garantias fundamentais no processo penal. Destaca-se ainda, no exercício da função de titular da ação penal, a possibilidade de propositura dos institutos despenalizadores (quando não houver direito subjetivo do acusado): acordo de não-persecução penal, composição civil, transação penal, suspensão condicional da penal, e suspensão condicional do processo.

Neste contexto, importante citar-se a Recomendação REC (2000)19, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, sobre o papel do Ministério Público no Sistema Penal, o qual é precípua na defesa de direitos humanos inclusive em matéria processual penal.

A Recomendação adotou como parâmetro a ser perseguido a radical e intransponível separação dessas funções, estabelecendo limites ao seu exercício. (BEGGIATO, 2020, p. 271). Almeja que os estados membros estabeleçam por lei “[...] o *status*

jurídico, a competência e o papel processual do ministério público, de maneira a não se deixar dúvida sobre a efetiva divisão de funções e, [...] sobre a imparcialidade do julgador.” (BEGGIATO, 2020, p. 272).

Pelas intrínsecas atribuições processuais penais com a atividade investigativa, isto porque a ação penal será iniciada por objeto de investigação prévia, recai também a atribuição de controle externo da atividade policial ao Ministério Público. “[...] É sob o aspecto da atividade policial, vista como fornecedora de elementos para a formação da *opinio delictis*, que se destina [...] a imposição de um sistema de controle, como previsto no art. 129, VII, da Constituição” (MAZZILLI, s. d., p. 21).

Neste contexto, Ávila (2014, p. 13), elenca em sua obra de doutoramento que

[...] O paradigma do Estado Democrático de Direito está diretamente relacionado com o controle externo da atividade policial, na medida em que impõe: (i) limites decorrentes do respeito aos direitos fundamentais; (ii) submissão da atividade policial à legalidade; (iii) mecanismos de controle e prestação de contas (*accountability*) pela sociedade e por outros órgãos estatais; (iv) garantias de proteção jurídica; (v) adequada responsabilização ante o desvio policial. [...].

O Ministério Público, continua o autor

[...] é o órgão constitucionalmente qualificado para exercer esse controle, que se manifesta em quatro atividades interligadas: (i) controle processual de direção mediata das investigações criminais; (ii) controle processual de fiscalização da legalidade das diligências policiais investigativas; (iii) auditoria extraprocessual do padrão de atuação policial; (iv) promoção da responsabilização pelo eventual desvio policial. [...] (ÁVILA 2014, p. 379).

Como percebe-se, a questão central (controle sobre as investigações) é amplamente defendido pelo autor estar sob tutela do Ministério Público porque além de ser o órgão a qual destina-se as investigações a quem recai o ônus de provar a acusação, também a ele cabe o dever de garantir os direitos fundamentais do investigado.

A partir dessa compreensão tem-se que a necessidade de fiscalizar “[...] e exigir a prestação de contas [...] no âmbito da atividade policial é uma exigência direta do Estado de Direito, [...] como mecanismo preventivo da ocorrência de desvios e eventualmente repressivo de ilegalidades” (ÁVILA 2014, p. 379).

No âmbito federal, a Lei Complementar 75/1993 dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Neste sentido, o art. 9 versa sobre a temática analisada.

Art. 9º O Ministério Público da União **exercera o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais** podendo:
 I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
 II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;
 III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;
 IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;
 V - promover a ação penal por abuso de poder. (Grifo nosso).

Interessante olhar atento aos incisos do mencionado artigo que, além do *caput* que prevê o exercício do controle externo da atividade policial, há elencadas diversas maneiras e formas que esse controle poderá ser exercido, seja ele de forma ativa e fisicamente, ou por requisição de documentos ou a determinação de adoção de providências para corrigir aquilo que for necessário no curso da investigação.

Em conclusão, portanto, sempre com atenção ao princípio da legalidade e em respeito ao Estado Democrático de Direito, as peculiares características do Processo Penal brasileiro, são indelegáveis as funções penais atribuídas ao Ministério Público, seja por previsão constitucional, seja por restrições de outras autoridades realizar tal função no ordenamento jurídico. Outro não é o entendimento de Brasileiro (2020, p. 333) ao fundamentar que “[...] Não há mais espaço, portanto, para o denominado *processo judicialiforme*⁴.”.

Em homenagem ao *parquet*, encerramos o presente subtítulo com a citação de Calamandrei que José Afonso Da Silva faz em sua obra:

[...] Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz. ‘Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.’ [...]. (SILVA, 2016, p. 609, aspas do autor).

Trata-se de reconhecer o árduo papel do Ministério Público, que para efetivar os princípios constitucionais que lhe cabem, enfrenta não somente a difícil missão de guardião da ordem democrática, mas também o dever de não se deixar corromper por interesses pessoais de cada representante ou ofertas políticas generosas que possam

⁴ Consistia o processo judicialiforme, assim, na possibilidade de se dar início ao processo penal através de auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade policial ou judiciária, daí por que era denominado de ação penal *ex officio* (sem provocação). (BRASILEIRO, 2020, p. 333).

macular o equilíbrio institucional e a brilhante imagem construída ao longo de décadas.

1.4. A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Um segundo passo, diante da importância dos elementos constantes na investigação, é delimitar e entender o papel constitucionalmente atribuído ao Supremo Tribunal Federal (STF). É primordial para chegar-se ao propósito pretendido neste trabalho.

O Supremo Tribunal Federal surge no art. 92 da CRFB/88. A Constituição Federal enumera como órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

O STF é uma “[...] Instituição moderadora, limitadora, que cerca as demais instituições, como uma garantia de todas, o Supremo foi criado para ser inacessível às influências da desordem, das paixões, dos interesses e das inclinações corruptíveis” (BULOS, 2014, p. 1308).

Segundo o autor Uadi Lammêgo Bulos incumbem ao STF as seguintes atribuições:

- [...] • fiscalizar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos;
- emitir a última palavra nas questões submetidas ao seu veredito;
- primar pela regularidade do Estado Democrático de Direito, garantindo a separação de Poderes; e
- defender a supremacia das liberdades públicas, dos direitos fundamentais, em face dos Poderes do Estado. [...] (BULOS, 2014, p. 1308).

Pelas considerações do autor, compete ao STF fiscalizar e exercer controle concentrado de constitucionalidade, emitir a última palavra, primar pela regularidade do Estado Democrático de Direito, garantir a separação de Poderes, e defender a supremacia das liberdades públicas, dos direitos fundamentais. Posição essa de grande relevância jurídica e social que ocupa a Corte Suprema do Brasil.

Os órgãos do Poder Judiciário, neste sentido, exercem a função jurisdicional, entendida esta como, por meio de um processo judicial, a função incumbida de compor conflitos de interesses em cada caso concreto (sistema de composição de lides), para substituir a vontade das partes. (SILVA, 2016, p. 559). Para Moraes (2020, p. 976)

“[...] consistente na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade”.

A função jurisdicional é monopólio e função típica do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV da CRFB/88) representada por juízes e tribunais, que devem decidir aplicando os critérios do direito objetivo definidos por lei editada pelo Poder Legislativo. Vedado, no exercício da função jurisdicional, o julgador estabelecer critérios particulares, salvo raras exceções — como no juízo de equidade no mandado de injunção (SILVA, 2016, p. 559 e 560).

Por precisão, releva destacar que a instituição, possui função jurisdicional em todo o território nacional, é composto de onze Ministros, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal (Art. 101 da CRFB/88). Exerce a denominada jurisdição constitucional (SILVA, 2016, p. 563). A Constituição Federal de 1988 adotou o sistema de controle de constitucionalidade híbrido ou misto, combinando o controle de constitucionalidade por via incidental e difuso (sistema americano). (BARROSO, 2016, p. 62).

Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Jr. (2017, p. 155), ao abordar o tema com proximidade ao processo penal, o que o autor denomina de jurisdição penal⁵, destaca que deve ser diferenciado da função comumente exercida no processo civil. Para o autor, “[...] jurisdição é garantia e, sem negar o tradicional poder-dever, a ele é preciso acrescentar uma função ainda mais relevante: garantidor. O juiz é o garantidor da eficácia do sistema de garantias da Constituição”. (JUNIOR, 2017, p. 155).

Pertinente destacar que a competência constitucional do STF é tratada no Art. 102 da CF/88, o qual prevê principalmente a guarda da Constituição, por um amplo rol que delimita, de forma geral, que a Corte Constitucional deve fundamentalmente tratar do controle de constitucionalidade.

Outrossim, José Afonso da Silva (2016, p. 566 e 567) defende que a jurisdição constitucional exercida pelo STF “[...] comporta conteúdos e objetivos diversos, que autorizam distinguir três modalidades que podem ser observadas na competência daquele Pretória Excelso”.

⁵ "poder-dever de dizer o direito no caso concreto" (*juris dictio*). (JUNIOR, 2020, p. 510).

[...] (1) **Jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade:** que, conforme já estudamos, pode ser por via de ação direta, interventiva ou genérica, e por via de exceção. A primeira está prevista no art. 102, I, a e p, como competência originária do STF para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, assim também o pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade. [...] (2) **Jurisdição constitucional da liberdade:** assim se chama o exercício da jurisdição provocado por remédios constitucionais destinados à defesa dos direitos fundamentais [...] (3) **Jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade:** assim se entende "o exercício de atribuições judicantes, para compor litígio de natureza constitucional, mas diverso do que existe no controle da constitucionalidade das leis". [...] (SILVA, 2016, p. 567, grifo nosso).

Assim sendo, há uma tripla face na análise do tema jurisdição constitucional do STF: a jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional da liberdade, e a jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade.

Compete ainda ao STF julgar mediante recurso ordinário e extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, conforme incisos II e III do art. 102, bem como a arguição de descumprimento de preceito fundamental (§ 1º do art. 102 da CRFB/88).

Mendes e Branco (2020, p. 1.449) em linhas gerais, destacam que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental;
- b) a representação para fins de intervenção nos Estados, nos casos de afronta aos princípios elencados no art. 34, VII, que consubstanciam os chamados princípios sensíveis e a representação para assegurar execução de lei federal – CF, arts. 34, VI, e 36, III;
- c) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- d) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- e) o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal, e o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das

Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

f) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

g) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros⁷⁶⁹, inclusive as respectivas entidades da Administração indireta;

h) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

i) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

j) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

k) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre tribunais superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

l) as ações contra o CNJ e contra o CNMP. Ao Supremo Tribunal Federal o texto constitucional vigente também outorgou competência para apreciar recursos ordinários e extraordinários. O recurso ordinário é cabível: a) em habeas corpus, mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, se denegatórias as decisões; b) nos crimes políticos julgados pela Justiça Federal de primeiro grau. Caberá ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face da lei federal. Essa última previsão – art. 102, III, alínea d, da CF – decorre da EC n. 45/2004. (MENDES E BRANCO, 2020, p. 1.449).

Também compete originariamente ao STF processar e julgar autoridades com foro privilegiado no Supremo Tribunal Federal, conforme delimita o rol do art. 102, inciso I, alíneas *b* e *c*, da CRFB/88. *In verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Grifo nosso).

Sobre o tema, como menciona Luís Roberto Barroso (2018, p. 253), o STF desempenha dois papéis distintos: contramajoritário e o representativo.

[...] O contramajoritário: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i.e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos

tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como representativo. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional [...].

Importante assentar que diante das constantes mutações da sociedade atual, o STF exerce o uma função específica que acaba por traçar orientações e rumos para toda uma sociedade. Não se está a falar, por evidente, em ativismo jurídico da suprema corte. Entretanto, tal assertiva não se converte na conclusão de que não deve haver atuação jurídica quando há pressões externas por determinada tendência política preferencial.

Por tais razões entende-se que o papel contramajoritário impõe às maiorias as decisões da Corte Superior, legitimadas nos direitos e garantias fundamentais, sem realização de preferências por pessoa ou grupos sociais politicamente organizados, levando em conta e a liberdade, igualdade e a justiça, proporcionando efetiva proteção às minorias. (CADÓ e MOTA, 2018, p. 24).

Quanto ao ponto, por fim, relevante a contribuição de Barroso (2018, p. 254) que traz as considerações do autor alemão Robert Alexy. O autor analisa, em profundo trabalho específico sobre o tema, no qual esclarece que a Corte Constitucional se legitima como representante argumentativo da sociedade. “[...] A legitimidade política não decorre apenas da representação por via eleitoral. [...] a ideia de democracia deliberativa não só comporta como exige um outro componente: uma representação argumentativa” (BARROSO, 2018, p. 254).

[...] O constitucionalismo democrático se funda na institucionalização da razão e da correção moral. Isso significa que uma decisão da corte suprema, para ser inquestionavelmente legítima, deverá ser capaz de demonstrar: (i) a racionalidade e a justiça do seu argumento, bem como (ii) que ela corresponde a uma demanda social objetivamente demonstrável. [...] (BARROSO, 2018, p. 254).

De acordo com essa perspectiva, portanto, o STF é o órgão responsável pela garantia da ordem democrática no Estado Democrático De Direito brasileiro, com jurisdição em todo território nacional, de competência e função legalmente atribuída na Constituição e leis infraconstitucionais, para o exercício da judicatura.

Tudo isso elencado neste subtítulo se resume à fórmula: o Supremo Tribunal Federal é o guarda da Constituição (art. 102, *caput*, da CRFB/88). (BULOS, 2014, p. 1309).

1.5. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: O SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO E A SEPARAÇÃO INTRANSPONÍVEL DE FUNÇÕES NA PERSECUÇÃO PENAL

Como visto nos itens anteriores, há a necessidade de respeito incondicionado ao papel de cada órgão no processo penal brasileiro. A definição de sistema processual penal, segundo Paulo Rangel (2019, p. 119), “[...] 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”.

Para identificarmos o sistema processual penal vigente no Brasil, precisaremos primeiramente, retroceder e realizar uma abordagem histórica. Segundo a doutrina majoritária há três sistemas que existiram ao longos dos tempos. São eles: sistema inquisitivo, sistema acusatório e o sistema misto (ou acusatório formal).

Inicialmente, até o século XII, o sistema acusatório predominava (com acusador legítimo). As transformações ocorrem no percurso do século XII até o XIV, quando o sistema acusatório foi sendo substituído pelo inquisitório. (JUNIOR, 2020, p. 55). Trataremos dele adiante.

A partir do século XIII, o sistema inquisitorial teve amplo segmento pela Europa.

[...] No transcurso do século XIII foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, para reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. Inicialmente, eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos que tivessem conhecimento. Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas, encarregadas de investigar e seguir o procedimento [...] (JUNIOR, 2020, p. 55).

No período histórico da Idade Média, como exposto, prevalecia a inquisitorialidade. Não havia a separação das funções e poderes. Tudo era centrado nas mãos do inquisidor. Apuravam e puniam todas as condutas que fossem consideradas violadoras do mandamentos e doutrinas da Igreja Católica.

Predominou até início do Século XIX, pela incidência dos princípios formadores e de respeito ao homem com advento da Revolução Francesa que removeram as características do modelo inquisitivo. (JUNIOR, 2020, p. 56).

Pelas considerações de Aury Lopes Jr. (2020, p. 57), as principais características do sistema inquisitório são:

- [...] • gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz (figura do juiz-ator e do ativismo judicial = princípio inquisitivo);
- ausência de separação das funções de acusar e julgar (aglutinação das funções nas mãos do juiz);
- violação do princípio *ne procedat iudex ex officio*, pois o juiz pode atuar de ofício (sem prévia invocação);
- juiz parcial;
- inexistência de contraditório pleno;
- desigualdade de armas e oportunidades. [...].

Em síntese, pontua o autor, que no sistema inquisitório a gestão da prova está nas mãos do juiz, que é parcial, não há contraditório pleno, há disparidade de armas, e ausência de separação das funções de acusar e julgar.

Caracterizado pela inexistência de contraditório e ampla defesa, com concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma figura única, o juiz, que assume assim o papel de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor. É secreto e com permissão de tortura. Típico dos sistemas ditatoriais. (TÁVORA, 2017, p. 54). Nessa linha de entendimento, “[...] O procedimento é escrito e sigiloso, com o início da persecução, produção da prova e prolação de decisão pelo magistrado”. (TÁVORA, 2017, p. 54).

Nesse sentido, Távora (2017, p. 54), acertadamente, sustenta que

- [...] O discurso de fundo é a efetividade da prestação jurisdicional, a celeridade e a necessidade de segurança, razão pela qual o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que sujeito de direitos. É que, conforme esse sistema, os direitos de um indivíduo não podem se sobrepor ao interesse maior, o coletivo [...].

Tem-se a efetividade a qualquer custo, mesmo que violadoras de direitos individuais. Os direitos do investigado são desconsiderados em prol da garantia da segurança coletividade, argumentação essa que legitima a aplicação do então *in dubio pro societate*. “[...] É um sistema desacreditado, pois incide em um erro psicológico: crer que uma pessoa possa exercer funções antagônicas — investigar, acusar, defender e julgar” (JUNIOR, 2020, p. 56).

A essência do sistema é o agrupamento (acúmulo) de funções de investigar, acusar e julgar nas mãos do juiz. Não há, deste modo, possibilidade de garantia de

contraditório, ampla defesa, devido processo legal, bem como resta ausente na estrutura do processo o diálogo entre as partes, por consequência, a imparcialidade é inexistente, visto que o juiz que julgará, analisará algo que ele mesmo investigou, acusou e juntou ao processo (JUNIOR, 2020, p. 188).

Por essas características, conforme destaca Brasileiro (2020, p. 43) o processo inquisitório é incompatível com a Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias individuais. Inclusive a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº 1) prevê que “[...] Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação” (BRASILEIRO, 2020, p. 43).

Decorre, então, a importância de se expor e diferenciar, em contraponto ao sistema inquisitivo, o sistema acusatório. De origem grega, é caracterizado fundamentalmente pela separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. (TÁVORA, 2017, p. 55).

A partir dessa diferenciação é de se observar, por exemplo, que os princípios do contraditório, ampla defesa e publicidade regem todo o processo. “[...] A diferença do sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova, não sendo mais o juiz, por excelência, o seu gestor. (TÁVORA, 2017, p. 55).

Nessa esteira de raciocínio é que Junior (2020, p. 58), como características do sistema acusatório, pontua:

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

Fundamentalmente, a principal característica do sistema acusatório, portanto, está na separação de funções e a gestão da prova na mão das partes, o que cria as condições

que possibilitam a imparcialidade do julgador. O juiz não acumula as funções de acusar e julgar, mantendo-se como terceiro imparcial, em respeito incondicionado às partes (defesa e acusação), o procedimento é público, há a presença e a garantia do contraditório e ampla defesa, e também a possibilidade de recorrer da decisão, caso o direito não tenha sido devidamente aplicado (duplo grau de jurisdição). Somente assim, “[...] no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual”. (JUNIOR, 2020, p. 58 e 59).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, mesmo que em um código de processo penal como o vigente no Brasil desde 1941, com alguns resquícios de sistema inquisitivo, deve-se interpretar toda e qualquer norma em conformidade com a Constituição. Por isso a importância de se estruturar normativamente o sistema acusatório de modo que garanta tais prerrogativas à acusação e à defesa.

Adstrito ao conceito fornecido acima, é oportuno destacar o posicionamento teórico assumido por Pacelli (2020, p. 34). Para o autor há “[...] algumas dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório, diante do caráter evidentemente inquisitivo do nosso Código de Processo Penal e seu texto originário”. O autor ainda menciona que o Supremo Tribunal Federal tem buscado aproximar o sistema processual penal brasileiro a “[...] construção de um modelo prioritariamente acusatório”, ocasião em que o STF decidiu pela

[...] impossibilidade de o juiz poder requisitar de ofício novas diligências probatórias, quando o Ministério Público se manifestar pelo arquivamento do inquérito. A violação ao sistema acusatório, na hipótese, seria e era patente [...]. (STF – HC nº 82.507/SE, Rel. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 19.12.2002, p. 92). (PACELLI, 2020, p. 35).

Verifica-se, deste modo, que a doutrina e a jurisprudência processual penal é sólida em reconhecer que o juiz não pode realizar requisição de novas diligências de ofício, não pode ir de encontro ao parecer do Ministério Público, caso seja opinado pelo arquivamento em dupla manifestação, em reconhecimento sublime do sistema acusatório no direito processual penal brasileiro.

Após a análise relacionada ao objeto da gestão da prova nas mãos do julgador, em crítica ao art. 156 do CPP — que ao qual permite ao juiz ordenar a produção

antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes e determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante — Pacelli (2020, p. 35) defende o posicionamento contrário a redação deste artigo dada pela Lei nº 11.690/08, considerando-a violadora do sistema acusatório.

Pelas considerações do autor

[...] Não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. O conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício de função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta de material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará. Violação patente do sistema acusatório [...]. (PACELLI, 2020, p. 36).

Neste sentido, mais um importante apontamento doutrinário demonstra que ao juiz não cabe envolver-se na investigação, salvo nas hipóteses cabíveis por lei (juiz de garantias, determinar busca e apreensão de provas urgentes). Cabe ao juiz restringir-se a função jurisdicional, e sobretudo abster-se de exercer quaisquer funções atípicas.

Por outro viés, Nucci (2020, p. 112), por fim, destaca o surgimento do modelo misto, após a Revolução Francesa. Este modelo caracteriza-se “[...] pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório”. (NUCCI, 2020, p. 112).

Em resumo, defensores deste sistema destacam que primeiramente há procedimento secreto, escrito e sem contraditório. Em segundo momento, haverá oralidade, publicidade, contraditório, concentração dos atos processuais, e a intervenção de juízes populares. (NUCCI, 2020, p. 112).

As características deste sistema são:

[...] 1) a acusação é confiada a funcionários especiais, que exercem assim um ministério público, e dos quais as partes privadas não devem ser, em princípio, senão auxiliares;
 2) o processo se desdobra em duas fases: a instrução preparatória, escrita e secreta; a instrução definitiva, oral, pública, contraditória;
 3) ao julgamento concorrem magistrados permanentes e experimentados e juízes populares;
 4) ao sistema das provas legais, substitui-se o do critério moral nos limites das provas obtidas [...]. (NUCCI, 2020, p. 114).

Pelas considerações de Távora (2017, p. 57) as características do sistema misto são:

- [...] (a) investigação preliminar, a cargo da polícia judiciária;
- (b) instrução preparatória, patrocinada pelo juiz instrutor;
- (c) julgamento: só este último, contudo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa;
- (d) recurso: normalmente há o "recurso de cassação", no qual se impugnam apenas as questões de direito, mas também é possível o "recurso de apelação", no qual são impugnadas as questões de fato e de direito [...].

Conforme verifica-se das citações acima, o sistema misto, em síntese, é marcado por: acusação nas mãos do Ministério Público e o julgamento por juízes de carreira e de reconhecimento popular legítimo. Inicialmente haverá a investigação preliminar, posteriormente o processo se desenvolverá em duas fases: a instrução preparatória e, por fim a instrução definitiva, momento em que será prolatada a sentença, com a possibilidade de ser impugnada por recurso.

A doutrina majoritária entende pela inexistência de um sistema misto. Para corrente seguida pela maioria dos doutrinadores, só há duas possibilidades de sistema processual penal: ou é inquisitório ou acusatório. (TÁVORA, 2017, p. 57).

Távora (2017, p. 57), entretanto, defende ser possível a existência de sistema misto, ou híbrido, com classificação em duas etapas:

- [...] (1) uma inquisitorial, sem contraditório, com rito instrutório secreto e com prevalência da palavra escrita; e
- (2) outra acusatória, com imputação certa, garantia do contraditório e procedimento regido pela publicidade e pela prevalência do princípio da oralidade [...]. (TÁVORA, 2017, p. 57).

O sistema misto seria então composto de duas fases, uma inquisitória (sem contraditório e ampla defesa) e outra acusatória, ocasião em que estariam garantidos os direitos e garantias individuais (contraditório, ampla defesa, procedimento público).

Paulo Rangel (2019, p. 128), diferentemente, defende que há no Brasil um sistema acusatório não puro, posto que

- [...] o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não, e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessárias. Neste caso, observe o leitor que o procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso dá o pontapé inicial na atividade jurisdicional à procura da verdade processual. Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos, que o sistema acusatório

adotado entre nós é puro. Não é. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito [...].

O autor acima defende a existência de um sistema inquisitório não puro, elencando que o inquérito policial é instruído pelo sigilo, é inquisitivo. Na fase processual o julgador acaba por mitigar a inquisitorialidade realizada na esfera policial, seja ao perguntar às testemunhas se confirmam o depoimento prestado à autoridade policial, seja por verificar se os fatos constantes no arcabouço jurídico dos autos são reais. Deste modo, apesar de prevalecer características do sistema acusatório no modelo processual penal brasileiro, este não é puro visto que na fase pré-processual ainda vigora características do sistema inquisitivo.

Portanto, na esteira de pensamento estabelecida pelos autores acima, assim, a opção do sistema processual brasileiro é o sistema acusatório. Porém, há especificações pontuais na doutrina pela existência de um sistema acusatório, por vezes, não puro.

Para Nestor Távora (2017, p. 56), não adota-se no Brasil um sistema acusatório puro. Isto porque o magistrado tem iniciativa probatória, e pode “[...] conceder *habeas corpus* de ofício e decretar prisão preventiva, bem como ordenar e modificar medidas cautelares” (TÁVORA, 2017, p. 56).

Nesse caminho, convém rememorar o ensinamento de Nucci (2020, p. 115) o qual para o autor o sistema adotado no Brasil era o misto, mas nos dias atuais predomina o sistema acusatório mitigado (após advento da Lei 13.964/2019), isto porque a Constituição elenca princípios processuais que indicam um sistema acusatório, mas não o impõem. Para o autor, quem cria efetivamente de modo a elencar o caráter obrigatório da norma legal são as regras previstas na legislação infraconstitucional, isto é, o Código de Processo Penal. (NUCCI, 2020, p. 114).

Dentro do leque de finalidades supradescritas, Junior (2020, p. 1.405) entende que o modelo de Sistema processual penal adotado no Brasil é o (neo)inquisitório. O autor defende que a separação das atividades de acusar e julgar não é o núcleo fundante dos sistemas processuais (como no acusatório), de modo a ser insuficiente para definição e caracterização. É necessário considerar, sobretudo, que a separação das funções impõem que a gestão/iniciativa probatória seja atribuída às partes “[...] e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive”. (JUNIOR, 2020, p. 58).

A partir de então, somente pela clara delimitação das áreas de atuação é que se cria as condições de existência de um juiz imparcial, e por consequência, a constituição de um processo acusatório (JUNIOR, 2020, p. 63). Para o autor:

[...] Portanto, é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz. [...] (JUNIOR, 2020, p. 63).

Não se deve, assim, pensar que somente pela separação das funções de acusar e julgar se terá um processo penal acusatório. Conforme ensina o autor, é necessário que a iniciativa probatória esteja nas mãos das partes para que a estrutura lógica processual não seja quebrada.

Tendo em vista tais pontos, apesar de algumas meras diferenciações, não restam dúvidas acerca da unanimidade de entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o modelo processual penal brasileiro adotado é o sistema acusatório, com perfeita divisão das funções de investigar, acusar e julgar, atribuindo-as, respectivamente, a investigação à autoridades com poderes de investigativos constituídas por lei (em maioria, às polícias judiciárias, mas não exclusivamente como já demonstrado), a promoção da ação penal ao Ministério Público (nos casos que lhe compete ou ao querelante) e a função jurisdicional ao Poder Judiciário. O juiz, portanto, é aquele julga.

2. AS CASUÍSTICAS PROCESSUAIS PENAIS RELEVANTES NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NÚMERO 572 E NO INQUÉRITO Nº. 4.781 – DISTRITO FEDERAL

O ponto de partida da proposta do presente estudo é analisar, com olhar voltado para a Constituição e o direito processual penal brasileiro, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 572, bem como as principais decisões realizadas pelo Ministro Relator do Inquérito 4.781.

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) utilizaram-se das disposições de seus Regimentos Internos (artigo 43 no RISTF e artigo 58 do RISTJ), para instaurar, mediante portaria, inquéritos que tramitam no âmbito das próprias cortes, sem a participação direta das polícias judiciárias e o ministério público (ficando restritos a cumprimento de ordens judiciais).

Assim dispõe o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Art. 43. 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.
§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.
§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal (RISTF, 2020, p. 50).

Em suma, prevê o Regimento Interno do STF que caso ocorra infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal e se essa infração envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, será possível que o presidente do tribunal instaure inquérito para apurar as circunstâncias do fato, amparado no poder de polícia e de zelar pela incolumidade das pessoas e do próprio STF. É permitido pelo artigo inclusive que essa atribuição seja delegada a outro ministro. A Portaria STF/GP 69, de 14 de março de 2019 no STF, então, deu origem ao Inquérito 4.781 (*fake news*).

A finalidade do inquérito, segundo está previamente exposto, é para apurar a existência de notícias fraudulentas, denúncias caluniosas, ameaças e crimes contra a honra e a segurança dos membros STF e familiares. Há de mencionar ainda a existência da Portaria STJ/GP 58 de 19 de fevereiro de 2021, atualmente suspensa por decisão do STF, para apurar os fatos e as infrações, relacionados às tentativas de

violação da independência jurisdicional e de intimidação de ministros do Superior Tribunal de Justiça.

A partir da instauração do Inquérito no STF e as primeiras decisões (Inquérito 4.781 — *fake news*), iniciaram-se na doutrina debates contemporâneos acerca dessa forma investigativa, e a compatibilidade desse inquérito com o ordenamento jurídico brasileiro, ocasião em que fora impetrada pelo Partido Rede Sustentabilidade a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF nº 572, em face da Portaria nº 69, da Presidência do STF, que determinou a instauração do inquérito 4.781, e a inconstitucionalidade do texto normativo constante no art. 43 do RISTF, requerendo a declaração de inconstitucionalidade, alegando principalmente ofensa ao princípio da separação de poderes e usurpação da competência do Ministério Público.

A investigação realizada por um ministro, por meio de inquérito, causou estranheza na doutrina. O Relator atuou na investigação de forma ativa, similar à de um delegado de polícia, também proferiu decisões no âmbito pré-processual (decisões cautelares busca e apreensão, bloqueio de bens, contas bancárias), exercendo, assim, o que seria a função e atuação de um juiz de direito no âmbito pré-processual, bem como, após isso, emitiu relatório final e proferiu voto no Plenário da Corte.

Essa modalidade de investigação preliminar foi utilizada com o fundamento de defesa do regime democrático de direito, com previsão no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF). Todo esse acúmulo de funções exercidas pelo Relator constituiu inovação na ordem jurídica brasileira, pois nunca foi realizado tal feito na vigência da atual Constituição Federal da República Federativa Do Brasil desde 1988.

Assim dispõe a ementa do acórdão após julgamento da ADPF 572:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF. PORTARIA GP Nº 69 DE 2019. PRELIMINARES SUPERADAS. JULGAMENTO DE MEDIDA CAUTELAR CONVERTIDO NO MÉRITO. PROCESSO SUFICIENTEMENTE INSTRUÍDO. INCITAMENTO AO FECHAMENTO DO STF. AMEAÇA DE MORTE E PRISÃO DE SEUS MEMBROS. DESOBEDIÊNCIA. PEDIDO IMPROCEDENTE NAS ESPECÍFICAS E PRÓPRIAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO EXCLUSIVAMENTE ENVOLVIDAS COM A PORTARIA IMPUGNADA. LIMITES. PEÇA INFORMATIVA. ACOMPANHAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA VINCULANTE Nº 14. OBJETO LIMITADO A MANIFESTAÇÕES QUE DENOTEM RISCO EFETIVO À INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA. 1. Preliminarmente, trata-se de partido político com representação no Congresso Nacional e, portanto, legitimado universal apto

à jurisdição do controle abstrato de constitucionalidade, e a procuração atende à “descrição mínima do objeto digno de hostilização”. A alegação de descabimento pela ofensa reflexa é questão que se confunde com o mérito, uma vez que o autor sustenta que o ato impugnado ofendeu diretamente à Constituição. E, na esteira da jurisprudência desta Corte, compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental e, diante da vocação da Constituição de 1988 de reinstaurar o Estado Democrático de Direito, fundado na “dignidade da pessoa humana” (CR, art. 1º, III), a liberdade pessoal e a garantia do devido processo legal, e seus corolários, assim como o princípio do juiz natural, são preceitos fundamentais. Por fim, a subsidiariedade exigida para o cabimento da ADPF resigna-se com a ineficácia de outro meio e, aqui, nenhum outro parece, de fato, solver todas as alegadas violações decorrentes da instauração e das decisões subsequentes. 2. Nos limites desse processo, diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apregoada desobediência a decisões judiciais, **arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada totalmente improcedente, nos termos expressos em que foi formulado o pedido ao final da petição inicial, para declarar a constitucionalidade da Portaria GP n.º 69/2019 enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, nas específicas e próprias circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas**. 3. Resta assentado o sentido adequado do referido ato a fim de que o procedimento, no limite de uma peça informativa: (a) seja acompanhado pelo Ministério Público; (b) seja integralmente observada a Súmula Vinculante nº 14; (c) limite o objeto do inquérito a manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a Democracia; e (d) observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo do escopo do inquérito 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. ADPF 572. NÚMERO ÚNICO: 0019578-93.2019.1.00.0000. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 07/05/2021. DJE nº 87, divulgado em 06/05/2021. Relator: MIN. EDSON FACHIN. (Grifo e negrito nosso).

Após deliberação, a ADPF nº 572 foi julgada totalmente improcedente, e declarada a constitucionalidade da Portaria GP n.º 69/2019, enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, vencido o ministro Marco Aurélio, único voto divergente. Deste modo, o Pleno do Tribunal entendeu legítima a continuidade das investigações presididas pelo Relator do Inquérito 4.781, uma vez que diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apregoada desobediência a decisões judiciais, o inquérito mostra-se adequado e necessário.

Analisaremos, portanto, este tipo de investigação preliminar e a compatibilidade de ser realizada por um ministro do STF e o aludido Regimento Interno, considerando que foi declarada constitucional pela Suprema Corte, para verificar se contribui ou não

para a garantia do devido processo penal e o respeito ao sistema processual acusatório.

2.1. ANÁLISE DA LEGALIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO NO ÂMBITO DO STF: OBJETO, ABRANGÊNCIA, INSTAURAÇÃO DE OFÍCIO E A AUSÊNCIA DE DISTRIBUIÇÃO RANDÔMICA

Segundo a portaria instauradora do inquérito estudado no presente trabalho, o motivo elencado para instauração do inquérito e iniciarem-se as investigações foram, objetivamente, pela “[...] 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” (Portaria GP 69/2019 de 14 de março de 2019, do Ministro Dias Tófolli, Presidente Do STF).

A Portaria GP 69/2019 de 14 de março de 2019 é disposta da seguinte forma:

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.
Ministro DIAS TÓFOLLI,
Presidente.
(Portaria GP 69/2019 — STF, de 14 de março de 2019). (Grifo nosso)

Todo inquérito, segundo a doutrina majoritária e legislação em vigor, deve demonstrar seu objeto de investigação para que não se permita investigações genéricas, às cegas, direcionadas a apurar fatos de livre vontade da autoridade.

Pelas considerações de Junior (2020, p. 223), o objeto da investigação preliminar

[...] é o fato constante na *notitia criminis*, isto é, o *fumus commissi delicti* que dá origem à investigação e sobre o qual recai a totalidade dos atos desenvolvidos nessa fase. Toda a investigação está centrada em esclarecer, em grau de verossimilitude, o fato e a autoria, sendo que esta última (autoria) é um elemento subjetivo acidental da notícia-crime. Não é necessário que

seja previamente atribuída a uma pessoa determinada. A atividade de identificação e individualização da participação será realizada no curso da investigação preliminar [...].

Tem-se, portanto, que toda investigação deve ter seu objetivo central, e para isto, o inquérito policial deve estar focado em esclarecer essas premissas da investigação preliminar (fatos e a autoria), limitado ao que se pretende verificar.

Junior (2020, p. 224) nos remete à análise dos limites do inquérito policial, e pontua a existência de dois limites limite de cognição. No plano horizontal, o Inquérito Policial “[...] está limitado a demonstrar a probabilidade da existência do fato aparentemente punível e a autoria, coautoria ou participação do sujeito passivo. O que se busca é averiguar e comprovar o fato em grau de probabilidade”. (JUNIOR, 2020, p. 224). No plano vertical, “[...] deve demonstrar a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade aparente, também em grau de probabilidade. A antítese será a certeza sobre todos esses elementos e está reservada para a fase processual.” (JUNIOR, 2020, p. 224).

A partir das considerações de Junior, podemos identificar que o inquérito está limitado a apurar fato aparentemente punível e a autoria, bem como demonstrar qual é a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade realizada pelo agente que molda-se à tipificação penal.

Analisando a Portaria GP 69/2019, é possível extrair, acerca do inquérito 4.781, que: (i) a instauração do inquérito foi realizada de ofício pelo presidente do STF, Ministro Dias Tófolli; (ii) que o Relator, Ministro Alexandre de Moraes, foi designado para conduzir as investigações; que as investigações pretendiam apurar (iii) notícias fraudulentas (*fake news*); (iv) denúncias caluniosas (v) ameaças (vi) e crimes contra a honra dos ministros membros do STF e seus familiares (infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*).

Posteriormente, no DESPACHO INICIAL de 19 de março de 2019, o ministro Relator do Inquérito reafirma e acrescenta, quando requisitado pela PGR, que o objeto do inquérito é:

[...] O objeto deste inquérito é a investigação de **notícias fraudulentas** (*fake news*), **falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças** e demais **infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi, que atingem a honorabilidade** e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o **vazamento de informações e documentos sigilosos**, com o intuito de atribuir e/ou insinuar

a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, **por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo**; e a verificação da existência de **esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais**, com o intuito de **lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito** [...]. (Grifo nosso).

Em síntese, extrai-se da dita portaria, para análise da presente pesquisa que:

- (i) a instauração do inquérito foi realizada de ofício pelo presidente do STF, Ministro Dias Tófolli;
- (ii) que o Relator, Ministro Alexandre de Moraes, foi designado para conduzir as investigações;
- (iii) que as investigações pretendiam apurar:
 - a) Notícias fraudulentas, ou notícias falsas (*fake news*);
 - b) Denúncias caluniosas;
 - c) Ameaças;
 - d) Crimes contra a honra dos ministros membros do STF e seus familiares (infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*);
 - e) Vazamento de informações e documentos sigilosos;
 - f) A verificar existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais;
 - g) Condutas com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.

Embora a portaria não mencione os crimes que se enquadrem na situação elencada no art. 43 do RISTF, tentaremos moldar as condutas descritas a algum tipo penal. Deste modo, que o objeto do inquérito policial instaurado no STF visava apurar naquela ocasião, fatos que, em tese, podem incidir nos seguintes tipos penais: Denúncia Caluniosa (Art. 339, CP), Calúnia (art. 138, CP), Difamação (art. 139, CP), Injúria (art. 140, CP), Ameaça (147, CP), Associação Criminosa (art. 288, CP), Violação de sigilo funcional (art. 325), e tentar impedir o livre exercício de qualquer dos Poderes (art. 18 da Lei de Segurança Nacional). Em que pese a abominável conduta de divulgação de informação falsa, ainda não existe lei que qualifique-a como ato criminoso.

A partir disso, tem-se que o fundamento de instauração do inquérito está alicerçado art. 43 do Regimento interno da Suprema Corte, na autoridade de seu Presidente de velar pelas prerrogativas do Tribunal (art. 13 do RISTF).

Importante salientarmos que não é a primeira vez que há instauração de inquérito presidido pelo STF. Há inquérito anterior instaurado na Suprema Corte, o Inquérito 4.696, instaurado por determinação da Segunda Turma do STF para investigar na exibição do ex-Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, às câmeras de televisão, mediante o uso de algemas nos pés e nas mãos durante transporte realizado por autoridades policiais bem como a suposta violação à Súmula Vinculante nº 11 do STF.

As peculiaridades que diferenciam o Inquérito 4.696 do 4.781 é que, naquela ocasião, o inquérito 4.696 foi distribuído por prevenção (Art. 69, RISTF); para instruir o feito, o Ministro Gilmar Mendes designou o juiz-instrutor Dr. Ali Mazloum, e oficiou à PGR para, querendo, acompanhasse toda apuração. Remetido a julgamento imediatamente após o relatório produzido pelo juiz-instrutor, após conclusão das investigações prévias, por decisão unânime da Segunda Turma, na data de 14.8.2018, o relatório elaborado foi encaminhado à Procuradoria-Geral da República (PGR), entre outras autoridades. As investigações então seguiram pela Procuradoria Geral da República. Depois de peticionado pela PGR, e acolhido pelo Relator, ficou assentado que não havia a participação de qualquer autoridade com foro por prerrogativa de função na Corte nos crimes investigados no Inquérito. Diante disso, os autos foram remetidos à Procuradoria da República em Curitiba.

Em que pese o amplo debate acerca da recepção ou não pela Constituição Federal de 1988 do art. 43 do RISTF, o que poderia impossibilitar de sua utilização, partiremos do princípio, neste momento, de que a previsão não viola a Constituição Federal para suceder a análise da possibilidade ou não de utilização de inquérito no âmbito do tribunal para apurar os fatos e crimes acima elencados.

Deste modo, será analisado o art. 43 do RISTF e comparado se os fatos e infrações penais objetos do inquérito moldam-se ao previsto no artigo.

Assim, o art. 43 do RISTF dispõe que:

Art. 43. 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.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente. (Grifo nosso).

A primeira problemática que emerge é o fato de que não está especificado pela portaria instauradora do inquérito, objetivamente, os fatos criminosos a apurar, onde e quando ocorreram. As menções a “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” são revestidas de generalidade absoluta, e, deste modo, denota ausência de justa causa para sua instauração, além do fato de serem, em sua maioria, crimes contra a honra, que pressupõem ação penal privada.

Por uma análise literal do texto não é difícil concluir que, para haver possibilidade de instauração de inquérito no âmbito da Suprema Corte, é necessário: (a) que os fatos e infrações penais envolvam autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição do STF; (b) que a infração à lei penal tenha ocorrido “*na sede ou dependência do Tribunal*”; e (c) que mesmo que fora das dependências do tribunal, o que abarca a expressão “*nos demais casos*” do § 1º, ainda assim, é preciso que tenha-se por investigado *autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição do STF* (SILVA, STRECK E OLIVEIRA, 2020).

Entretanto, em comparação com os ditames da Portaria 69 que oportunizaram a abertura do Inquérito 4.781, verifica-se, todavia, que não investiga autoridade ou pessoas sujeitas à jurisdição do STF, bem como os fatos não se deram no interior das instalações físicas da Suprema Corte (na sede ou dependência do Tribunal).

A Advocacia Geral da União pontuou que a identificação precisa da autoria dos fatos investigados somente transparecerá em momento mais avançado das apurações, o que permitiria que, mesmo sem existir possível pessoa com prerrogativa de foro no STF, ainda assim, poder-se-ia instaurar inquérito no âmbito da Suprema Corte. Todavia, assim como mencionou a Procuradora-Geral da República, essa prática constitui investigação de prospecção (*fishing*).

Alexandre Morais da Rosa (2021) nos ensina que trata-se da prática comum de autoridades de “[...] aproveitar dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais [...] violando-se direitos fundamentais, para além dos limites legais”.

O termo nos remete à pesca, pelas incertezas próprias vivenciadas pelos pescadores na pescaria, visto que não é possível prever, de forma antecipada, se será possível

capturar algum peixe, muito menos as espécies que poderão ser encontradas, bem como ser impossível delimitar a quantidade, mas há "convicção" de que retornará com peixes capturados.

O autor define *fishing expedition*, ou pescaria probatória, como

[...] Com Viviani Ghizoni Silva e Philippe Benoni Melo e Silva ("Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e Apreensão". Florianópolis: EMais, 2019), restou conceituada como: (*fishing expedition* é a) "**investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que lança suas redes com a esperança de 'pescar' qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, é uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento das balizas de um processo penal democrático de índole Constitucional**" [...]. (Grifo nosso).

Assim, conforme exposto, a prática de realizar investigação sem definição objetiva constitui prática de procura especulativa, sem justa causa, sem pessoa objeto de investigação definida, o que resta incompatível com o ordenamento jurídico.

A prática é apontada pela PGR no âmbito do inquérito em análise. Segundo a PGR "[...] instaura-se investigação sem o mínimo indício de que recaia sobre pessoas com foro por prerrogativa de função, na expectativa de que, eventualmente, durante o seu curso, identifique-se a prática de ilícitos por pessoas que ostentem tal condição" (Procuradoria-Geral Da República Raquel Elias Ferreira Dodge. Ofício N.º 538/2019 – LJ/PGR - Sistema Único n.º 126388/2019).

Posteriormente, o Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, ao prestar informações nos autos da ADPF 572, esclareceu que, quanto a condição territorial, o art. 43 do RISTF aplica-se ao caso concreto porque "[...] O STF tem jurisdição em todo o território nacional (CF, art. 92, § 2º) e seus Ministros, órgãos do Tribunal, representam institucionalmente essa mesma abrangência. Ao praticar infração contra os Ministros, ofende-se o próprio STF, já que eles são órgãos deste tribunal".

Nessa linha de raciocínio, indaga-se, quem seriam então as autoridades com prerrogativa de foro no STF? A Constituição Federal responde esse questionamento. São eles:

a) Presidente da República, nas infrações penais comuns (art. 102 inc. I, alínea "b", CF/88), apenas quanto aos atos praticados no exercício da função ou em razão dela,

juízo este atribuído ao Plenário do STF (art. 5º, I, RISTF), inclusive com a necessidade de autorização de dois terços da Câmara dos Deputados para apreciação da acusação (art. 51, inc. I, da CF/88), exceto nos casos previstos no art. 52, inc. I da CF (crimes de responsabilidade, de competência privativa do Senado Federal). Recebida a denúncia, ficará suspenso das funções (art. 86, inc. I e II, CF/88), entretanto, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão, e na vigência de seu mandato, não poderá ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções (art. 86, § 3º e 4º da CF/88). Trata-se de mecanismo protetivo à Presidência da República (MARCHIONATTI, 2019, p. 77);

b) o Vice-Presidente da República (art. 102 inc. I, alínea “b”, CF/88), juízo este atribuído ao Plenário do STF (art. 5º, I, RISTF), nas infrações penais comuns;

c) os membros do Congresso Nacional (Deputados Federais e Senadores da República, art. 102, inc. I, alínea “b”, e art. 53 e § 1º da CF/88). O RISTF atribuiu o juízo dos Presidentes de cada Casa ao Plenário do STF (art. 5º, I, RISTF) e aos demais membros às Turmas (art. 9º, inc. I, alínea “j”, do RISTF). São invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos, não podendo serem presos desde a expedição do diploma (art. 53, §§ 1º e 2º, CF/88). Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o STF dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação (art. 53, § 3º, CF). Neste ponto, há de se ressaltar que o STF, no juízo da Ação Penal n. 937 – RJ, fixou a tese de que “o foro por prerrogativa de função de deputados e senadores aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas como parlamentar”.

d) os próprios Ministros do STF, nas infrações penais comuns (art. 102 inc. I, alínea “b”, CF/88), juízo este atribuído ao Plenário do STF (art. 5º, I, RISTF);

e) o Procurador-Geral da República, nas infrações penais comuns (art. 102 inc. I, alínea “b”, CF/88), juízo este atribuído ao Plenário do STF (art. 5º, I, RISTF);

f) os Ministros de Estado, nas infrações penais comuns (art. 102 inc. I, alínea “c”, CF/88), juízo este atribuído às Turmas do STF (art. 9º, inciso I, alínea “k”, do RISTF). De acordo com a jurisprudência do STF, nos crimes conexos com do

Presidente da República, é necessária autorização da Câmara dos Deputados (MARCHIONATTI, 2019, p. 107);

g) os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nas infrações penais comuns (art. 102 inc. I, alínea “c”, CF/88), julgamento este atribuído às Turmas do STF (art. 9º, inciso I, alínea “k”, do RISTF) (MARCHIONATTI, 2019, p. 109);

h) aos membros dos Tribunais Superiores (Ministros do STJ, TST, STM, e do TER), nas infrações penais comuns (art. 102 inc. I, alínea “c”, CF/88), julgamento este atribuído às Turmas do STF (art. 9º, inciso I, alínea “k”, do RISTF), com as garantias e peculiaridades da carreira conferidas aos magistrado (MARCHIONATTI, 2019, p. 110);

i) aos ministros membros do Tribunal de Contas da União, nas infrações penais comuns (art. 102 inc. I, alínea “c”, CF/88), julgamento este atribuído às Turmas do STF (art. 9º, inciso I, alínea “k”, do RISTF), com as garantias e peculiaridades da carreira conferidas aos magistrado (MARCHIONATTI, 2019, p. 110); e

j) aos chefe de missão diplomática estrangeira no Brasil de caráter permanente, nas infrações penais comuns (art. 102 inc. I, alínea “c”, CF/88), julgamento este atribuído às Turmas do STF (art. 9º, inciso I, alínea “k”, do RISTF) (MARCHIONATTI, 2019, p. 111).

O que se pretende ao citar exaustivamente as autoridades e pessoas com foro no STF é para se correlacionar que são estas, ou outras previstas por lei (como no caso de Governadores dos Estados), que devem ser consideradas, nos termos do art. 43 do Regimento Interno, como “autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição”, possibilitando, assim, a abertura de inquérito. Ocorre que não há autoridade elencada acima envolvida em infração penal que permita abertura de inquérito na Suprema Corte, que esvai, assim, as possibilidades de abertura de inquérito no STF.

Outros pontos peculiares são a instauração do inquérito de ofício pelo presidente do STF, e a designação do ministro relator para conduzir as investigações.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto nos autos da ADPF n. 572 aborda que não há necessidade de distribuição randômica ao inquérito, visto que trata-se de uma regra processual a qual deve ser seguida no ato de instauração de processo. Ou seja,

não há necessidade de distribuição randômica para inquérito. Entretanto, direcionar uma investigação a determinada pessoa (ministro) trata-se de violação latente do art. 40 do CPP. Iniciativas investigatórias de ofício são vedadas.

O artigo 129, inciso I, diz que cabe ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública. Há separação das funções, de um órgão que acusa, um defende e outro que julga. Diante disso, é vedado ao juiz, no sistema acusatório, qualquer atitude, atuação de ofício, de modo a restringir os direitos fundamentais do investigado. Por exemplo, ao juiz, é vedado nesta fase pré-processual, de ofício, decretar uma prisão ou busca e apreensão ou interceptação telefônica, porque o juiz que requisita a abertura de um IP, estará comprometendo sua imparcialidade futura. Daí o porquê a doutrina repudia este dispositivo dizendo incompatível com a Constituição (JUNIOR, 2020, p. 236).

A partir da exposição acima, respeitosamente, ousamos discordar da opinião dos ilustríssimos ministros, em considerar que a abertura do Inquérito está revestido de ilegalidade.

O art. 43, assim como os demais, está no Capítulo VIII do Regimento Interno do STF, que trata Da Polícia do Tribunal. O efetivo exercício desta função inclusive foi regulamentado pela Resolução Nº 564, De 6 de Novembro de 2015, editada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, então presidente do Tribunal.

A mencionada Resolução delimita o exercício do poder de polícia no âmbito do tribunal, regulamentando, assim, os arts. 42, 43, 44, 45 do Regimento Interno e atribui ao Presidente o encargo de responder pela polícia do STF.

O Art. 2º da Resolução menciona, assim como o art. 43 do RISTF que:

Art. 2º. 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.

[...]

§ 2º Nas demais hipóteses, o Presidente poderá requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente. (Grifo nosso).

Não há o que se falar em Ministros, que por serem ministros e representarem institucionalmente a Suprema Corte, essa mesma abrangência seria “estendida” a eles ampliando a possibilidade de, em qualquer lugar do país, serem vítimas de

qualquer tipo de crime ser instituído inquéritos no âmbito do STF para investigarem. Se um ministro do Supremo for vítima de tentativa de roubo, por exemplo, estando em via pública, o STF investigaria o fato? Certamente que não. Isto porque, como já apontado, a competência originária do STF é demarcada pelo foro por prerrogativa de função do investigado/réu, ou fato que ocorra necessariamente nas dependências estruturais (físicas) do Tribunal. Ou seja, vai de encontro ao próprio RISTF e a Constituição, primeiramente por não ocorrer fato concreto de violação à lei penal nas dependências do tribunal ou a pessoa objeto da investigação ter prerrogativa de foro que permitisse a instauração do inquérito, e segundo porque a própria portaria instauradora em si é genérica, conforme já abordado.

Portanto, deve-se concluir que o inciso II, do artigo 5º do CPP, assim como o § 2º do art. 2º da Resolução Nº 564 do STF, na parte que prevê a possibilidade do juiz requisitar a abertura de Inquérito Policial, não é compatível com a Constituição (JUNIOR, 2020, p. 236). O que seria possível, então? Certamente que a autoridade judiciária encaminhasse a notícia de fatos ao Procurador-Geral da República, e este, entendendo por bem, requisitaria abertura de inquérito à Polícia Federal.

Tem-se, assim, que o inquérito analisado em questão é revestido de ilegalidade visto que os delitos investigados não ocorreram nas dependências físicas do STF, o que impossibilita aplicação do art. 43 do Regimento Interno do STF. Assim, o poder de polícia do STF, restrito a hipóteses de crimes ocorridos nas dependências físicas da Suprema Corte, não pode ser invocado para investigar crimes ocorridos fora da sede ou dependência do Tribunal. Merece ser registrado que essa foi a conclusão da Douta Procuradora-Geral da República ao manifestar pela inconstitucionalidade e ilegalidade da Portaria que ensejou abertura do inquérito nos autos da ADPF 572 (Procuradoria-Geral Da República Raquel Elias Ferreira Dodge. Ofício N.º 538/2019 – LJ/PGR - Sistema Único n.º 126388/2019).

2.2. O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO 4.781 PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL — UMA ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DE ARQUIVAMENTO DO ARTIGO 28 DO CPP

Tão logo que tomou ciência da instauração do Inquérito mediante a Portaria STF/GP 69, de 14 de março de 2019 no STF, a Procuradora-Geral da República, Raquel

Dodge, no dia seguinte a instauração (15 de março de 2019), solicitou ao Ministro Relator designado, Ministro Alexandre de Moraes, para que concretamente informasse os fatos objetos do inquérito e os fundamentos da competência do STF para processar a investigação, para que o Ministério Público, no uso de suas atribuições constitucionalmente estabelecidas deliberasse pela promoção da ação penal pública ou arquivamento do feito, porém os autos não foram remetidos para análise do Ministério Público Federal — MPF. Alguns dias após, ignorando o pedido formulado, o Relator do Inquérito realizou despacho inicial informando, conforme tratado no tópico anterior, o objeto das investigações. Vejamos.

[...] O objeto deste inquérito é a investigação de notícias fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi*, *diffamandi* ou *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito [...]. (DESPACHO INICIAL, de MIN. ALEXANDRE DE MORAES, de 19 de março de 2019).

Nesta nova modalidade investigativa, contraditória aos parâmetros constitucionais aos olhos do MPF, deu-se seguimento às investigações, com ordens de busca e apreensão e prisão, sem a participação do *parquet* (o que somente foi oportunizado em momento posterior quando houve finalização das investigações).

Por ocasião da continuidade das investigações sem a participação do Ministério Público, e entendendo que não havia justa causa para promoção da ação penal, a Procuradoria-Geral da República, no uso de suas atribuições constitucionais, com fundamento no devido processo legal e o sistema acusatório penal brasileiro promoveu o arquivamento do Inquérito 4.781 em 16 de abril de 2019. A primeira manifestação que pontuaremos, portanto, foi a realizada de forma autônoma da Procuradoria-Geral Da República, para o arquivamento do feito.

Assim manifestou a Douta Procuradoria-Geral Da República Raquel Elias Ferreira Dodge:

[...] Registre-se que, conforme histórica jurisprudência da corte constitucional, o arquivamento promovido pela procuradoria geral da República é irrecusável

na hipótese em exame. Nas palavras de seu decano, Ministro Celso de Mello (PET 2509/MG).

“Como se sabe, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ressaltado a impossibilidade de esta Corte recusar o pedido de arquivamento, quando deduzido pelo Ministério Público (RTJ 57/155 – RTJ 69/4 – RTJ 73/1 – RTJ 116/7, v.g.), **notadamente nas hipóteses – como a que se registra no caso – em que o Parquet expressamente reconhece a inviolabilidade de fazer instaurar, de modo compatível com o sistema jurídico, a concernente *persecutio criminis in iudicio*.**” – negrito acrescido.

Estabeleço que, como titular da ação penal, assim que instaurado por ato de ofício este Inquérito, no dia 15.03.2019, encaminhei a manifestação anexa para pontuar as graves consequências advindas da situação ali retratada. Transcorrido período superior a 30 (trinta) dias desta instauração, não houve, sequer, o envio dos autos ao Ministério Público, como determina a própria lei processual penal.

Considerando os fundamentos constitucionais desta promoção de arquivamento, registro, como consequência, que nenhum elemento de convicção ou prova de natureza cautelar produzida será considerada pelo titular da ação penal ao formar sua *opinio delicti*. Também como consequência do arquivamento, todas as decisões proferidas estão automaticamente prejudicadas. (Procuradoria-Geral Da República Raquel Elias Ferreira Dodge. Ofício Nº 509/2019 — LJ/PGR. Sistema Único nº 107339/2019, de 16 de Abril de 2019). (Grifo nosso).

O Ministro Alexandre de Moraes, Relator do Inquérito, rejeitou deliberadamente o arquivamento do feito e deu continuidade às investigações, em decisão proferida no mesmo dia em que a PGR promoveu o arquivamento, em 16 de abril de 2019, conforme abaixo.

[...]

DECIDO.

O pleito da DD. Procuradora Geral da República não encontra qualquer respaldo legal, além de ser intempestivo, e, se baseando em premissas absolutamente equivocadas, pretender, inconstitucional e ilegalmente, interpretar o regimento da CORTE e anular decisões judiciais do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

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.

Inconfundível, portanto, a titularidade da ação penal com os mecanismos investigatórios, como pretende a Digna Procuradora Geral da República, pois o hibridismo de nosso sistema persecutório permanece no ordenamento jurídico, garantindo a possibilidade da Polícia Judiciária – com autorização judicial, quando presente a cláusula de reserva jurisdicional – se utilizar de todos os meios de obtenção de provas necessários para a comprovação de materialidade e autoria dos delitos, inclusive a colaboração premiada, como decidiu recentemente o Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, novamente, afastou a confusão pretendida pela Chefia do Ministério Público (ADI 5508, PLENARIO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, decisão: 13/12/2017).

Na presente hipótese, não se configura constitucional e legalmente lícito o pedido genérico de arquivamento da Procuradoria Geral da

República, sob o argumento da titularidade da ação penal pública impedir qualquer investigação que não seja requisitada pelo Ministério Público, conforme reiterado recentemente pela SEGUNDA TURMA do STF (Inquérito 4696, Rel. Min. GILMAR MENDES), ao analisar idêntico pedido da PGR, em 14/08/2018.

Diante do exposto, INDEFIRO INTEGRALMENTE o pedido da Procuradoria Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 16 de abril de 2019.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

(DECISÃO de 16 de abril de 2019, Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Relator do Inquérito 4.781, grifo nosso).

Diante da promoção de arquivamento pela PGR, e da negativa de arquivamento pelo Ministro Relator do Inquérito, analisaremos como atualmente é o procedimento de arquivamento de inquérito à luz do art. 28 do Código de Processo Penal brasileiro, e se é possível o Poder Judiciário discordar desta promoção de arquivamento, bem como as providências possíveis após a discordância. Faremos isto, considerando que o Código de Processo Penal é aplicável ao caso em análise, conforme art. 230 do RISTF⁶.

Registra-se que o artigo 28 do CPP foi alterado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964, de 2019), contudo a eficácia da nova reação do artigo 28, *caput*, do Código de Processo Penal⁷ foi suspensa por força Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298, de 22 de janeiro de 2020, o qual prevê nova sistemática de promoção de arquivamento. Nesta nova forma procedimental, o *parquet* ordena o arquivamento, que é remetido a instância revisional do próprio Ministério Público, após, vítima, investigado, e autoridade policial são comunicadas do arquivamento,

⁶ Art. 230. A denúncia nos crimes de ação pública, a queixa nos de ação privada, bem como a representação, quando indispensável ao exercício da primeira, **obedecerão ao que dispõe a lei processual** (Grifo nosso).

⁷ 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)

§ 1º 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, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). (Decreto-Lei Nº 3.689, De 3 De Outubro De 1941 — Código De Processo Penal brasileiro).

com encaminhamento dos autos à instância de revisão ministerial para fins de homologação. Não há mais, portanto, homologação judicial.

Analisaremos então a antiga redação do art. 28, a que ainda está vigente no ordenamento jurídico até ulterior deliberação pelo Plenário da Corte Superior.

O Ministério Público, nos termos do art. 28 do CPP poderá adotar três ações: oferecer a denúncia, requisitar diligências ou ordenar o arquivamento (pela redação anterior a alteração promovida pela Lei 13.964/2019). Vejamos:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento de 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.

Ressalta-se a aplicabilidade, por analogia, dos arts. 395 e 397 do CPP, os quais preveem hipóteses que permitem o arquivamento.

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Parágrafo único. (Revogado). (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

[...]

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

IV - extinta a punibilidade do agente. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Segundo a sistemática do procedimento de arquivamento elencado no artigo 28 do CPP, não identificada justa causa para realizar denúncia, um dos caminhos possíveis ao ministério público será ordenar o arquivamento, que regra geral depende de homologação judicial. Promove-se ao Juiz, que pode concordar ou não com o parecer do Ministério Público. Badaró (2021, p. 163) destaca a necessidade de manifestação fundamentada do Ministério Público pelo arquivamento do inquérito, com aplicação

por analogia do art. 93, da CRFB/88 (conforme prevê esta possibilidade o art. 129, § 4º).

Caso haja concordância do juiz, o feito será arquivado. Se não concordar o magistrado, não poderá obrigar o promotor a denunciar aquilo que ele entende ser caso de arquivamento, porque se caso assim fazer violará o Princípio da Independência Funcional (art. 127, § 1º, da CRFB/88). Diante da discordância do magistrado, então, os autos devem ser remetidos ao Procurador-Geral do Ministério Público. Ele poderá concordar com o promotor, e determina ao juiz o arquivamento. Se discordar do pedido de arquivamento, oferecerá ele próprio a denúncia ou designará outro promotor para oferecê-la. (BADARÓ, 2021, p. 164).

Caso o novo Promotor de Justiça que recebeu do Procurador-Geral a incumbência de realizar a denúncia discorde de realizá-la, optando pelo arquivamento, Badaró (2021, p. 164) defende que deverá declarar-se suspeito ou impedido por motivo de foro íntimo. Mas há posicionamento doutrinário que defende não existir hierarquia funcional na atividade desempenhada pelo *parquet*, de modo que não poderia ser obrigado a oferecer a denúncia, pois violaria o princípio da independência funcional, porque um Promotor de Justiça deve obediência somente a sua consciência e ao ordenamento jurídico.

Entretanto, estamos diante de uma situação específica, que até então é tratada pelo Supremo como de competência originária, a qual, portanto, incide as atribuições da Procuradoria-Geral da República.

Nesta seara, Badaró defende que

[...] Se o pedido ocorrer no âmbito da Justiça Federal, os autos deverão ser remetidos ao Procurador-Geral da República, para os fins do art. 28 do CPP. Cabe observar que neste caso, o Procurador-Geral não decidirá sobre o arquivamento, devendo enviar os autos a uma das “Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal”, responsável pelo cumprimento do art. 28 do CPP, segundo dispõe o art. 62, IV, da Lei Complementar n. 75/1993.

Nos casos de foro por prerrogativa de função, como a competência para o oferecimento da denúncia é do próprio Procurador-Geral de Justiça, se este entender que é caso de arquivamento, deverá pedi-lo, diretamente ao Tribunal, que não poderá negar o arquivamento.

Uma vez determinado seu arquivamento, a reabertura do inquérito policial somente poderá ocorrer se houver novas provas quanto à autoria ou à materialidade delitiva, nos termos do art. 18 do CPP. Ou seja, surgindo notícia de novas provas, será possível o

desarquivamento do inquérito policial, para que a investigação tenha continuidade. [...] (negrito nosso). (BADARÓ, 2021, 164 e 165).

Ou seja, se o pedido de arquivamento ocorrer no âmbito da Justiça Federal, os autos devem ser remetidos a uma das “Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal”, para deliberar pelo cumprimento do art. 28 do CPP (conforme art. 62, IV, da LC n. 75/1993). Se estivermos diante de investigado com foro por prerrogativa de função, a competência para o arquivamento é do Procurador-Geral de Justiça, que deverá solicitar ao Tribunal, que não poderá negar.

Em concordância com Badaró, a Súmula 524 do STF, impõe que “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”.

Então, o que se sabe até o presente momento é que o STF negou o arquivamento promovido pela Procuradoria-Geral da República, sob a fundamentação de “intempestividade, interpretação ilegal do regimento interno do STF, hibridismo do sistema persecutório brasileiro o qual não conferiu mecanismos investigatórios ao Ministério Público, bem como a alegação de que o pedido de arquivamento foi genérico”.

Ocorre que, como acima demonstrado, é incontestável a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público Federal. O Eminentíssimo Ministro até poderia discordar da fundamentação que requereu o arquivamento do inquérito, entretanto, conforme prevê o art. 28 do Código de Processo Penal brasileiro, aplicável ao caso, considerando que o Regimento Interno do STF não aborda a matéria, deveria, então, ser remetido os autos a Procuradoria-Geral da República, que decidiria sobre a denúncia ou insistiria no arquivamento.

Considerando que o arquivamento inicialmente promovido foi realizado pela própria Procuradora-Geral da República, não resta alternativas ao Poder Judiciário a não ser aceitar o disposto, porque que constitui, neste caso, determinação. Somente com novas provas que viessem a ser produzidas posteriormente pela polícia judiciária, poderia, certamente, o inquérito ser desarquivado e novamente ser apreciado pelo *parquet*.

Alexandre De Moraes Da Rosa, processualista penal e Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina, expõe sua opinião sobre o tema abordado no *podcast* #criminalplayer, e defende que

[...] Uma investigação conduzida por ministro do Supremo, sem o acompanhamento do Procurador-Geral da República, em desacordo com a opinião dele, e que ao final não vai levar a nada, de forma direta, porque este inquérito será concluído, enviado ao PGR que vai requerer o arquivamento, e mesmo que os ministros do supremo não concordem, vai devolver para quem? Pela redação do art. 28 do CPP (antigo, que está vigendo), vai determinar que o PGR se manifeste novamente, que vai insistir no arquivamento, então a questão é *natimorta*⁸. [...] Quando se trabalha com PGR, esse requerer o arquivamento é praticamente ordenar o arquivamento, porque mesmo que ele faça o requerimento ao Supremo e o Supremo não concorde, vai devolver para quem? Para ele, que insistirá no arquivamento. Ai, quem irá acusar? Será o Ministro Alexandre quer irá formular uma denúncia? [...].

A visão do autor se coaduna com o entendimento da PGR, da doutrina majoritária vigente e até mesmo com a própria jurisprudência do STF, pois o inquérito quando concluído e enviado ao PGR se for requerido/ordenado o arquivamento, mesmo que se discorde, posteriormente insistido no arquivamento não há o que ser feito (deve ser arquivado), salvo se novas provas surgirem.

Pelas considerações expostas, e a solidez demonstrada, o Ministério Público é a instituição com poder de fiscalizar a atuação investigativa, com a finalidade de promover a garantia dos direitos fundamentais dos investigados. Portanto, uma requisição de remessa dos autos a autoridade investigadora não pode ser recusada.

Deve-se destacar, a partir deste ponto, que o Regimento Interno do STF não prevê regras diretas para tramitação de inquéritos, somente nos casos de ação penal de competência originária, a qual o inquérito instaurado será investigado por autoridade policial da Polícia Federal, remetido ao PGR e posteriormente analisado pelo Supremo. Portanto, nesta modalidade de investigação adotada a partir do RISTF, deve-se seguir as regras do Código De Processo Penal.

No entanto, há no RISTF regra que prevê a obrigatoriedade de vista dos autos ao Procurador-Geral Da República, para o caso de ação penal de competência originária,

⁸ Segundo o Dicionário Online de Português, *natimorto* é aquilo que está condenado ao insucesso desde seu aparecimento.

o qual pode ser aplicado por analogia no presente caso, cumulativamente com o CPP. Nestes termos:

Art. 52. O Procurador-Geral terá vista dos autos:

- I – nas representações e outras arguições de inconstitucionalidade;
 - II – nas causas avocadas;
 - III – nos processos oriundos de Estados estrangeiros;
 - IV – nos litígios entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
 - V – nas ações penais originárias;
 - VI – nas ações cíveis originárias;
 - VII – nos conflitos de jurisdição ou competência e de atribuições;
 - VIII – nos habeas corpus originários e nos recursos de habeas corpus;
 - IX – nos mandados de segurança;
 - X – nas revisões criminais e ações rescisórias;
 - XI – nos pedidos de intervenção federal;
 - XII – nos inquéritos de que possa resultar responsabilidade penal;**
 - XIII – nos recursos criminais;
 - XIV – nos outros processos em que a lei impuser a intervenção do Ministério Público;
 - XV – nos demais processos, quando, pela relevância da matéria, ele a requerer,** ou for determinada pelo Relator, Turma ou Plenário
- Parágrafo único. Salvo na ação penal originária ou nos inquéritos,** poderá o Relator dispensar a vista ao Procurador-Geral quando houver urgência, ou quando sobre a matéria versada no processo já houver o Plenário firmado jurisprudência. (Regimento Interno do STF). (Grifo nosso).

Ao encontro dessa previsão, consta ainda o art. 50 do RISTF.

Art. 50. Sempre que couber ao Procurador-Geral manifestar-se, o Relator mandará abrir-lhe vista antes de pedir dia para julgamento ou passar os autos ao Revisor.

- § 1º Quando não fixado diversamente neste Regimento, será de quinze dias o prazo para o Procurador-Geral manifestar-se.
- § 2º Excedido o prazo, o Relator poderá requisitar os autos, facultando, se ainda oportuna, a posterior juntada do parecer.
- § 3º Caso omitida a vista, considerar-se-á sanada a falta se não for arguida até a abertura da sessão de julgamento, **exceto na ação penal originária ou inquérito de que possa resultar responsabilidade penal.** (Regimento Interno do STF). (Grifo nosso).

Além disso, o Regimento Interno do STF também atribui ao relator o ônus de determinar o arquivamento de inquérito para os casos de ação penal de competência originária quando requerido pelo Procurador-Geral da República.

Art. 21. São atribuições do Relator:

[...]

- XV – determinar a instauração de inquérito a pedido do Procurador-Geral da República, da autoridade policial ou do ofendido, bem como o seu arquivamento, quando o requerer o Procurador-Geral da República,** ou quando verificar: (Redação dada pela Emenda Regimental n. 44, de 2 de junho de 2011)
 - a) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (Incluída pela Emenda Regimental n. 44, de 2 de junho de 2011)

- b) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; (Incluída pela Emenda Regimental n. 44, de 2 de junho de 2011)
- c) que o fato narrado evidentemente não constitui crime; (Incluída pela Emenda Regimental n. 44, de 2 de junho de 2011)
- d) extinta a punibilidade do agente; ou (Incluída pela Emenda Regimental n. 44, de 2 de junho de 2011)
- e) ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade. (Incluída pela Emenda Regimental n. 44, de 2 de junho de 2011). (Grifo e negrito nosso).

Há, ainda, a previsão na Lei Nº 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Art. 2º - O relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, que se realizará segundo o disposto neste capítulo, no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no Regimento Interno do Tribunal. (Vide Lei nº 8.658, de 1993)

Parágrafo único - O relator terá as atribuições que a legislação processual confere aos juízes singulares.

Art. 3º - Compete ao relator: (Vide Lei nº 8.658, de 1993)

I - determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, quando o requerer o Ministério Público, ou submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal; (negrito nosso).

Os artigos de lei mencionados acima demonstram que pelo ordenamento jurídico brasileiro, diante da promoção de arquivamento pela PGR, os autos de investigação deveriam ter sido remetidos ao Relator para fins de homologação do arquivamento. Discordando da fundamentação, assim, seriam novamente remetidos a Procuradoria-Geral Da República, que, insistindo no arquivamento, deveria, obrigatoriamente, ser arquivado, salvo se novas provas viessem porventura a serem descobertas (Súmula 524 do STF e art. 231, § 6º, do RISTF).

Tendo em vista que o próprio STF trata o inquérito como competência originária da Suprema Corte, atrai portanto a competência ao titular do cargo de Procurador-Geral da República para o exercício das atribuições e representatividade do Ministério Público Federal.

O Ministro Relator do Inquérito, exerce, sem analisarmos neste momento o mérito desta questão, a função de “autoridade policial”, descrita no Regimento Interno do próprio tribunal, apesar de contraditória em virtude do sistema acusatório, e deve, deste modo, obediência as determinações referentes ao exercício atípico desta função.

Diante disso, com fundamento no art. 62, inciso IV, da LC 75/93, a qual atribui a competência para manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito

parlamentar ou peças de informação é da própria Procuradora-Geral Da República, que naquela ocasião, o cargo era ocupado pela Eminente Sra. Procuradora-Geral Da República Raquel Dodge, e nos dispositivos do Regimento Interno do STF acima mencionados, o inquérito deveria ter sido arquivado.

Em que pese o acórdão da ADPF 572 consolidar o entendimento, acerca deste ponto ora debatido, de que “[...] o procedimento, no limite de uma peça informativa: (a) seja acompanhado pelo Ministério Público”, este acompanhamento não pode ser resumido somente a figura de mero expectador. Há poderes constitucionais atribuídos ao *parquet* que o eleva e delimita a função de órgão de controle das investigações realizadas no âmbito das polícias judiciárias. Os autos serão necessariamente encaminhados ao Ministério Público, para exercício do poder-dever constitucional de promover a ação penal pública, daí o porquê da necessidade de todo e qualquer inquérito revestir-se controle e verificação de cumprimento dos preceitos do Código de Processo Penal e dos direitos e garantias dos investigados.

Deste modo, conclui-se que as condutas do Relator em não encaminhar os autos a Procuradora-Geral Da República quando requerido foram completamente violadoras do Sistema Acusatório, do Código de Processo Penal e do Regimento Interno do STF, e leis infraconstitucionais que tratam da matéria. Ao recusar o arquivamento do inquérito, também quando requerido, nos termos do procedimento de arquivamento de inquérito do art. 28 do CPP, os autos deveriam ter sido remetidos à PGR, de modo que, discordando que, por fim, se novamente afirmasse pelo arquivamento, seria irrecusável, com amparo no devido processo legal, na separação intransponível dos poderes no âmbito dos processos penais por ocasião do sistema acusatório de matriz constitucional, bem como da independência funcional do Ministério Público.

3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE NA PERSPECTIVA DO SISTEMA ACUSATÓRIO

O problema central a ser debatido, a partir das considerações trazidas até aqui, está no acúmulo e o exercício ativo de funções de investigar e julgar, considerando que a presidência do inquérito é realizada por um ministro-juiz do STF, e por sua atuação ativa. Neste sentido, manter a imparcialidade é algo muito criticado no meio jurídico, visto que o ministro também exerce o papel de juiz, e proferirá voto (julgamento) quando compor o Plenário do Tribunal, e estaria, desta forma, contaminado com suas percepções identificadas na fase investigativa.

Para pontuar possíveis violações a princípios constitucionais relevantes, é necessário identificar qual papel foi desempenhado pelo Relator, e verificar se de fato houve acúmulo dessas funções na fase de investigativa.

Seria possível, portanto, que a função de investigar atribuída a diversas autoridades, não limitada ao Ministério Público, alcance ao Ministro da Suprema Corte, de modo a permitir que realizem atos investigativos, concomitantemente ao exercício da atividade de Relator do processo penal (ministro-juiz), inclusive proferindo decisões cautelares, e assim conciliar o direito constitucional e sistema penal acusatório brasileiro, com a possibilidade da Corte Constitucional brasileira instaurar um inquérito e exercer atipicamente funções de investigação?

A busca pela resposta perpassa na análise dos acúmulos de funções, pelo sistema processual penal vigente no Brasil, de matriz constitucional, o denominado Sistema Acusatório, bem como se estão em concordância com os Princípios do devido processo legal e da imparcialidade.

3.1. O INQUÉRITO POLICIAL, A FUNÇÃO DE INVESTIGAR E A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO STF À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Conforme delineado nos capítulos anteriores, apesar da preferência do Código de Processo Penal pelo Inquérito Policial, ele é um dos procedimentos, não exclusivamente o único, inclusive dispensável, em que o Ministério Público se utilizará para, no exercício do poder-dever constitucional, promover a ação penal. Não é exclusividade da polícia judiciária, portanto, a realização de investigações para

elucidar fatos, que podem ser investigados por outras autoridades, desde que exista previsão legal. E, apesar da inquisitorialidade do Inquérito Policial, devem ser obrigatoriamente resguardados os direitos e garantias fundamentais do investigado/preso.

Neste aspecto, há de ser preservado, sobretudo, os direitos e garantias individuais elencados na Constituição e tratados internacionais aos quais o Brasil seja parte, bem como a autonomia e encargo conferida pela Constituição ao Ministério Público de exercer controle sobre as investigações policiais, no exercício do Controle externo da atividade policial.

Mas, a partir de então, indaga-se, um juiz (ministro) pode exercer a função de investigar, e presidir um inquérito? Há fundamento legal e Constitucional que permita o exercício atípico desta função pelo STF, sem participação ou controle do Ministério Público? Qual seria o efetivo papel do Relator na oportunidade de presidir um inquérito na Suprema Corte?

Silva (2009, p. 128), abordando o tema, distingue duas espécies de procedimentos investigativos em investigações que envolvam titulares de prerrogativas: “[...] i) aqueles que se realizam *interna corporis*, sendo conduzidos pela própria instituição que integra o suspeito da prática da infração”; e (ii) os demais procedimentos preliminares, que englobam àqueles que possuem foro por prerrogativa de função, como por exemplo os “[...] titulares de cargos de mantado eletivo ou político”.

Para Marchionatti (2019, p. 187) prevalece o entendimento de doutrinário e jurisprudencial de que “[...] a investigação de competência dos Tribunais é “supervisionada” pelo relator, o qual determina a produção de provas, mas não ocupa propriamente a posição de investigador”.

O autor ainda salienta que há vários julgados no STF que utilizam o termo “supervisão”, quando se referem a atuação de ministros na tramitação de inquéritos no âmbito do Tribunal na fase de investigação.

Haveria, deste modo, dois pontos equidistantes acerca da interpretação do papel do Tribunal em uma investigação. Posicionamentos que defendem: (a) intervenção máxima, em contraposição aos que defendem (b) intervenção mínima.

Àqueles que defendem intervenção máxima, o “[...] relator assumiria papel de investigador, ocupando a posição característica do delegado de polícia, presidindo o inquérito”. Àqueles que defendem intervenção mínima, “[...] o relator ocuparia posição que o juiz exerce nas investigações, nos exatos termos do CPP”. Apesar disso, os Tribunais tem adotado postura mediana, com a presença de peculiaridades de intervenção mínima e máxima (MARCHIONATTI, 2019, p. 187).

A atuação do Relator, deste modo, pode ser definida em duas hipóteses: àquele que apenas supervisiona o feito, o que enquadra no conceito de intervenção mínima, atuando com objetivo de garantir as prerrogativas dos investigados com foro nos tribunais de sobreposição, atuação esta similar ao Juiz de Garantias instituído pelo Pacote Anticrime (apesar de ainda não efetivado pelo instituto estar suspenso por decisão do STF); e àquele que, efetivamente exerça atuação de investigador, semelhante ao delegado de polícia, e por conta disso molda-se ao conceito de intervenção máxima.

Voltando-se o olhar para atuação do Relator em sede do inquérito 4.781, verifica-se que atuou ora atuou como presidente do inquérito, e concomitantemente, atuou como juiz.

Algumas confusões de funções são perceptíveis. Em apertada síntese, podemos elencar inúmeros atos proferidos pelo Ministro Relator, a saber:

- a) Designou Delegados de Polícia Federal para auxiliarem nas investigações e servidora do tribunal para secretariar os trabalhos (aqui atua como Relator presidente do inquérito);
- b) Solicitou diversas perícias à Polícia Federal (aqui atua como Relator presidente do inquérito);
- c) Solicitou prorrogação do Inquérito à Presidência do Supremo Tribunal Federal (aqui atua com presidente do inquérito);
- d) Determinou, por ordem judicial, a retirada e proibição de exibição de matéria jornalística (aqui atua como juiz);
- e) Negou arquivamento promovido pela Procuradora-Geral da República (aqui atua como juiz);

- f) Impediu a participação do Ministério Público no âmbito das investigações (aqui atua como juiz ou presidente do inquérito?);
- g) Determinou produção de provas, busca e apreensão, interceptação telefônica, quebra de sigilo (aqui atua como juiz), em pedidos formulados pelos Delegados de Polícia Federal que ele próprio designou para auxiliar nas investigações;
- h) Determinou diligências de ofício durante o curso da investigação preliminar (aqui atua como presidente do inquérito);
- i) Indeferiu (e em outros momentos deferiu) pedidos de concessão de liberdade provisória e de substituição a prisão em flagrante delito por medidas cautelares, e de estabelecimento de prisão domiciliar no evento que ensejou a prisão em flagrante por crime permanente cometido na internet do Deputado Federal Daniel Silveira (por veicular vídeo ameaça às instituições nas redes sociais, que, na visão do Relator do Inquérito encontra-se em infração permanente e conseqüentemente em flagrante delito porque permanece disponível virtualmente) — (aqui atua como juiz);
- j) Emitiu relatório final e apresentou as investigações ao Plenário do STF (aqui atua com presidente do inquérito);
- k) Proferiu voto pelo recebimento da denúncia formulada pelo novo representante do Ministério Público Federal, Procurador-Geral da República Augusto Aras, acerca das investigações que ele próprio produziu (aqui atua como juiz);
- l) Determinou a inclusão do Presidente da República como investigado no inquérito, após pedido do Tribunal Superior Eleitoral (e aqui atua como juiz).

Pelas considerações elencadas até aqui, pode-se perceber que o Ministro Relator do Inquérito 4.781 atuou em duas perspectivas. Simultaneamente, no controle total das diligências realizadas, direcionando-as a todo momento, na fase de investigação, na condição de Relator; e em diversos momentos como Ministro-Juiz, seja quando realizou determinações de medidas cautelares, seja quando realizou voto no parecer (relatório) que ele próprio emitiu. As funções/atribuições se misturaram. Isso não é legalmente e Constitucionalmente possível. O sistema processual penal que vigora no Brasil é o Sistema Acusatório. Em que pese, ainda, a previsão do art. 43 do RISTF, trata-se de atribuição a ser exercida em momento de extrema necessidade, por ocorrência de crime no interior do STF se envolver autoridade com foro na Suprema

Corte e, conforme jurisprudência da própria Corte Superior, o Relator deve adotar postura de supervisor.

O sistema constitucional e processual penal brasileiro, como anteriormente já exposto, está consagrado na separação das funções de acusar e julgar. Ao STF, simplificada, cabe a incumbência de guardião constitucional. Não há competência para o STF realizar investigações no rol do art. 102 da Constituição Federal de 1988. Não é possível que um ministro-juiz exerça as duas funções completamente diferente uma da outra.

Ao Ministério Público compete primaz promover a ação penal, podendo requisitar diligências, direcionar as investigações e solicitar esclarecimentos, o que seja necessário para promoção da ação penal. Há, sem dúvida, também interpretação extensiva das principais competências conferidas na Constituição ao Ministério Público, as quais não parece forçoso entender que exerce função também de controle sobre as investigações. Uma investigação pode ser acompanhada ou até mesmo dirigida pelo órgão acusador, isto porque, há a incumbência ao promotor de justiça a da prova da alegação, nos termos do art. 156 do CPP, a quem cabe provar a existência do crime e a respectiva autoria.

Considerando tais premissas Constitucionais, a lei processual penal brasileira, que encontra validade a partir da Constituição Federal de 1988, é possível concluir que as funções de acusar e julgar devem ser necessariamente separadas. Essa é a organização básica do direito processual penal brasileiro, o sistema acusatório.

3.2. A IMPARCIALIDADE COMO ELEMENTO ESSENCIAL AO DEVIDO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO, E OS LIMITES DA CAPACIDADE HUMANA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

A dinâmica do processo penal acusatória, já demonstrado nos capítulos anteriores, está assim organizada, na separação de funções, para que a imparcialidade seja garantida àquele que julga e impõe o poder punitivo estatal. Em se tratando de sistema acusatório, é uma visão moderna do processo penal que “[...] Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado”. (JUNIOR, 2017, p. 155).

O Princípio da Imparcialidade não está expressamente mencionado na Constituição, entretanto decorre das previsões constitucionais de vedação a juízo ou tribunal de exceção (art. 5, inc. XXXVII, CF/88), e o processamento e sentença por autoridade competente (art. 5, inc. LIII, CF/88), em respeito ao Estado Democrático De Direito (Art. 1, CF/88). Pode ser conceituada como “[...] característica essencial do perfil do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar o afastamento necessário para conduzi-lo com isenção.”. (TÁVORA, 2017, p. 73).

Ao encontro dessas garantias constitucionais, está a previsão na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por força do DECRETO Nº 678, de 06 de novembro de 1992, em obediência ao art. 5º, §§ 2º e 3º da CF/88.

Artigo 8. Garantias judiciais

1. **Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Verifica-se, então, reconhecimento ao direito do investigado/réu em ser julgado por juiz imparcial, desinteressado no resultado final do processo, reconhecimento este no ordenamento jurídico brasileiro com status de direito fundamental, decorrente da positivação do artigo 5, da CF/88 e do tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil.

Pautados na dignidade humana, Pedra (2018, p. 9) ensina-nos que os direitos fundamentais podem ser analisados sobre diversas óticas, dentre elas, como direitos inerentes aos seres humanos ou como aqueles direitos mais importantes de todos positivados em uma Constituição.

O autor elenca a subdivisão dos direitos fundamentais em duas perspectivas, uma substancial e outra formal. Do ponto de vista substancial, menciona o Autor que “[...] os direitos fundamentais são prerrogativas das pessoas necessárias para assegurar uma vida digna”. Do ponto de vista formal “[...] constituem as matrizes de todos os demais, dando-lhes fundamento, e [...] estão garantidos pela Constituição, que dá origem e validade a todas as demais leis que criam ou garantem os demais direitos”. (PEDRA, 2018, p. 9).

Tem-se, deste modo, que o reconhecimento dos direitos e garantias individuais positivados na Constituição Federal do Brasil não podem ter outra interpretação senão pela sua aplicabilidade (e dever de garantia) pelo próprio Estado na persecução penal e no exercício do poder punitivo.

Os renomados professores Américo Bedê e Gustavo Senna, pontuam que o devido processo legal é tratado por grande parte dos autores como o princípio mãe, do qual derivam todos os demais, com reconhecimento atual de aplicação ao processo penal (o que para alguns seria devido processo penal). Mas não se deve, segundo os autores, buscar uma alegação genérica de violação ao devido processo legal. É essencial que seja utilizado como mecanismo de justiça, e não crie novos conflitos, portanto, a alegação de violação ao devido processo legal deve compreender o aspecto material. (JUNIOR e SENNA, 2009, p. 358 a 359).

Para Gilmar Mendes, no âmbito das garantias do processo:

[...] O devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita -se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) **direito ao juiz natural**, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) **direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica [...]**. (BRANCO e MENDES, 2020, p. 787, grifo nosso).

Deste modo, eleva-se a imparcialidade como sólido princípio a ser seguido no processo penal, decorrente do direito fundamental do indivíduo ao devido processo legal (penal), homenageado e garantido a partir da divisão das funções e garantia da não incidência da causas de suspeição e impedimento àquele que julga.

Badaró (2018, p. 101), acerca do tema destaca que:

[...] O processo acusatório é essencialmente um processo de partes, na qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas. Há uma nítida separação de funções, atribuídas a pessoas distintas, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório [...].

Segundo Rech (2016, p. 243) na interpretação da premissa *actum trium personarum* “[...] (agir de três pessoas, em tradução livre), ao magistrado com função de julgar e

dirimir os conflitos [...] está vedada participação nas investigações criminais e de dar impulso inicial ao processo, sob pena de nulidade”.

Compreende-se, deste modo, na visão do autor citado acima que o sistema processual penal brasileiro, de matriz Constitucional, está organizado na divisão de funções entre a acusação, intimamente ligada à investigação, a defesa, em que ambas se contrapõem em paridade de armas (em tese), e o juiz, equidistante, deverá julgar a partir daquilo que lhe for submetido por provocação, o que impede atuação abrangentemente extensiva à realização de investigações. O Juiz deve limitar-se a julgar o feito, ocupando posição imparcial e a efetividade de sua função de garantia aos direitos e garantias individuais. “[...] É preciso atentar para o fato de que a jurisdição penal (*juris dictio*) ocupa uma posição e função de garantia. O juiz é o garantidor da eficácia do sistema de garantias da Constituição.” (JUNIOR, 2017, p. 155).

Referindo-se à jurisdicionalidade, Junior (2017, p. 155) destaca:

[...] O princípio da “garantia da jurisdicionalidade”, garante ao indivíduo ser julgado por um juiz imparcial, devidamente investido, com competência previamente estabelecida por lei (juiz natural) que terá a missão de zelar pela máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição [...] (JUNIOR, 2017, p. 155).

É necessário que a jurisdicionalidade, aqui entendida conforme o conceito acima mencionado, aquela que seleciona o juiz conforme sua competência, que terá então toda habilitação para exercício efetivo da função jurisdicional, estabelecida pela legislação, a partir de então que falar-se-á em juiz imparcial. Presume-se imparcial, em primeira análise, o juiz competente para processar e julgar o processo a ele submetido. Só então que “[...] Diante da acusação, vista como exercício de poder, incumbe ao juiz o papel de guardião da eficácia do sistema de garantias, logo, como limitador e controlador desse poder exercido pelo Ministério Público ou o particular.” (JUNIOR, 2017, p. 155).

A imparcialidade emerge como o principal princípio que restringirá a contradição apresentada, tanto na esfera objetiva quanto subjetiva. Tem-se que, deste modo, que “[...] A imparcialidade do Judiciário é a segurança do povo contra o arbítrio estatal encontram no princípio do juiz natural uma de suas garantias indispensáveis.” (MORAES, 2020, p. 203).

A imparcialidade é *conditio sine qua non* do juiz. Trata-se de elemento anímico do órgão julgador. A premissa maior é alicerçada na condição de que o juiz não possui qualquer interesse no resultado do processo. “[...] exige-se a apresentação conjunta destes três fatores – imparcialidade, competência e aleatoriedade” (FORSTER, BITENCOURT e PREVIDELLI, 2018, p. 185).

Para Lima (2020, p. 121) a imparcialidade é dividida em duas formas de análises. O alerta feito pelo autor deve ser considerado neste tema:

[...] Subdivide-se em imparcialidade subjetiva e objetiva: a primeira é examinada no íntimo da convicção do magistrado, e visa evitar que o processo seja conduzido por alguém que já tenha formado uma convicção pessoal prévia acerca do objeto do julgamento, ou seja, pode ser traduzida na impossibilidade de o magistrado aderir às razões de uma das partes antes do momento processual estabelecido; a segunda é aferida a partir da postura da entidade julgadora, que não deverá deixar qualquer espaço de dúvida de que conduz o processo sem preterir uma parte à outra, ou seja, não basta ser imparcial, sendo indispensável que o juiz aparente tal imparcialidade. [...] (LIMA, 2020, p. 121, grifo nosso).

Aprendemos com o autor acima mencionado que a imparcialidade subdivide-se em imparcialidade subjetiva e imparcialidade objetiva. A imparcialidade subjetiva significa o “[...] emocional, um estado anímico do julgador [...] alheio aos interesses das partes na causa” (JUNIOR, 2020, p. 90). “[...] Já a imparcialidade objetiva diz respeito a se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade.” (JUNIOR, 2020, p. 93), e decorre da relação do juiz com o processo.

Referindo-se à imparcialidade subjetiva, Junior (2020, p. 90) destaca que

[...] Mas tudo isso cai por terra quando se atribuem poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz, pois a gestão ou iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório. A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo [...].

A imparcialidade subjetiva está relacionada com as percepções e convicções que o julgador possui na condução do processo. Por certo, infere-se que a imparcialidade subjetiva é sacrificada quando há atuação de um juiz no processo penal que ativamente diligenciou na fase investigativa. Por este modo que o processo penal brasileiro segue o sistema acusatório. “[...] a imparcialidade é o Princípio Supremo,

deve ser compreendido que somente um processo penal acusatório [...] cria as condições de possibilidade para termos um juiz imparcial” (JUNIOR, 2017, p. 156).

Américo Bedê e Gustavo Senna destacam que o ponto central do núcleo essencial do sistema acusatório está na separação entre as atividades de acusação e julgamento. “[...] Numa linguagem simples, quem acusa não pode julgar e quem julga não pode acusar.” (JUNIOR e SENNA, 2009, p. 31). “[...] Somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.” (JUNIOR, 2020, p. 91).

É de grande relevância a presente pesquisa, por oportuno, tratarmos da Teoria da Dissonância Cognitiva, advinda da psicologia. Discute-se os efeitos da teoria da dissonância cognitiva em relação ao juiz que atua na fase investigativa e, posteriormente, participa do julgamento do mesmo fato.

A mencionada teoria dispõe que

[...] Cuida-se, a “Theory of Cognitive Dissonance” de Leon Festinger, de um estudo da psicologia acerca da cognição e do comportamento humano: está fundamentada na ideia de que seres racionais tendem a sempre buscar uma zona de conforto, um estado de coerência entre suas opiniões (decisões, atitudes), daí por que passam a desenvolver um processo voluntário ou involuntário, porém inevitável, de modo a evitar um sentimento incômodo de dissonância cognitiva. Há, por assim dizer, uma tendência natural do ser humano à estabilidade cognitiva, intolerante a incongruências, que são inevitáveis no caso de tomada de decisões e de conhecimento de novas informações que coloquem em xeque a primeira impressão. [...] (BRASILEIRO, 2020, p. 123).

Trata-se, portanto, de uma limitação humana, segundo a qual todos os seres humanos desenvolvem um processo mental voluntário ou involuntário de busca por “[...] um estado interior de consonância (coerência) entre os conhecimentos que possuem (cognições)”. (BRASILEIRO, 2020, p. 123).

Simplificadamente, a teoria da dissonância cognitiva vai explicar que “[...] a presença de dissonância (incoerência) entre cognições, inevitavelmente origina pressões (conforme sua magnitude) para sua redução e evitação do seu aumento, visando à retomada daquele estado harmonioso’”. (BRASILEIRO, 2020, p. 123).

Consequentemente, em virtude da dissonância apresentada no processo mental de raciocínio “[...] objetivando retomar aquele estado de coerência entre suas cognições, o indivíduo passa a desenvolver diversos processos cognitivo-comportamentais reflexos.” (BRASILEIRO, 2020, p. 123).

Tem-se, deste modo que, escolhida a decisão “[...] todos os aspectos positivos da opção preterida e todos os maus aspectos daquela adotada passarão a ser dissonantes com a opção do sujeito”. (BRASILEIRO, 2020, p. 123).

Brasileiro (2020, p. 123) nos ensina, nesse tema, que

[...] Dentre esses processos, merecem destaque, dentre outros, os seguintes: **a) desvalorização de elementos cognitivos dissonantes (efeito inércia ou perseverança):** por meio desse processo, o indivíduo, voluntária ou involuntariamente, desvaloriza o valor dos elementos cognitivos dissonantes, retomando, assim, a consonância cognitiva. **b) busca involuntária por informações consonantes com a cognição pré-existente (ou busca seletiva de informações):** ante a dissonância, e com o objetivo de retomar sua coerência cognitiva interior, o indivíduo tem a tendência de buscar novos conhecimentos que sejam consonantes com seus elementos cognitivos contrariados. É dizer, há um impulso de sua parte no sentido de procurar informações que preponderantemente confirmem suas hipóteses prévias. **c) evitação ativa do aumento de elementos cognitivos dissonantes:** levando-se em conta que há uma pressão interna para fins de se eliminar (ou reduzir) a dissonância cognitiva, parece natural que, paralelamente a isso, surja um processo voluntário (ou involuntário) de evitação do seu aumento, consubstanciado na fuga ativa de contato com elementos possivelmente dissonantes. [...] (negrito do autor).

Acerca da desvalorização de elementos cognitivos dissonantes (efeito inércia ou perseverança), exemplifica o autor na concepção que o fumante tem quando toma ciência dos efeitos destruidores da saúde ao fazer uso de cigarros. “[...] ao tomar conhecimento de estudos científicos [...] procura desvalorizar o mérito da pesquisa sob o argumento de que seus dados seriam frágeis, ou que, na verdade, o cigarro por ele utilizado teria baixo teor de nicotina, etc.” (BRASILEIRO, 2020, p. 123). Quanto a busca involuntária por informações consonantes com a cognição pré-existente (ou busca seletiva de informações), o autor exemplifica no caso de compra de veículo, o indivíduo, em dúvida entre dois modelos, uma vez feita a escolha, “[...] o comprador naturalmente passaria a se interessar por informações que explorassem as virtudes do carro [...] o que, em tese, teria o condão de reduzir a dissonância produzida pelos elementos cognitivos favoráveis ao outro veículo” (BRASILEIRO, 2020, p. 123). Por fim, acerca do último processo cognitivo relevante, a evitação ativa do aumento de elementos cognitivos dissonantes, está no mesmo exemplo da compra de veículo que,

“[...] tão logo feita a escolha, o indivíduo procuraria evitar o contato com informações que demonstrassem que o veículo preterido era melhor do que aquele por ele comprado”. (BRASILEIRO, 2020, p. 123).

É salutar a aplicabilidade desta teoria ao processos penal brasileiro “[...] considerando que o juiz constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia, para recebê-la, é inafastável o pré-julgamento”. (JUNIOR, 2020, p. 100).

Junior (2020, p. 100) aborda que SCHÜNEMANN⁹ aplicou essa teoria ao processo penal, empregando-a ao juiz até a formação de sua decisão. Visto que o juiz “[...] precisa lidar com duas “opiniões” antagônicas, incompatíveis (teses de acusação e defesa), bem como com a “sua opinião” sobre o caso penal, que sempre encontrará antagonismo frente a uma das outras duas (acusação ou defesa)”. (JUNIOR, 2020, p. 100).

SCHÜNEMANN “[...] pretende, em seu estudo, responder se o conhecimento do magistrado acerca da investigação preliminar não acaba impedindo o processamento adequado das circunstâncias e provas do fato em apuração”. (BRASILEIRO, 2020, p. 124).

Segundo Brasileiro:

[...] O autor questiona até que ponto o contato do magistrado com os autos de um procedimento investigatório seria (ou não) capaz de fixar, em sua psique, uma imagem unilateral e tendenciosa do caso penal, capaz de lhe fechar as portas para outras possibilidades, eis que, uma vez preso à tal versão, buscaria a todo custo comprová-la no processo, colocando em risco sua imparcialidade [...] (BRASILEIRO, 2020, p. 124 e 125, grifo nosso).

O estudo acerca da Teoria da Dissonância Cognitiva de SCHÜNEMANN, concluiu que:

[...] (i) que é muito mais comum a superveniência de decisões condenatórias quando o juiz toma conhecimento prévio dos autos da investigação preliminar, (ii) que o armazenamento correto de informações que contrariam o teor dos elementos investigatórios, produzidos, porém, em juízo é extremamente precário, e (iii) que as perguntas formuladas na audiência de instrução geralmente são feitas apenas para confirmar um conhecimento prévio, baseado no inquérito policial, e não para apreender novas informações. [...] Todos esses estudos e pesquisas acerca da teoria da dissonância cognitiva **demonstram,**

⁹ “[...] jurista alemão Bernd SCHÜNEMANN, em obra organizada pelo Prof. Luís Greco (Estudos de Direito Penal e Processual Penal e Filosofia do Direito. Org. Luís Greco. Ed. Marcial Pons, 2013)” (JUNIOR, 2020, p. 98).

à evidência, que se não há certeza quanto à perda de parcialidade do magistrado, pelo menos se cria uma fundada suspeita acerca de possíveis prejuízos à garantia da imparcialidade em um processo penal que admite a atuação de ofício do juiz na fase investigatória e judicial da persecução penal. [...] (BRASILEIRO, 2020, p. 125, grifo nosso).

Pelas considerações aduzidas até aqui, verifica-se a imprescindibilidade da garantia da imparcialidade ao processo penal acusatório, que não é compatível com a figura do juiz que investiga na fase preliminar, e violação ocasionará certamente a uma atuação cognitiva contaminada. Como menciona Junior (2020, p. 91 e 93):

[...] A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade, e o outro, de inércia. [...] Ainda que a investigação preliminar suponha uma investigação objetiva sobre o fato (consignar e apreciar as circunstâncias tanto adversas como favoráveis ao sujeito passivo), o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz-instrutor uma série de “préjuízos” e impressões a favor ou contra o imputado, influenciando no momento de sentenciar. [...] (JUNIOR, 2020, p. 91 e 93).

À luz da citação acima, verifica-se que resta prejudicada a imparcialidade, isto porque é pouco provável (quicá humanamente impossível) que a pessoa juiz apague de sua mente os fatos vivenciados e decisões proferidas ou diligências realizadas no curso de uma investigação quando na realização de julgamento, voto, ou manifestação em fase de instrução penal. Esse é o entendimento defendido pela maioria dos doutrinadores processuais penais brasileiros.

Conforme ensina Junior (2017, p. 18) essas questões envolvem o sistema acusatório e imparcialidade, porque a imparcialidade “[...] é garantida pelo modelo acusatório [...] de modo que somente haverá imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória”. (JUNIOR, 2017, p. 181).

Resta evidente que a garantia do sistema acusatório, em que as funções de investigar, acusar e julgar, deve ser efetivamente garantido. Este é o propósito do artigo 3-A do CPP, introduzido pela Lei 13.964/2019, segundo o qual “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.”. Infelizmente tal dispositivo está com sua eficácia suspensa pela liminar do Min. Fux, pela concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Min. FUX.

O juiz que investiga, trata-se, na verdade, de verdadeiros resquícios do modelo processual inquisitório. Para Junior (2017, p. 94) ainda que a investigação preliminar objetiva sobre o fato “[...] o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz-instrutor uma série de “préjuízos” e impressões [...] influenciando no momento de sentenciar”.

É oportuno mencionarmos aqui a relevante contribuição que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)¹⁰ proporciona ao tema debatido neste momento, segundo o qual entende que “[...] o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador.” (JUNIOR, 2017, p. 93).

A jurisprudência do tribunal internacional¹¹, ao enfrentar a temática, solidificou o entendimento e que violou o direito do acusado em ter um juiz imparcial a conduta de dois magistrados “[...] que haviam formado parte de uma Sala que denegou um recurso interposto na fase pré-processual, também terem participado do julgamento.” (JUNIOR, 2017, p. 95).

Junior (2017, p. 95) explica, em síntese, que os dois magistrados acima mencionados participaram da investigação preliminar e posteriormente julgaram um recurso interposto pela defesa (não participaram da instrução processual). “[...] Isso bastou para que o TEDH entendesse comprometida a imparcialidade deles para julgar em grau recursal a apelação contra a sentença”. (JUNIOR, 2017, p. 95).

Traçamos então, a última premissa a ser considerada para a conclusão desta pesquisa, no sentido de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador, e constitui violação do direito Constitucional ao juiz imparcial, o que por consequência viola o devido processo legal, visto que há presunção de parcialidade do juiz que investiga, o que seria hipótese impeditiva de julgar o processo.

¹⁰ Nos casos Piersack, de 1º/10/1982, e De Cubber, de 26/10/1984 (JUNIOR, 2017, p. 93).

¹¹ “[...] No caso “Castillo-Algar contra España” (STEDH de 28/10/1998)” (JUNIOR, 2017, p. 95).

CONCLUSÃO

Após o desenvolvimento da análise da investigação preliminar, com base na fundamentação constitucional, a presente pesquisa objetivou alcançar respostas às perguntas e temas correlatos que a nortearam, quais sejam: i) qual o conceito de investigação preliminar, e especificidades do inquérito, em especial a investigação por autoridade judiciária, a partir do sistema acusatório, do devido processo legal e do princípio da garantia da imparcialidade do julgador, com enfoque especial à Teoria da Dissonância Cognitiva, por abordagem contextualizada na competência constitucional do STF e o papel dos Ministérios Públicos no sistema de justiça penal, consagrados na Constituição Federal 1988; ii) Analisar a partir de estudo de caso a ADPF 572 que legitimou a investigação judicial e instauração de inquéritos no âmbito da Suprema Corte, e as principais decisões do Ministro Relator no Inquérito 4781, bem como os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tratam do tema; e iii) verificar se é possível conciliar o direito constitucional e sistema penal acusatório brasileiro, ao qual as funções de investigar, acusar, defender e julgar devem ser necessariamente separadas, com a possibilidade da Corte Constitucional brasileira instaurar um inquérito exercendo atipicamente funções de investigação?

Neste sentido, identificou-se que a Constituição não atribuiu monopólio da função investigativa às polícias judiciárias, mas apenas delimitou suas áreas de competência e circunscrições, o qual admite que autoridades diversas da polícia judiciária possam exercer a função investigatória, desde que previsto em lei. Neste contexto fático, seja o Inquérito Policial ou outro procedimento investigativo estipulado por lei ou ainda amplamente aceito pela jurisprudência (como o Procedimento Investigatório Criminal presidido por Promotor de Justiça), apesar da natureza jurídica de procedimento administrativo inquisitorial, há de ser preservado, sobretudo, os direitos e garantias individuais elencados na Constituição e tratados internacionais aos quais o Brasil seja parte.

O desafio para que as demais autoridades diversas da polícia judiciária ou do próprio Ministério Público, está em harmonizar um modelo de investigação preliminar adequado e compatível com o sistema acusatório, o devido processo penal e o princípio da imparcialidade do julgador, em integral consideração das premissas, postulados e

princípios fundantes do Código De Processo Penal e direito constitucional brasileiro, alicerce do Estado Democrático de Direito.

Neste ponto, é importante destacar a relação jurídica triangular do processo penal condenatório. Acusado/réu e autor/acusação (relação adversarial) ocupam o polo ativo e passivo da relação processual. Ao juiz, no processo penal brasileiro, compete exercer a autoridade jurisdicional, aplicar o direito objetivo ao caso, e substituir a vontade das partes para pôr fim ao conflito (pretensão punitiva do Estado versus o interesse do acusado por sua liberdade individual), e, especialmente, o dever de atuar como garantidor dos direitos e garantias fundamentais do acusado, máxime, na garantia da imparcialidade, desinteressado no resultado final do julgamento. Se a análise for diante de órgão colegiado, nos casos de competência originária dos Tribunais de Justiça ou Tribunais Superiores (STJ e STF), ocorre tão somente a substituição de juiz único, como nos processos de juízos de primeiro grau, para mais de um juiz, seja o julgamento por turma das câmaras reunidas, ou no plenário do órgão colegiado. O que não se modifica, e isto é claro, é que o juiz (ou juízes) permanece (m) com o dever constitucional de exercer suas atribuições e competências (função jurisdicional), sobretudo, a posição de julgador e garantidor dos direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal brasileiro.

Delimitou-se também no desenvolver dessa pesquisa que são indelegáveis as funções penais atribuídas ao Ministério Público, seja por previsão constitucional, seja por restrições de outras autoridades realizar tal função no ordenamento jurídico, em respeito ao princípio da legalidade, a quem compete exercer com exclusividade as funções de promover a ação penal pública; zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos; proteger o patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; exercer o controle externo da atividade policial; requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

Em consonância com o princípio da separação de poderes, verificou-se que ao STF compete fiscalizar e exercer controle concentrado de constitucionalidade, emitir a última palavra, primar pela regularidade do Estado Democrático de Direito, garantir a separação de Poderes, e defender a supremacia das liberdades públicas, dos direitos fundamentais. Posição essa de grande relevância jurídica e social que ocupa a Corte

Suprema do Brasil, em especial, o papel contramajoritário que desempenha. O STF, portanto, é o órgão responsável pela garantia da ordem democrática no Estado Democrático De Direito brasileiro, com jurisdição em todo território nacional, de competência e função legalmente atribuída na Constituição e leis infraconstitucionais, para o exercício da judicatura.

Ademais, não restam dúvidas acerca da unanimidade de entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o modelo processual penal brasileiro adota o sistema acusatório, com perfeita divisão das funções de investigar, acusar e julgar, atribuindo-as, respectivamente, a investigação às autoridades com poderes de investigativos constituídas por lei (em maioria, às polícias judiciárias, mas não exclusivamente como já demonstrado), a promoção da ação penal ao Ministério Público (nos casos que lhe compete ou ao querelante) e a função jurisdicional ao Poder Judiciário. O juiz, portanto, cabe julgar.

Fixadas tais balizas Constitucionais e processuais penais de grande relevância à temática ora debatida, objetivou-se verificar se a Portaria STF/GP 69, de 14 de março de 2019 no STF, que deu origem ao Inquérito 4.781 (*fake news*). Percebeu-se que o Relator atuou na investigação de forma ativa, similar à de um delegado de polícia, também proferiu decisões no âmbito pré-processual (decisões cautelares busca e apreensão, bloqueio de bens, contas bancárias), exercendo, assim, o que seria a função e atuação de um juiz de direito no âmbito pré-processual, bem como, após isso, emitiu relatório final e proferiu voto no Plenário da Corte. Atuação ampla e extensiva na fase investigativa, que ora atuava como presidente do inquérito e ora proferia decisões, com posterior voto e deliberação no Plenário pelo recebimento da denúncia. Como o processo ainda está em andamento, ocorrerá no futuro julgamento do réu pelo Plenário, composto também do voto do Relator.

Em que pese a deliberação do STF na ADPF nº 572, julgando-a totalmente improcedente, e declarada a constitucionalidade da Portaria GP n.º 69/2019, enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, e entender legítima a continuidade das investigações presididas pelo Relator do Inquérito 4.781, uma vez que diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apregoada desobediência a decisões judiciais, o inquérito mostra-se adequado e necessário, verificou-se no desenvolver desta pesquisa que, apesar das

necessárias e urgentes medidas que o caso requeriam (ameaça de morte ou de prisão dos membros do STF, de desobediência às decisões judiciais, do incitamento ao fechamento do STF), a investigação conduzida por ministro (juiz) mostra-se inadequada e violadora de preceitos constitucionais, apesar da necessidade já evidenciada.

O primeiro argumento que legitima a inadequação das medidas tomadas está na interpretação extensiva do art. 43 do RISTF. Para haver possibilidade de instauração de inquérito no âmbito da Suprema Corte, por intermédio do poder de polícia atribuído ao Presidente do Tribunal, é necessário que (a) que os fatos e infrações penais envolvam autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição do STF; que (b) a infração à lei penal tenha ocorrido “*na sede ou dependência do Tribunal*”; e que (c) que mesmo que fora das dependências do tribunal, o que abarca a expressão “*nos demais casos*” do § 1º do art. 43 do RISTF, ainda assim, é preciso que tenha-se por investigado *autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição do STF* (SILVA, STRECK E OLIVEIRA, 2020). As investigações iniciaram e transcorreram para identificar crimes contra a honra, e demais infrações penais externas às dependências da Suprema Corte, bem como não havia por investigado pessoa com prerrogativa de foro.

O segundo argumento de inadequação está na incompetência do STF para processar as infrações penais apuradas. A competência do STF é delimitada pelas prerrogativas do acusado e não da vítima, como pretenderam os ministros. Caberia, no presente caso, ser oficiada à Procuradoria-Geral da República para as providências que o caso requeria, em respeito ao sistema acusatório. Se porventura houvesse omissão da PGR, há outros mecanismos jurídicos para atribuir responsabilidades. Entretanto, avocar para si a competência sem fundamentos jurídicos adequados, construindo juridicamente esta possibilidade pela interpretação extensiva de que os ministros do STF são o próprio tribunal mostra-se completamente inadequada.

O terceiro argumento de inadequação está no arquivamento do inquérito promovido pela Procuradora-Geral da República, e recusado pelo Relator, sem as devidas providências que o procedimento requeriam. No Brasil vigora o sistema processual penal acusatório, de matriz Constitucional. Na análise do procedimento de arquivamento previsto no art. 28 do CPP (o procedimento em vigor até que se encerre o julgamento das ações que tramitam no STF, e torne possível a aplicabilidade do art.

28-A do CPP), verificou-se que o *parquet* possui autonomia para promover o arquivamento, que será homologado ou não pelo juiz que analisa o inquérito. Sendo recusada a homologação, os autos devem ser devolvidos ao Ministério Público, que se insistir pelo arquivamento, nada poderá ser feito. Portanto, diante da promoção de arquivamento pela PGR, a atuação do Relator mostrou-se indevida, visto que negou o arquivamento e a todo momento restringiu a atuação da Procuradoria-Geral da República. Como poderia ser dado seguimento ao procedimento se não foi permitido acesso aos autos? Na nova forma procedimental, o *parquet* ordena o arquivamento, que é remetido a instância revisional do próprio Ministério Público. Não há mais, portanto, homologação judicial.

O quarto argumento de inadequação resta evidenciado na atuação ativa do Relator que comportou-se semelhante ao Delegado de Polícia nas investigações, o que molda-se no conceito de atuação com intervenção máxima de MARCHIONATTI, em desacordo com a jurisprudência e doutrina majoritária a qual defende que ao Relator compete o papel de supervisor nos trabalhos desempenhados na fase de investigação preliminar. Atuou, deste modo, em duas perspectivas. Simultaneamente, no controle total das diligências realizadas, direcionando-as a todo momento, na fase de investigação, na condição de Relator; e em diversos momentos como Ministro-Juiz, seja quando realizou determinações de medidas cautelares, seja quando realizou voto no parecer (relatório) que ele próprio emitiu. As funções/atribuições se misturaram.

O quinto e último argumento de inadequação alicerça-se parcialidade presumida do Relator, visto que, pelas contribuições da Teoria da Dissonância Cognitiva aplicada ao processo penal, o ser humano é incapaz psiquicamente de não tomar posicionamento diante do que vivenciou, e separar mentalmente aquilo que presenciou e investigou do momento que se segue, o qual seria a realização do julgamento. A imparcialidade é violada não somente pela contaminação do Relator com a investigação, mas também pelo interesse dos ministros do STF (todos os 11) no resultado do processo, haja vista que todos eles foram vítimas do fatos investigados, bem como ser uma investigação produzida pelo órgão STF que será julgada pelo órgão STF. Cumulou-se, deste modo, a função investigativa com a função jurisdicional. O STF, deste modo, julgou fato que ele mesmo investigou. À luz da Teoria da Dissonância Cognitiva, o Relator e os demais ministros estão psicologicamente atrelados aos fatos que eles perseguiram no decurso das

diligências. Não há garantia do contraditório futuro, nem o devido processo legal, visto que já há concepção daquilo que se terá no final do feito aos investigados. Certamente condenação sem respeito aos direitos fundamentais. Na verdade, tudo não passará de uma encenação de respeito às garantias. Há uma absoluta confusão entre os papéis de investigador e julgador no caso do inquérito das *fake news*. É inegável que se compromete a imparcialidade. Não há espaço, no constitucionalismo brasileiro, para aplicação seletiva do sistema acusatório e aplicação seletiva do devido processo legal.

Rememora-se aqui o voto do Ministro Marco Aurélio, único voto divergente na ADPF 572. O excelentíssimo ministro, em síntese, defende o cumprimento do princípio da legalidade, do sistema de freios e contrapesos e a indevida concentração de poder. Para o ministro, o se verifica comumente na instauração de inquéritos é a provocação, sempre verificada, para chegar-se à instauração. “[...] O Judiciário é órgão inerte, há de ser provocado para poder atuar “. O ministro ainda defende que o artigo 43 do Regimento Interno STF não foi recepcionado pela Constituição, deste modo, conclui que a Portaria iniciadora do inquérito viola o sistema acusatório.

Portanto, com vista no objeto de estudo desta pesquisa, após a análise e discussão dos resultados encontrados a partir do estudo de caso proposto, através do método científico dedutivo, por intermédio da pesquisa qualitativa, conclui-se que não é possível conciliar o direito constitucional e sistema penal acusatório brasileiro com a possibilidade da Corte Constitucional brasileira instaurar um inquérito exercendo atipicamente funções de investigação. As funções de investigar, acusar, defender e julgar devem ser necessariamente separadas. A Constituição brasileira possui dispositivos que visam tutelar a imparcialidade do juiz. Diante disso, há violação ao princípio da imparcialidade, decorrente das previsões constitucionais de vedação a juízo ou tribunal de exceção (art. 5, inc. XXXVII, CF/88), pela incompetência do STF para o processamento e julgamento do feito (art. 5, inc. LIII, CF/88); violação à previsão no art. 8, item 1, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por força do DECRETO Nº 678, a qual prevê expressamente o direito do investigado/réu a um juiz imparcial; e por fim, restou demonstrado que há violação ao devido processo legal e ao sistema processual penal acusatório, pelo acúmulo de funções no mesmo agente.

Relembramos aqui a advertência realizada no início desta pesquisa. Este trabalho não pretende promover um discurso legitimador dos fatos que ensejaram a necessidade de abertura de investigações no âmbito da Suprema Corte brasileira. Os fatos apurados são gravíssimos, restou evidenciado a necessidade de resposta estatal. Entendemos e divergimos tão somente na forma que as medidas foram adotadas, com íntegro respeito àqueles que entendem diferente, os equívocos verificados a partir da comparação lógica com os princípios constitucionais fundantes do processo penal e direito constitucional brasileiro, denotaram que a forma utilizada não estava adequada aos ditames constitucionais. Para os crimes cometidos, deve buscar-se a responsabilização segundo a Constituição, por mais graves que sejam, mas de modo a observar os princípios constitucionais e leis infraconstitucionais vigentes na atuação estatal.

A persecução penal efetiva é aquela que observa os direitos individuais dos investigados.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 12ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição 1988 e no novo CPC para o Brasil**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 3 - nº 5, dezembro / 2016. Curitiba, Paraná. ISSN 2359-1021.

Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 572, Distrito Federal, Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808>>. Acesso em 30/08/2021, às 15:10.

ATAQUE A TOFFOLI: Moraes manda Crusoé tirar do ar notícia que associa Toffoli a delação de Odebrecht. Revista Consultor Jurídico, 15 de abril de 2019, 14h18. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-15/moraes-manda-revista-tirar-ar-noticia-ligando-toffoli-odebrecht>>. Acesso em 27/10/2021.

ÁVILA, Tiago. **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público**. Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2015. Orientador Augusto Silva Dias. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10451/17696>>. Acesso em 29/08/2021, às 12:24.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Thomson Reuters, Revista Dos Tribunais, 9ª Edição revista, atualizada e ampliada, 2021.

_____. _____. Thomson Reuters, Revista Dos Tribunais, 8ª Edição revista, atualizada e ampliada, 2018.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência** – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BEGGIATO, T. F. **A RECOMENDAÇÃO (2000)19 DO CONSELHO DA EUROPA E O INQUÉRITO Nº 4.781 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL/THE COUNCIL OF EUROPE RECOMMENDATION REC (2000)19 AND THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL COURT INVESTIGATION Nº 4.781**. Caderno de Relações Internacionais, [S. l.], v. 10, n. 19, 2020. DOI: 10.22293/2179-1376.v10i19.1179. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1179>. Acesso em: 23 out. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL, Código de Processo Penal. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 14/06/2021.

BRASIL, Código de Processo Penal Militar. **DECRETO-LEI Nº 1.002, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em 14/06/2021.

BRANCO, Paulo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** – 15. ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2020.
BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 - São Paulo: Saraiva, 2014.

DANTAS, SOARES ALVES DA MOTA F.; OLIVEIRA, REIS CADÓ R. **A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF FRENTE A ATUAL SOCIEDADE PLURAL**. *Revista FIDES*, v. 9, n. 2, p. 23-36, 9 dez. 2018.
DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 31/10/2021, às 19:00.

Dicionário Online de Português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/>>. Acesso em: 31/10/2021, às 19:25.

Diligências policiais: o que é lícito na investigação, segundo a jurisprudência do STJ. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/12092021-Diligencias-policiais-o-que-e-licito-na-investigacao--segundo-a-jurisprudencia-do-STJ.aspx>>. Acesso em: 22/10/2021.

DINIZ, Célia Regina. SILVA, Iolanda Barbosa. **Metodologia científica**. Campina Grande, Natal: UEPB/UFRN - EDUEP, 2008. Disponível em: <http://ead.uepb.edu.br/ava/arquivos/cursos/geografia/metodologia_cientifica/Met_Cie_A04_M_WEB_310708.pdf>.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 31/10/2021, às 19:00.

EDcl no AgRg no RHC 133.430/PE, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2021, DJe 07/06/2021.

Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Direito e Atualidades: Debates Na Academia. 03.MARÇO.2021. **Prisão do Deputado Daniel Silveira: (D)Efeitos de uma**

decisão paradigmática. Debatedores: Adriana Bisi, Adriano Pedra, Américo Bedê, Daury Cesar Fabriz, Elda Bussinguer, Israel Jorio, José Luis Bolzan, e Nelson Camatta. Mediação: Ricardo Goretti. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DF68WUz4gSY>>. Acesso em 04/09/2021.

Faculdade de Direito de Vitória – FDV. **Normas e diretrizes para a elaboração de trabalhos científicos: manual da FDV.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. ISBN: 978-85-87995-94-0.

FORSTER, J. P. K.; BITENCOURT, D.; PREVIDELLI, J. E. A. **Pode o “juiz natural” ser uma máquina?** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 19, n. 3, p. 181-200, 29 dez. 2018. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1631/pdf>>. Acesso em 01 de novembro de 2021, às 22:54.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação Preliminar no Processo Penal.** São Paulo, Saraiva, 6ª Edição, 2014. *HABEAS CORPUS* Nº 598.051 - SP (2020/0176244-9), Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJe: 15/03/2021.

HENRIQUES, Antônio. MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica.** 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017. **Inquérito 4696.** Disponível: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5438183>>. Acesso em 14 de outubro de 2021.

JUNIOR, Américo Bedê. SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção.** Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. Não paginado.

_____. **Fundamentos do Processo Penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Não paginado.

LIMA, Joana Aurélio de. Rocha, Débora Feitosa. E outros. **Investigação Criminal Preliminar: Estado atual e tendências.** Estudos em processo penal da Faculdade de Direito Da Universidade Federal do Ceará. 1ª Edição. Editora Mucuripe. Fortaleza, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro De. **Manual de processo penal: volume – 8. ed. rev., ampl. e atual. –** Salvador, Editora JusPodivm, 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O controle externo da atividade policial.** Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79074108.pdf>>. Acesso em 29/08/2021, às 12:08.

MAZUCATO, Thiago. ZAMBELLO, Aline Vanessa {et al.}. **Metodologia da pesquisa e do trabalho científico.** Organizador: Thiago Mazucato. ISBN 97885-93683-03-9. Penápolis: FUNEPE, 2018. Disponível em:

<<http://funepe.edu.br/arquivos/publicacoes/metodologia-pesquisa-trabalho-cientifico.pdf>>.

MEZZARROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 7ª Edição, Biblioteca Digital Saraiva, 2017. Não paginada.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24ª Edição. São Paulo: Atlas, 2020.

PEDRA, A. S. **As diversas perspectivas dos direitos fundamentais**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 18, n. 2, p. 9-12, 9 fev. 2018. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1227/pdf>>. Acesso em: 02/11/2021, às 12:02.

PEREIRA, Gustavo Alberine. **Investigação Defensiva no Brasil: Limites e Possibilidades no Processo Penal Brasileiro**. 2019. Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS. Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/9576>>. Acesso em: 20/09/2021, às 11:20.

PEREIRA, Mayara Peres. **A DISPARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL**. Disponível em: https://perespereiraadvogados.com.br/artigos/A_DISPARIIDADE_DE_ARMAS_NO_PROCESSO_PENAL.pdf. Acesso em 26/08/2021, às 23:04.

Plenário conclui julgamento sobre validade do inquérito sobre fake news e ataques ao STF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860&ori=1>>. Acesso em 15/09/2021, às 10:27.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2019.
RECH, Vinícius. **O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL DENTRO DE UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, Florianópolis, v. 4, n. 1, p. 241-258, dez. 2016. ISSN 2319-0884. Disponível em: <<https://cejur.emnuvens.com.br/cejur/article/view/146/86>>. Acesso em: 14 jun. 2021.

RE 593727, Repercussão Geral, Relator: Min. CÉZAR PELUSO, Relator para Acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgamento em 14/5/2015, publicação em 8/9/2015.

Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. ISBN 978-85-7248-126-7. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>>.

Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Brasília: STF, ISBN: 978-65-990124-7-1. Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 10/06/2021.

RESOLUÇÃO Nº 181, DE 7 DE AGOSTO DE 2017. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em:

<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-2-verso-compilada.pdf>. Acesso em 20/08/2021, às 19:42h.

Revista Consultor Jurídico. **Diligências policiais: o que é lícito na investigação, segundo jurisprudência do STJ.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-set-18/diligencias-policiais-licito-investigacao-segundo-stj>> Acesso em 20 de setembro de 2021, 10h30.

ROBERTO, Welton. **A paridade de armas no processo penal brasileiro: uma concepção do justo processo.** Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2013 – Recife: O Autor, 2011.

RODRIGUES, Amanda Silva. **Análise acerca da instauração do inquérito das fake news INQ. 4.781/STF): ativismo judicial ou competência do supremo?** Trabalho de Conclusão de Curso. Ciências Sociais Aplicadas, Direito. Universidade Católica do Salvador, 2020. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/2717>. Acesso em 15/06/2021.

ROSA, Alexandre de Moraes. **Limite penal: A prática de fishing expedition no processo penal.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>>. Acesso em 23/10/2021 às 20:08.

SANTO, Davi do Espírito. **Acusação ou Ficção? Abrindo uma clareira na *opinio delicti* com a verdade hermenêutica.** Disponível em: https://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/paper___acusacao_e_verdade_-_entre_a_opinio_delicti_e_a_ficcao.pdf. Acesso em 20/08/2021, às 20:45.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. **Sexta Turma considera ilegal substituição do chip do celular de investigado por número da polícia.** Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portals/Paginas/Comunicacao/Noticias/17052021-Sexta-Turma-considera-ilegal-substituicao-do-chip-do-celular-de-investigado-por-numero-da-policia.aspx>>. Acesso em 22/10/2021, às 23:12.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 39ª Edição, revista e atualizada (até Emenda Constitucional n. 90, de 15.9.2015). São Paulo, Malheiros Editores, 2016.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais.** 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi: 10.11606/T.2.2009.tde-03062011-100455. Disponível em: <

<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-100455/pt-br.php>. Acesso em: 2021-10-14.

SILVA, Diogo Bacha e. STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de e. **Inquérito judicial do STF: o MP como parte ou "juiz das garantias"?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/opinioao-inquerito-stf-mp-parte-ou-juiz-garantias#author>>. Acesso em 14 de outubro de 2021.

Superior Tribunal de Justiça - **HABEAS CORPUS Nº 537.274 - MG (2019/0297159-6)** - Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1890836&num_registro=201902971596&data=20191126&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em 20/09/2021, às 10:04.

Superior Tribunal de Justiça - **RECURSO ESPECIAL Nº 1.630.097 - RJ (2016/0260240-6)**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1590995&num_registro=201602602406&data=20170428&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em 20/09/2021, às 10:46.

Superior Tribunal de Justiça - **RECURSO ESPECIAL Nº 1.695.349 - RS (2017/0230844-7)**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1874783&num_registro=201702308447&data=20191014&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em 20/09/2021, às 10:24.

STRECK, Lenio Luiz. **O caso do STF e as fake news: por que temos de ser ortodoxos!** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-18/senso-incomum-stf-fake-news-temos-ortodoxos>>.

TALON, Evinis. **Investigação criminal defensiva** [livro eletrônico] – 1ª edição, Gramado, RS. ICCS, 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

#02 – Inquérito do STF que investiga as Fake News. Julgados e Comentados, a jurisprudência sob a ótica do Ministério Público. Eduardo Augusto Salomão Cambi. Ministério Público do Paraná, out. de 2019. Podcast. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/2axzxSThjXNeO14V9BemS?si=kubf_5WlQ7e0g_QzuXiLiw&dl_branch=1. Acesso em: 01/08/2021.

#25 – Decisão do STF sobre o inquérito das fake News: ADPF 572. JusFederal. Rafael Martins Costa Moreira. jun. de 2020. Podcast. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/1EdLGChdSap0nDKoqtLmah?si=nappISFfR_Gim21P1pV4JA&dl_branch=1. Acesso em: 04/08/2021.

#65 – INQUÉRITO DO FIM DO MUNDO: Como o STF e STJ ignoraram a Constituição com Cristiano Campidelli e Marcos Paulo. Supremo Cast. Bruno

Zampier, Carol Carlos e Francisco Menezes. jun. de 2020. Podcast. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/1EdLGChdSap0nDKoqtLmah?si=nappISFfR_Gim2lP1pV4JA&dl_branch=1. Acesso em: 04/08/2021.