

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

RODRIGO MARENGO BERGAMIM

**SISTEMA ACUSATÓRIO E A INICIATIVA DO JUIZ NA PERSECUÇÃO  
CRIMINAL:**  
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INQUÉRITO JUDICIAL À LUZ DO JULGAMENTO  
DA ADPF 572

Brasília — DF

2021

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

RODRIGO MARENGO BERGAMIM

**SISTEMA ACUSATÓRIO E A INICIATIVA DO JUIZ NA PERSECUÇÃO  
CRIMINAL:**

**(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INQUÉRITO JUDICIAL À LUZ DO JULGAMENTO  
DA ADPF 572**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina Redação de Monografia, do Curso de Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz

Brasília — DF

2021

RODRIGO MARENGO BERGAMIM

**SISTEMA ACUSATÓRIO E A INICIATIVA DO JUIZ NA PERSECUÇÃO  
CRIMINAL:**

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INQUÉRITO JUDICIAL À LUZ DO JULGAMENTO  
DA ADPF 572

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina Redação de Monografia, do Curso de Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2021.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz — Orientador

FD/UnB

---

Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira — Examinador

FD/UnB

---

Prof. Dr. Bruno Corrêa Burini — Examinador

FD/UnB

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus.

Agradeço à minha família, em especial à minha mãe, aos meus avós, ao meu pai e aos meus irmãos, por todo o amor, carinho, apoio e incentivo nesta trajetória.

Agradeço aos meus amigos e amigas, que sempre me acompanharam e me animaram durante o percurso.

Agradeço ao meu orientador, Professor Paulo Queiroz, e aos membros da banca examinadora, Professores Vallisney Oliveira e Bruno Burini, pela atenção, cordialidade e contribuição com este trabalho.

Agradeço a todos os professores e professoras, aos coordenadores, aos servidores da secretaria e aos demais funcionários e colaboradores, que tornaram possível a minha formação nesta universidade pública de excelência.

## RESUMO

O presente trabalho tem, como objetivo, a exposição e análise da validade o inquérito judicial — tido este como a modalidade de investigação preliminar presidida pelo juiz e destinada à apuração da materialidade e da autoria de infrações penais — sob a ótica da Constituição Federal de 1988, tendo por *leading case* a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572 (ADPF n. 572/DF), julgada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2020, que reconheceu a possibilidade jurídica de instauração de inquérito originário no âmbito daquela Corte, no que ficou conhecido como “inquérito das *fake news*” (Inq. n. 4.781/DF). O trabalho traz, como pano de fundo, uma revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial acerca dos poderes do magistrado durante as investigações criminais e o processo penal, questionando sobre a constitucionalidade de sua atuação de ofício, à luz do sistema acusatório supostamente incorporado na Carta da República.

**Palavras-Chave:** inquérito judicial; processo penal; investigação; poderes do juiz; sistema acusatório; ADPF 572; devido processo legal; imparcialidade do julgador; juiz natural.

## ABSTRACT

The present study aims to showcase and analyze the validity of the judicial inquiry in regard to the Federal Constitution of 1988. Such instrument amounts to a modality of preliminary investigation directly presided over by the judge and aimed at investigating the materiality and authorship of criminal offenses. The leading case on the matter was the Fundamental Precept Non-compliance Brief 572 (ADPF No. 572/DF), ruled by the Supreme Court in 2020, in which was established the legal possibility of opening an original investigation within that Court, by initiative of the justices. This case became reknown as “fake news inquiry” (Inq. No. 4,781/DF). The study brings, as background, a bibliographic, legislative and jurisprudential review about the judge's powers during criminal investigations and the criminal process, questioning the constitutionality of his proactive behavior, in the light of the accusatory system supposedly incorporated in the Constitution of the Republic.

**Keywords:** judicial inquiry; criminal proceedings; investigation; powers of the judge; accusatory system; ADPF 572; due process of law; impartiality of the judge; natural judge.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI — Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF — Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CPP — Código de Processo Penal

CRFB — Constituição da República Federativa do Brasil

HC — *Habeas Corpus*

Inq. — Inquérito

MP — Ministério Público

MS — Mandado de Segurança

*Op. Cit.* — *Opus Citatum*

PGR — Procuradoria-Geral da República

RE — Recurso Extraordinário

Rel. — Relator

REsp — Recurso Especial

RHC — Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*

RISTF — Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF — Supremo Tribunal Federal

STJ — Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>CAPÍTULO I – A ATUAÇÃO DO JUIZ CRIMINAL.....</b>	<b>14</b>
1.1. Produção de provas de ofício.....	15
1.2. Decretação de medidas cautelares pessoais de ofício.....	20
1.3. Participação do juiz no arquivamento do inquérito.....	25
1.4. Recurso de ofício.....	27
<b>CAPÍTULO II - ANÁLISE DA ADPF N. 572/DF.....</b>	<b>29</b>
2.1. Voto do Ministro Relator.....	31
2.2. Demais votos que formaram a maioria.....	35
2.3. Voto divergente.....	39
<b>CAPÍTULO III - INQUÉRITO JUDICIAL E SISTEMA ACUSATÓRIO.....</b>	<b>41</b>
3.1. Conceito, natureza jurídica e características do inquérito.....	41
3.2. Intervenção do juiz no inquérito.....	42
3.3. Inquérito judicial e juiz inquisidor.....	43
3.4. Reflexões sobre o sistema acusatório.....	48
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>59</b>



## INTRODUÇÃO

No dia 14 de março de 2019, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Dias Toffoli, por meio da Portaria n. 69/2019 do Gabinete da Presidência, determinou, de ofício, a instauração de inquérito judicial criminal originário no âmbito daquela Corte (Inq. 4.781/DF), tendo por objeto 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.<sup>1</sup>

Designado na portaria para conduzir o feito na qualidade de relator, o Ministro Alexandre de Moraes proferiu despacho inicial no dia 19 de março de 2019, adotando medidas administrativas, como a juntada de informações e a escolha de delegados de polícia para auxiliar nas investigações.

Desde então, diversas decisões têm sido proferidas no bojo do referido inquérito — que tramita em sigilo e, portanto, cujos atos não serão analisados neste trabalho —, como as que decretaram a prisão preventiva de investigados, determinaram buscas e apreensões em domicílios, ordenaram a retirada de textos jornalísticos da *internet*, dentre outras medidas cautelares.

A constitucionalidade do ato da Presidência do STF foi questionada tanto pela via difusa quanto pela via concentrada de controle. De um lado, a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) impetrou o Mandado de Segurança coletivo n. 36.422/DF, com pedido de tutela provisória, na defesa dos direitos supostamente líquidos e certos de seus associados, possíveis investigados no inquérito (informação extraída pela associação a partir de notícias veiculadas nos meios de comunicação). De outro, foi ajuizada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 572 pelo Partido Rede Sustentabilidade, atacando o ato normativo em nível abstrato e objetivo.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho Inicial no Inquérito 4.781/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes, 19 de março de 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/inq4781.pdf>. Acesso em: 8/2/2021.

Em sua impetração<sup>2</sup>, a ANPR alegou, em síntese, que a instauração de inquérito de ofício pelo Poder Judiciário, sem acompanhamento e supervisão do Ministério Público, subtraindo-lhe suas atribuições constitucionais, ofende o sistema acusatório desenhado na Constituição da República (CRFB/1988)<sup>3</sup> e inerente ao Estado Democrático de Direito, além de violar o princípio do juiz natural e o princípio da impessoalidade, em virtude da ausência de livre distribuição entre os Ministros, criando-se um “verdadeiro tribunal de exceção”. Asseverou que a Portaria não encontra respaldo no próprio dispositivo regimental no qual foi fundamentada — o art. 43 do Regimento Interno do STF (RISTF)<sup>4</sup> — porquanto os supostos delitos não foram cometidos nas dependências do Supremo nem praticados por pessoas sujeitas à sua jurisdição. Ressaltou que, mesmo que a portaria seja considerada legal, o dispositivo na qual se baseia não foi recepcionado pela Constituição.

Sustentou também que a falta de uma narração individualizada dos fatos e dos investigados afronta as exigências do Código de Processo Penal (CPP) e da Lei n. 8.038/90, além de haver desrespeito ao Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/1993) no tocante à investigação de Procuradores da República sem a participação do Procurador-Geral da República. Afirmou, por fim, que a referida portaria inibe o regular exercício das atividades dos membros do Ministério Público e impede a livre manifestação de opinião por qualquer cidadão.

A então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, em parecer exarado<sup>5</sup>, após ver negado seu pedido de arquivamento do inquérito, se manifestou no sentido de que o inquérito judicial é ilegal e inconstitucional, apontando, dentre outros, os seguintes fundamentos: (i) ofensa ao sistema acusatório, que separa as funções de investigar, acusar e julgar como uma garantia individual de julgamento por um juiz neutro e imparcial; (ii) a instauração de ofício do inquérito não encontra respaldo no RISTF, cujo art. 43 abarca apenas fatos praticados na sede ou dependências físicas do Tribunal, havendo violação de outros dispositivos do próprio Regimento (arts. 52, 230-A a 232) ; (iii) a condução do inquérito sem a participação do

---

<sup>2</sup> Petição inicial da ANPR no MS 36.422/DF. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/anpr-suspensao-inquerito-investiga-fake.pdf>. Acesso em: 8/2/2021.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 8/2/2021.

<sup>4</sup> BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 8/2/2021.

<sup>5</sup> Parecer da PGR no MS 36.422/DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340740269&ext=.pdf>. Acesso em: 8/2/2021.

Ministério Público viola a separação de poderes e as atribuições constitucionais do MP, que é o destinatário final da prova produzida na investigação, enquanto titular da ação penal pública; (iv) o Ministro Relator do inquérito, além de estar substituindo o MP na função de avaliar a pertinência das provas produzidas, e de ser julgador, é também vítima dos fatos investigados; (v) mesmo nos inquéritos originários, cabe ao MP conduzir as investigações, funcionando o magistrado apenas como um garantidor dos direitos individuais dos investigados, ante a inércia do Judiciário; (vi) o argumento usado para negar o pedido de arquivamento formulado pela PGR se ampara na premissa equivocada de que o sistema acusatório exige apenas que o juiz não acuse, mas não o impede de investigar — o que não seria verdadeiro, pois o juiz que investiga acaba se vinculando, ainda que inconscientemente, aos resultados de suas investigações; (vii) a proposta de arquivamento da PGR é irrecusável, conforme jurisprudência do STF; (viii) ofensa ao devido processo legal, pois a competência criminal do Supremo é constitucionalmente definida, em rol exaustivo (art. 102, I, *b*, CRFB/88) em função do cargo ocupado pelo investigado e não em função do cargo das vítimas, e as investigações não recaem, a princípio, sobre detentores de prerrogativa de foro; (ix) afronta à regra do juiz natural, por causa da falta de distribuição aleatória entre os Ministros; (x) abalo ao Estado Democrático de Direito, em que foi iniciada uma investigação penal prospectiva, sem objeto específico, com falta de uma descrição clara e precisa dos fatos, o que permitiria que toda e qualquer pessoa venha a ser investigada, gerando insegurança social; e (xi) os traços de inquisitorialidade presentes no inquérito são típicos de regimes totalitários e de exceção.

Posteriormente, o novo Procurador-Geral da República, Augusto Aras, lavrou outro parecer<sup>6</sup> em sentido contrário ao primeiro parecer, opinando pela denegação da segurança ante a ilegitimidade da parte autora.

Em acórdão proferido no dia 22/6/2020<sup>7</sup>, em sessão do plenário virtual, o STF, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, não conheceu da impetração. O relator, Ministro Edson Fachin, seguido pelos demais Ministros que formaram a corrente vencedora, argumentou que é incabível mandado de segurança contra ato judicial emanado da Suprema Corte, o que inclui as decisões proferidas individualmente por seus Ministros, salvo nas hipóteses de teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante, o que não teria sido verificado.

---

<sup>6</sup> Terceiro parecer da PGR no MS 36.422/DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342446045&ext=.pdf>. Acesso em: 8/2/2021.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 36.422/DF, Relator o Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343683608&ext=.pdf>. Acesso em: 8/2/2021.

Ademais, usou-se do fundamento de que o mandado de segurança não é sucedâneo recursal e que eventuais decisões prejudiciais aos associados da autora deveriam ser impugnadas pela via recursal adequada. Consignou-se, por fim, que o tema já estava sendo examinado na ADPF 572. Os embargos de declaração foram rejeitados e o mérito da demanda não foi apreciado na via concreta.

Por sua vez, o julgamento da APDF 572 pelo Plenário do STF, que efetivamente enfrentou a questão, será analisado em detalhes no decorrer do presente trabalho, em capítulo próprio.

Feitos os necessários esclarecimentos iniciais, cumpre delimitar o objeto desta monografia, que é analisar a constitucionalidade ou não do inquérito judicial — entendido resumidamente como um procedimento investigatório criminal presidido e conduzido por um órgão jurisdicional (definição a ser desenvolvida ao longo do trabalho) — em um Estado Democrático de Direito que, em tese, adota o sistema processual penal acusatório, à luz do entendimento da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros sobre o tema e da doutrina que o estuda e discute. Assim, passa-se a apresentar a estrutura do trabalho, que será dividido em três capítulos e uma conclusão ao final.

No primeiro capítulo, disserta-se brevemente sobre os poderes do juiz no âmbito penal, compreendidas a fase investigativa e a fase processual, em especial sobre a limitação de sua atuação de ofício a partir da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019<sup>8</sup>, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, que passou a prever expressamente a adoção do sistema acusatório (antes extraído implicitamente da Constituição), instituiu a figura do juiz das garantias (atualmente suspensa por decisão liminar do Min. Luiz Fux em sede de ADI), proibiu a decretação de medidas cautelares de ofício, dentre outras alterações na legislação.

No segundo capítulo, analisar-se-ão pormenorizadamente os votos proferidos pelos Ministros do STF no julgamento da ADPF n. 572, com os argumentos utilizados e que levaram à conclusão adotada pela Suprema Corte.

No terceiro e último capítulo, será feita uma exposição sobre a definição de inquérito e suas características, os casos em que o juiz participa ativamente do inquérito, bem como as

---

<sup>8</sup> BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm). Acesso em: 8/2/2021.

reflexões doutrinárias acerca dos sistemas processuais penais, com destaque para o sistema acusatório.

Ao final, será feita um cotejo entre as ponderações doutrinárias e a decisão do Supremo Tribunal Federal.

## CAPÍTULO I — A ATUAÇÃO DO JUIZ CRIMINAL

A relação jurídica processual se perfectibiliza com a existência de seus três sujeitos principais (essenciais), que formam o *actum trium personarum*: o juiz, a acusação e o réu.<sup>9</sup>

O juiz é o agente público regularmente investido de jurisdição — entendida esta como a parcela do poder soberano do Estado de aplicar o direito objetivo ao caso concreto para solucionar um conflito subjetivo de interesses qualificado por uma pretensão resistida (*lide*)<sup>10</sup>, substituindo a vontade das partes pela de um terceiro, competente e imparcial, que torna presente a vontade estatal — responsável por conduzir e desenvolver o processo até o seu termo final, sendo chamado, portanto, de *dominus processus*.

O magistrado regularmente investido é aquele nomeado ao cargo em conformidade com as normas constitucionais e legais vigentes, o que se denomina de capacidade genérica de exercício; por sua vez, a capacidade especial de exercício diz respeito à competência (capacidade especial objetiva) e à imparcialidade (capacidade especial subjetiva) para atuar em determinado feito<sup>11</sup>. A exigência da imparcialidade do juiz (entendida como a ausência de causas de impedimento, suspeição ou incompatibilidade), sem a qual não se considera justa sua decisão, é consectário lógico do devido processo legal e do sistema acusatório, e a Constituição busca assegurá-la ao estabelecer garantias (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) e vedações aos magistrados (art. 95, *caput* e parágrafo único, CRFB/88), para que possam desempenhar seu mister livres de perseguições ou ingerências indevidas. Referido tópico será melhor aprofundado no terceiro capítulo deste trabalho.

No processo penal, compete ao juiz, dentre outras funções, a de receber ou rejeitar a inicial acusatória (denúncia ou queixa-crime), determinar a citação do acusado para integrar a relação processual e exercer o direito à ampla defesa e contraditório, designar audiências, sanar irregularidades, instruir o processo em colaboração com as partes e terceiros, decidir questões e processos incidentes, avaliar a legalidade e a legitimidade de medidas cautelares reais e pessoais que atinjam os direitos fundamentais do acusado no decorrer do procedimento e, por

---

<sup>9</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 1235/1236.

<sup>10</sup> O presente trabalho não adentra na discussão doutrinária a respeito da existência ou inexistência de *lide*, em seu sentido técnico-jurídico, no âmbito processual penal. Para mais informações sobre os problemas da transposição de institutos do processo civil para o processo penal, consultar interessante artigo de Aury Lopes Jr: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>.

<sup>11</sup> LIMA, Op.Cit., p. 1236.

fim, reconhecer ou não a procedência da pretensão punitiva estatal para condenar o acusado, aplicando a sanção penal prevista em lei, ou absolvê-lo.

Segundo o art. 251 do Código de Processo Penal<sup>12</sup>, incumbe ao juiz zelar pela regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo requisitar o uso da força pública se necessário. Sendo assim, para a correta aplicação da lei penal, o ordenamento jurídico confere ao juiz uma diversidade de poderes, que a doutrina<sup>13</sup> divide em poderes jurisdicionais e poderes administrativos. As funções de ordem jurisdicional abarcam os poderes de instrução, disciplina e impulsão, além da tomada de decisões e da prática de atos executórios. Por sua vez, as funções de natureza administrativa estão relacionadas ao exercício do poder de polícia pelo magistrado, a fim de manter a ordem e o decoro nas audiências e sessões de julgamento, coibindo tumultos que prejudiquem o bom andamento dos trabalhos.

Vale ressaltar que a doutrina identifica, ainda, a existência de funções anômalas do juiz, como as hipóteses de “recurso de ofício” e a remessa de documentos pelo juiz ao Ministério Público com informações acerca da prática de infração penal de que teve conhecimento (art. 40, CPP). Apontava-se, também, o procedimento de arquivamento previsto no art. 28 do CPP como uma das funções anômalas do juiz, atuando ele como um fiscal do princípio da obrigatoriedade que rege a ação penal pública. O artigo era também aplicado, por analogia, no caso de recusa injustificada do Ministério Público em oferecer a proposta de transação penal e de suspensão condicional do processo. Porém, a redação de tal dispositivo foi modificada pela Lei n. 13.964/19 (“Pacote Anticrime”), retirando a interferência do juiz sobre o arquivamento. Atualmente, ainda vale a antiga redação, pois a modificação legislativa encontra-se suspensa por decisão liminar na ADI 6.299/DF.

Nos tópicos a seguir, serão analisadas situações particulares do ordenamento vigente a respeito da atuação do juiz no âmbito da investigação penal e do processo penal.

### **1.1. Produção de provas de ofício**

A legislação processual penal confere amplos poderes instrutórios ao juiz. Brasileiro de Lima<sup>14</sup> menciona os seguintes: (i) poder de negar a perícia requerida pelas partes (art. 184,

---

<sup>12</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 8/2/2021.

<sup>13</sup> LIMA, 2019, pp. 1238-1242.

<sup>14</sup> Ibidem, pp. 1238-1239 e 1241.

CPP); (ii) poder de determinar a condução coercitiva do ofendido e de testemunhas (arts. 201, § 1º, e 218, CPP); (iii) poder de negar perguntas formuladas pelas partes que puderem induzir resposta, que não tiverem relação com o processo ou forem repetidas (art. 212, CPP); (iv) poder de proibir a testemunha de manifestar opiniões pessoais (art. 213, CPP); (v) poder de indeferir a expedição de cartas rogatórias sem demonstração de imprescindibilidade (art. 222-A, CPP); (vi) poder de indeferir a expedição de cartas precatórias que importem demora prejudicial (art. 230, CPP); (vii) poder de complementar a inquirição das testemunhas sobre pontos não esclarecidos (art. 212, parágrafo único); (viii) poder de ouvir outras testemunhas para além daquelas indicadas pelas partes, inclusive as pessoas referidas (art. 209, *caput* e § 1º, CPP); (ix) poder de proceder a novo interrogatório, de ofício, a qualquer momento (art. 196, CPP); (x) poder de providenciar a juntada de documentos relevantes aos autos, de ofício (art. 234, CPP).

Todavia, o mesmo autor propõe uma releitura do Código de Processo Penal de 1941 à luz dos princípios e regras constitucionais. Segundo ele, apesar das reformas processuais ocorridas em 2008, o CPP ainda está fundado em um modelo antidemocrático, com inspiração no fascismo italiano, e foi editado em um momento de supressão das liberdades públicas e de autoritarismo no Brasil — a ditadura do Estado Novo instalada por Getúlio Vargas. Por isso, muitos dos dispositivos da lei não teriam sido recepcionados pela Constituição de 1988, em especial por ofenderem o sistema acusatório estabelecido no art. 129, inciso I.

Em sua análise, o autor divide os poderes do juiz em dois momentos distintos: na fase investigativa e na fase processual.

Em relação à primeira, esclarece que o inciso I do artigo 156 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008, permite que o magistrado determine, de ofício, durante a fase investigativa, a produção antecipada de provas urgentes e relevantes, desde que observada a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida.

Brasileiro de Lima sustenta que referido dispositivo é inconstitucional por violar o sistema acusatório adotado na Constituição. De acordo com o autor, os protagonistas da fase investigatória são a Polícia Judiciária e o Ministério Público. Isso não significa, no entanto, que o juiz ficaria impedido de atuar na fase investigatória: há essa possibilidade, desde que mediante provocação das partes. A justificativa apresentada pelo autor, que se adequa às reflexões sobre o inquérito judicial feitas no decorrer do trabalho, é no sentido de que:

O que não se deve lhe permitir [ao juiz], nessa fase preliminar, é uma atuação de ofício. E isso porque, pelo simples fato de ser humano, não há como negar que, após realizar diligências de ofício na fase investigatória, fique o magistrado envolvido



psicologicamente com a causa, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela, com grave prejuízo a sua imparcialidade. A partir do momento em que uma mesma pessoa concentra as funções de investigar e colher as provas, além do poder de julgar o acusado, estará comprometido *a priori* com a tese da culpabilidade do acusado.<sup>15</sup>

Ada Pellegrini Grinover, citada por Brasileiro de Lima, defende posicionamento diverso, a que chegou mediante outra interpretação do texto normativo:

Para uma interpretação sistemática dessa disposição, cabe lembrar que, na redação dada ao art. 155, a Lei 11.690/2008 estabelece uma distinção entre o que é prova e aquilo que constitui elemento informativo de investigação. Ao dizer, assim, que o juiz pode determinar produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, a lei não contempla outra coisa senão a iniciativa judicial para a antecipação de atos tendentes à formação de provas - não de elementos de investigação -, diante do risco de desaparecimento ou deterioração das fontes de informação.<sup>16</sup>

Eugênio Pacelli de Oliveira também se filia à corrente que considera inconstitucional o dispositivo que permite a atuação de ofício do juiz na investigação. Para ele,

O juiz não tutela e nem deve tutelar a investigação. A rigor, a jurisdição criminal somente se inicia com a apreciação da peça acusatória (arts. 395 e 396, CPP). No curso do inquérito policial ou de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica enquanto tutela dos respectivos procedimentos. O juiz, quando defere uma prisão cautelar, quando defere uma interceptação telefônica ou a quebra de uma inviolabilidade pessoal, não está, nem nesse momento, protegendo os interesses da investigação criminal. Na verdade, como garantidor que é das liberdades públicas, ele estará exercendo o controle constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal. (...) Por isso, nenhuma providência deve ser tomada de ofício pelo magistrado, para fins de preservação de material a ser colhido em fase de investigação criminal. Nem prisão de ofício, nem qualquer outra medida acautelatória, até porque o que deve ser acautelado, em tais situações, é a investigação e dela não há de cuidar e nem por ela responder o órgão da jurisdição. Basta lembrar, ainda, que o juiz sequer levará em consideração, por ocasião da sentença, as provas ou elementos indiciários colhidos na fase de investigação, consoante se vê, agora do art. 155, CPP, à exceção das provas irrepetíveis (periciais).<sup>17</sup>

Necessário enfatizar que a Lei n. 13.964/19 (“Pacote Anticrime”) introduziu o art. 3º-A no CPP (atualmente suspenso, frise-se), cuja parte final dispõe que ficam vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Poder-se-ia argumentar, nesse sentido, que houve uma revogação tácita do art. 156, inciso I, do referido Código.

Quanto à fase do processo penal, o art. 156, inciso II, do CPP dispõe que o magistrado pode determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de

---

<sup>15</sup> LIMA, 2019, p. 635.

<sup>16</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. As nulidades do processo penal. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 124, *apud* LIMA, 2019, p. 635.

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, pp. 253-254.

diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Brasileiro de Lima<sup>18</sup> assevera que a atuação probatória do juiz no curso do processo é possível, em virtude dos princípios da busca da verdade e do convencimento motivado ou persuasão racional, mas que ela deve ser subsidiária, residual, supletiva e complementar à atuação das partes, respeitando-se sempre o contraditório e o dever de motivação das decisões. Dessa forma, o juiz jamais poderia substituir totalmente as partes na produção de provas, sob pena de quebra de sua imparcialidade. Ademais, quando determinar a produção de provas de ofício, o juiz deve franquear à acusação e à defesa a possibilidade de participar da produção da prova (contraditório para a prova) ou de se manifestar sobre a prova produzida previamente (contraditório sobre a prova), e de dar às partes a oportunidade de produzir uma contraprova.

Nessa linha, corroborando sua conclusão, o autor cita os posicionamentos de Gustavo Badaró, Marco Antônio de Barros e Antônio Scarance Fernandes, respectivamente:

Os poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a imparcialidade do julgador. Ao determinar a produção de uma prova, o juiz não sabe, de antemão, o que dela resultará e, em consequência, a qual parte vai beneficiar. Por outro lado, se o juiz está na dúvida sobre um fato e sabe que a realização de uma prova poderia eliminar sua incerteza e não determina sua produção, aí sim estará sendo parcial, porque sabe que, ao final, sua abstenção irá beneficiar a parte contrária àquela a quem incumbirá o ônus da prova. Juiz ativo não é sinônimo de juiz parcial. É equivocado confundir neutralidade ou passividade com imparcialidade. Um juiz ativo não é parcial, mas apenas um juiz atento aos fins sociais do processo, e que busca exercer sua função de forma a dar ao jurisdicionado a melhor prestação jurisdicional possível.<sup>19</sup>

A imparcialidade do juiz não exclui seu poder-dever de buscar a verdade, sobretudo porque imparcialidade não se confunde com inércia e nem está limitada ao sabor de uma contrariedade ativa das partes, mas das garantias processuais de defesa. É perfeitamente possível compatibilizar a imparcialidade com a busca da verdade, bastando apenas que a função jurisdicional seja exercida com equilíbrio e em consonância com os ditames legais.<sup>20</sup>

Não se deve mesmo retirar do juiz o poder probatório, pois não há porque impedi-lo de, para seu convencimento, esclarecer alguns aspectos da prova produzida pelas partes ou a respeito de algum dado probatório vindo dos autos.<sup>21</sup>

Acerca da iniciativa probatória do juiz após a instauração do processo penal, Pacelli defende que

Nesse ponto, o princípio acusatório imposto pela Constituição Federal de 1988, no qual foram delimitadas as funções do juiz e as atribuições do Ministério Público, deverá funcionar como um redutor e/ou controlador da aplicação do mencionado dispositivo, em face da imparcialidade que deve nortear a atuação judicial. Quando

---

<sup>18</sup> LIMA, 2019, pp. 635-636.

<sup>19</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 83 apud LIMA, 2019, p. 636.

<sup>20</sup> BARROS, Marco Antônio. A busca da verdade no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 122 apud LIMA, 2019, p. 636.

<sup>21</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. Reação defensiva à imputação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17 apud LIMA, 2019, p. 637.

falamos em imparcialidade, não estamos nos referindo unicamente à ausência de interferências externas que, segundo a lei, podem influir no ânimo do magistrado, como ocorre nos casos legais de impedimento, suspeição ou incompatibilidade, previstos nos arts. 112, 252, 253, 254, todos do CPP. Falamos, agora, na imparcialidade no que se refere à atuação concreta do juiz no processo, de modo a impedir que este adote postura tipicamente acusatória no processo, quando, por exemplo, entender deficiente a atividade desenvolvida pelo Ministério Público. O juiz não poderá desigualar as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos reunidos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais.<sup>22</sup>

A partir disso, o autor diferencia a iniciativa acusatória da iniciativa probatória. No primeiro caso, o juiz empreenderia a busca da prova que deveria ter sido produzida pelo Ministério Público, substituindo-lhe no papel de se desincumbir do ônus processual fixado na lei. Por outro lado, ao interpretar o inciso II do art. 156 para explicar a iniciativa probatória, Pacelli ainda afirma que

Por dúvida, que deve se dirigir ao questionamento acerca da qualidade ou da idoneidade da prova, não se pode entender a ausência dela (prova), como ocorreria no exemplo anterior. A dúvida somente instala-se no espírito a partir da confluência de proposições em sentido diverso sobre determinado objeto ou ideia. No campo probatório, ela ocorreria a partir de possíveis conclusões diversas acerca do material probatório então produzido, e não sobre o não produzido. Assim, é de se admitir a dúvida do juiz apenas sobre prova produzida, e não sobre a insuficiência ou a ausência da atividade persecutória.<sup>23</sup>

Aury Lopes Jr. associa os princípios que regem a gestão probatória no processo — dispositivo ou inquisitivo — aos sistemas processuais penais que se adotam no ordenamento vigente — acusatório ou inquisitório. Em suas palavras:

Em síntese, o sistema legal das provas varia conforme tenhamos um sistema inquisitório ou acusatório, pois é a gestão da prova que funda o sistema. Quando se atribuem poderes instrutórios ou investigatórios (conforme a fase) a um juiz, cria-se a figura do juiz-ator, característico de modelos processuais inquisitórios (ou neo-inquisitórios como o nosso). Por outro lado, quando a gestão das provas está nas mãos das partes, o juiz assume seu verdadeiro papel de espectador (alheamento), essencial para assegurar a imparcialidade e a estrutura do modelo processual acusatório. Ademais, o limite probatório também é dado pelo sistema processual.<sup>24</sup>

O autor prossegue em seus argumentos, defendendo a inconstitucionalidade dos dispositivos que permitem a produção de provas pelo juiz *ex officio*:

O “modo de construção do convencimento do juiz” varia conforme se adote o sistema acusatório ou inquisitório, pois no primeiro as partes produzem a prova em busca da formação do convencimento do juiz; no segundo, regido pelo princípio inquisitivo, o juiz vai de ofício atrás da prova, decidindo primeiro e buscando a seguir as provas que justificam a decisão já tomada (primado das hipóteses sobre os fatos), com inegável sacrifício da imparcialidade. O modelo brasileiro é neo-inquisitorial, pois, ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz (art. 156), observa o princípio

---

<sup>22</sup> OLIVEIRA, 2020, p. 254.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 255.

<sup>24</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 161.

inquisitivo. Considerando que a Constituição desenha um processo penal acusatório, deve-se buscar a máxima conformidade constitucional, afirmando a substancial inconstitucionalidade desses dispositivos que permitem a produção de provas de ofício pelo juiz.<sup>25</sup>

Guilherme de Souza Nucci adota posicionamento um pouco diferente do dos demais autores, defendendo que o magistrado possui ampla liberdade para determinar, inclusive de ofício, a produção de provas no processo penal. Contudo, ressalta que esse raciocínio não se aplica à fase investigatória, no que concorda com Renato Brasileiro. Segundo ele:

A atuação de ofício do juiz, na colheita da prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. [...] Segundo nos parece, quando o magistrado atua, de ofício, durante a instrução processual, está em busca da verdade real e não há mal algum, a não ser que se vislumbre nítida parcialidade na sua atividade. Porém, na fase investigatória, não tem cabimento valer-se de iniciativa própria para a produção de qualquer espécie de prova, pois o inquérito destina-se ao Ministério Público (ou à vítima, em caso de ação penal privada), mas não ao juiz.<sup>26</sup>

Para arrematar o tópico, cita-se trecho da obra de Paulo Rangel, na qual o autor se filia à corrente doutrinária que se opõe à possibilidade de o magistrado produzir provas de ofício no âmbito do processo penal:

Em uma estrutura acusatória de processo penal não há espaço para o magistrado ter a gestão da prova, em especial antes de iniciada a ação penal, como autoriza o inciso I, em comento. Colocar o juiz agindo ex officio na colheita da prova é contaminar sua (aparente e imaginária) imparcialidade e pior: o juiz, agora, poderá ordenar de ofício tanto na fase policial como judicial as diligências que entender cabíveis. Há uma perfeita contradição lógica entre os arts. 155 e 156. No primeiro, o juiz somente poderá condenar com base nas provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório, não sendo lícito fundamentar sua decisão com base em provas do inquérito. Contudo, no segundo (art. 156), poderá ele determinar, na fase de inquérito, diligências à produção de provas relevantes. Ora, como imaginar um juiz isento que colhe a prova no inquérito, mas não a leva em consideração na hora de dar a sentença? A reforma pensa que o juiz é um ser não humano. Um extraterrestre que desce de seu planeta, colhe a prova, preside o processo, julga e volta à sua galáxia, totalmente imparcial. Inocência. Juiz é um ser humano como outro qualquer dotado de emoção, paixão, egoísmo, altruísmo, ódio, amor e, claro, “sentimento de justiça”. A reforma, nesse caso, adota o princípio inquisitivo, colocando o juiz no centro da colheita da prova em total afronta à CRFB, que adota o sistema acusatório (art. 129, I, CR). Por tal razão, o inciso I do art. 156 é inconstitucional.<sup>27</sup>

## 1.2. Decretação de medidas cautelares pessoais de ofício

---

<sup>25</sup> LOPES JR., 2021, p. 185.

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 436.

<sup>27</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 460.

Antes da vigência do pacote anticrime, Brasileiro de Lima<sup>28</sup> defendia que ao juiz seria vedado decretar medidas cautelares de ofício na fase investigatória, pois nesse momento ele atua apenas como um garantidor da legalidade da investigação, tutelando os direitos e liberdades fundamentais dos investigados. Para reforçar isso, ele cita a Lei n. 7.960/89, que confere ao juiz o poder de decretar a prisão temporária somente quando provocado.

Não obstante o entendimento doutrinário, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, lastreada no art. 310, inciso II, do CPP<sup>29</sup>, entendia que era lícito ao magistrado converter a prisão em flagrante em prisão preventiva sem requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, ainda no decorrer das investigações.

Por outro lado, o mencionado autor admitia a possibilidade de a autoridade judiciária decretar medidas cautelares pessoais de ofício no curso do processo, uma vez que, nessa fase, ela teria o poder-dever, no exercício da jurisdição penal, de assegurar o resultado útil do processo ou resguardar os interesses da sociedade.

Ressalte-se, ainda, que a revogação de medidas cautelares, ou a sua substituição por outras menos gravosas, pode se dar sempre de ofício, independentemente de provocação das partes, regra que foi mantida pela nova lei (CPP, art. 282, § 5º).

Contudo, tal como ocorreu com a sistemática da iniciativa probatória do juiz, os dispositivos do Código de Processo Penal que versavam sobre a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal, em especial o § 2º do art. 282<sup>30</sup> e o art. 311<sup>31</sup>, foram profundamente alterados pela Lei n. 13.964/2019, sem haver suspensão de eficácia pelo STF nesse ponto.

---

<sup>28</sup> LIMA, 2019, pp. 877-878.

<sup>29</sup> Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

<sup>30</sup> Art. 282, § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

<sup>31</sup> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

A nova redação dos mencionados dispositivos do CPP veda a atuação de ofício do magistrado na decretação de medidas cautelares pessoais, especialmente da prisão preventiva. Eugênio Pacelli, ao comentar as recentes modificações legislativas, afirma que:

Trata-se de uma opção legislativa, sem dúvida, cuja constitucionalidade não se pode questionar. Ainda assim, cremos que não se afigura como a melhor solução, na medida em que há situações (sempre excepcionais, é verdade) nas quais a imposição de ofício de medidas cautelares (inclusive da preventiva) é essencial exatamente para a garantia e preservação dos postulados do art. 312 do CPP (desde que presente a devida fundamentação). Em nossa compreensão, a previsão então existente não colidia com o sistema acusatório, sendo que a novel limitação poderá causar situações de desequilíbrio quando necessária a imposição de medida cautelar urgente sem que se tenha, de pronto, um possível e prévio requerimento das partes (Ministério Público ou querelante, conforme o caso). Ademais, não há como negar que o juiz deve velar pelo regular andamento do processo, o que inclui a aplicação da lei penal – que, como se sabe, é um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva. Também a garantia da ordem pública nos parecia um fundamento suficiente para autorizar, em situações excepcionais, que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício.<sup>32</sup>

A jurisprudência atual dos Tribunais Superiores, diante das inovações legais, parece caminhar no sentido de que a decretação de medidas cautelares de ofício não encontra mais respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, como se observa nos seguintes julgados recentes (sem grifos nos originais):

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SUPERAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. VIGÊNCIA DA LEI 13.964/2019. CONVERSÃO EX OFFICIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

2. A Lei n. 13.964/2019 promoveu diversas alterações processuais, deixando clara a intenção do legislador de retirar do Magistrado qualquer possibilidade de decretação ex officio da prisão preventiva.

3. O anterior posicionamento desta Corte, no sentido de que "não há nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, sem prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, converte a prisão em flagrante em preventiva", merece nova ponderação em razão das modificações trazidas pela referida Lei n 13.964/2019, já que **parece evidente a intenção legislativa de buscar a efetivação do sistema penal acusatório.**

4. Assim, a partir das inovações trazidas pelo Pacote Anticrime, tornou-se inadmissível a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva. Portanto, a prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante requerimento do Ministério Público, do assistente ou querelante, ou da autoridade policial (art. 311 do CPP), o que não ocorreu na hipótese dos presentes autos.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício para declarar a nulidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva, sem prévio requerimento.

---

<sup>32</sup> OLIVEIRA, 2020, p. 820.

(HC 590.039/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2020, DJe 29/10/2020).<sup>33</sup>

[...] IMPOSSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DA DECRETAÇÃO “EX OFFICIO” DE PRISÃO PREVENTIVA EM QUALQUER SITUAÇÃO (EM JUÍZO OU NO CURSO DE INVESTIGAÇÃO PENAL), INCLUSIVE NO CONTEXTO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO), SEM QUE SE REGISTRE, MESMO NA HIPÓTESE DA CONVERSÃO A QUE SE REFERE O ART. 310, II, DO CPP, PRÉVIA, NECESSÁRIA E INDISPENSÁVEL PROVOCAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA AUTORIDADE POLICIAL – RECENTE INOVAÇÃO LEGISLATIVA INTRODUZIDA PELA LEI Nº 13.964/2019 (“LEI ANTICRIME”), QUE ALTEROU OS ARTS. 282, §§ 2º e 4º, E 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SUPRIMINDO AO MAGISTRADO A POSSIBILIDADE DE ORDENAR, “SPONTE SUA”, A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – NÃO REALIZAÇÃO, NO CASO, DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) – INADMISSIBILIDADE DE PRESUMIR-SE IMPLÍCITA, NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA – CONVERSÃO, DE OFÍCIO, MESMO ASSIM, DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO ORA PACIENTE EM PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE DE TAL ATO, QUER EM FACE DA ILEGALIDADE DESSA DECISÃO, QUER, AINDA, EM RAZÃO DE OFENSA A UM DIREITO BÁSICO, QUAL SEJA O DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, QUE TRADUZ PRERROGATIVA INSUPRIMÍVEL ASSEGURADA A QUALQUER PESSOA PELO ORDENAMENTO DOMÉSTICO E POR CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. – **A reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. – A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (grifei), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. – A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência.**

(STF, 2ª Turma, HC 188.888/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 06/10/2020).<sup>34</sup>

Não obstante, há precedente isolado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, ou seja, admitindo a tese de que, mesmo na vigência do pacote anticrime, o juiz ainda pode converter a prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício. Observe:

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 590.039/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 29/10/2020.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 188.888/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 15/12/2020.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. POSSIBILIDADE.

1. Na linha da orientação ainda prevalente nesta Corte, não há ilegalidade na conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício pelo Magistrado, desde que o faça em decisão concretamente fundamentada.

2. Ordem denegada.

(HC 605.305/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 27/10/2020).<sup>35</sup>

Recentemente, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, reunindo os Ministros de suas Quinta e Sexta Turmas, pacificou a questão, reconhecendo a vedação legal absoluta à decretação de ofício da prisão preventiva desde o início da vigência do Pacote Anticrime. Confira-se a ementa do acórdão:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO. CONVERSÃO EX OFFICIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO PRÉVIO OU PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, OU PELO QUERELANTE, OU PELO ASSISTENTE, OU, POR FIM, MEDIANTE REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL.

1. Em razão do advento da Lei n. 13.964/2019 não é mais possível a conversão ex officio da prisão em flagrante em prisão preventiva. Interpretação conjunta do disposto nos arts. 3º-A, 282, § 2º, e 311, caput, todos do CPP.

2. IMPOSSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DA DECRETAÇÃO "EX OFFICIO" DE PRISÃO PREVENTIVA EM QUALQUER SITUAÇÃO (EM JUÍZO OU NO CURSO DE INVESTIGAÇÃO PENAL) INCLUSIVE NO CONTEXTO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO), SEM QUE SE REGISTRE, MESMO NA HIPÓTESE DA CONVERSÃO A QUE SE REFERE O ART. 310, II, DO CPP, PRÉVIA, NECESSÁRIA E INDISPENSÁVEL PROVOCAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA AUTORIDADE POLICIAL - RECENTE INOVAÇÃO LEGISLATIVA INTRODUZIDA PELA LEI N. 13.964/2019 ("LEI ANTICRIME"), QUE ALTEROU OS ARTS. 282, §§ 2º e 4º, E 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SUPRIMINDO AO MAGISTRADO A POSSIBILIDADE DE ORDENAR, "SPONTE SUA", A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - NÃO REALIZAÇÃO, NO CASO, DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE DE PRESUMIR-SE IMPLÍCITA, NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA - CONVERSÃO, DE OFÍCIO, MESMO ASSIM, DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO ORA PACIENTE EM PRISÃO PREVENTIVA - IMPOSSIBILIDADE DE TAL ATO, QUER EM FACE DA ILEGALIDADE DESSA DECISÃO. [...] - A reforma introduzida pela Lei n. 13.964/2019 ("Lei Anticrime") modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. - A Lei n. 13.964/2019, ao suprimir a expressão "de ofício" que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio "requerimento das partes ou, quando no curso da

<sup>35</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 605.305/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Rel p/ acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 27/10/2020.



investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público" (grifo nosso), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação "ex officio" do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. - A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência. [...] - A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, no contexto da audiência de custódia, somente se legitima se e quando houver, por parte do Ministério Público ou da autoridade policial (ou do querelante, quando for o caso), pedido expresso e inequívoco dirigido ao Juízo competente, pois não se presume - independentemente da gravidade em abstrato do crime - a configuração dos pressupostos e dos fundamentos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, que hão de ser adequada e motivadamente comprovados em cada situação ocorrente. Doutrina. PROCESSO PENAL - PODER GERAL DE CAUTELA - INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ESTRITA E DA TIPICIDADE PROCESSUAL - CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA ADOÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS, INESPECÍFICAS OU INOMINADAS EM DETRIMENTO DO "STATUS LIBERTATIS" E DA ESFERA JURÍDICA DO INVESTIGADO, DO ACUSADO OU DO RÉU - O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DA LIBERDADE JURÍDICA DAS PESSOAS SOB PERSECUÇÃO CRIMINAL. - Inexiste, em nosso sistema jurídico, em matéria processual penal, o poder geral de cautela dos Juízes, notadamente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade das pessoas, vedada, em consequência, em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da legalidade estrita, a adoção, em detrimento do investigado, do acusado ou do réu, de provimentos cautelares inominados ou atípicos. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob persecução criminal. Doutrina. Precedentes: HC n. 173.791/MG, Ministro Celso de Mello - HC n. 173.800/MG, Ministro Celso de Mello - HC n. 186.209 - MC/SP, Ministro Celso de Mello, v.g. (HC n. 188.888/MG, Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 6/10/2020).

3. Da análise do auto de prisão é possível se concluir que houve ilegalidade no ingresso pela polícia do domicílio do paciente e, por conseguinte, que são inadmissíveis as provas daí derivadas e, consequentemente, sua própria prisão. Tal conclusão autoriza a concessão de ordem de ofício.

4. Recurso em habeas corpus provido para invalidar, por ilegal, a conversão ex officio da prisão em flagrante do ora recorrente em prisão preventiva. Ordem concedida de ofício, para anular o processo, ab initio, por ilegalidade da prova de que resultou sua prisão, a qual, por conseguinte, deve ser imediatamente relaxada também por essa razão.

(RHC 131.263/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2021, DJe 15/04/2021).<sup>36</sup>

### **1.3. Participação do juiz no arquivamento do inquérito**

A sistemática de arquivamento do inquérito policial (IP) e de outras peças de informação sofreu profundas alterações com a edição do Pacote Anticrime, que modificou o

---

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 131.263/GO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 15/4/2021.

art. 28 do CPP (ressaltando-se que a inovação legislativa se encontra suspensa, neste ponto, em virtude de liminar do STF).

No modelo anterior, o órgão do Ministério Público, não vislumbrando a existência de elementos suficientes para o oferecimento da denúncia e já esgotadas as diligências investigatórias, tinha que requerer a homologação do arquivamento do inquérito à autoridade judiciária. O juiz, discordando do pedido ministerial, no exercício da função anômala de fiscalizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, detinha o poder de remeter os autos ao chefe do respectivo Ministério Público (ou órgão a que foi delegada a função) para que este revisasse a questão e tomasse a decisão final acerca do arquivamento (princípio da devolução).

Por outro lado, o modelo trazido pelo Pacote Anticrime retira do juiz a função de homologar o arquivamento do inquérito, tornando esse procedimento exclusivo no âmbito interno do Ministério Público, que é o titular da ação penal. Agora, o membro do Ministério Público submeterá, de ofício, os autos do inquérito com o pedido de arquivamento à apreciação do órgão de revisão superior da instituição, que poderá concordar ou não com a decisão, sem interferência do juiz. Tem-se, aqui, mais um exemplo de reforço do sistema acusatório, reduzindo os poderes de um magistrado que, discordando do arquivamento, poderia vir a ter que julgar o mérito de futura ação penal relacionada aos fatos, situação com elevado potencial de afetar a sua imparcialidade.

Eugênio Pacelli assim se manifesta a respeito do controle judicial do arquivamento do inquérito:

Alterou-se o art. 28 do Código de Processo Penal, para excluir a participação do magistrado no arquivamento de investigações. Sempre defendemos que o controle da atuação ministerial, isto é, no sentido de avaliar a correção do juízo negativo de propositura da ação penal (materializado no pedido de arquivamento), não deveria ser da competência do juiz, até mesmo de maneira a preservar, o quanto e ao máximo possível, a imparcialidade do julgador, evitando-se o seu pronunciamento antecipado sobre o caráter aparentemente ilícito do fato. Nossa posição sempre foi de que melhor seria se o citado controle coubesse ao próprio Ministério Público, de ofício, ou por provocação do ofendido. Pela nova redação, que é aplicável imediatamente por se tratar de regra procedimental (art. 3º, CPP), uma vez ordenado o arquivamento do inquérito ou da investigação de qualquer natureza pelo titular da ação penal, o Ministério Público (ressalvados os casos de titularidade privada), não mais caberá ao juiz a adoção de providências de envio de peças para revisão. No ponto, aplausos ao legislador, que maximizou o sistema acusatório.<sup>37</sup>

Aury Lopes Jr, na mesma linha, assevera que:

---

<sup>37</sup> OLIVEIRA, 2020, p. 825.

Nessa sistemática [anterior ao Pacote Anticrime] o MP não arquiva, solicita o arquivamento para o juiz que poderá concordar com o pedido do MP e então arquivar o inquérito (controle é judicial, portanto), ou divergir do entendimento do MP e – de forma inquisitória e incompatível com a matriz acusatória do CPP – determinar a remessa para o procurador-geral do MP, que poderá (inclusive através de outro promotor designado) insistir no arquivamento (e então não restará ao juiz outra opção do que arquivar) ou oferecer denúncia (que voltará para aquele mesmo juiz julgar...eis o ranço inquisitório). Essa é a sistemática do CPP desde 1941, criticada por colocar o juiz em posição incompatível com a matriz acusatória constitucional. [...] Trata-se de outra alteração muito relevante trazida pela Lei n. 13.964/2019 com uma sistemática completamente nova para o arquivamento do inquérito (qualquer investigação preliminar), que agora não mais depende de arquivamento pelo juiz e, portanto, está muito mais acorde com a estrutura acusatória. Se o membro do Ministério Público entender que não estão presentes as condições de admissibilidade da acusação e, portanto, para o oferecimento da denúncia, ele mesmo promoverá o arquivamento do inquérito ou de qualquer elemento informativo que desempenhe a mesma finalidade, como, v.g., um procedimento investigatório criminal ou a representação fiscal para fins penais, sem necessidade de submeter ao juiz (como no antigo sistema inquisitório).<sup>38</sup>

#### 1.4. Recurso de ofício

O recurso de ofício, também chamado de remessa necessária ou reexame necessário, enquanto exceção ao princípio da voluntariedade dos recursos, é condição para que uma decisão judicial possa produzir efeitos, devendo o juiz remeter os autos à instância superior para revisão da decisão, mesmo que não haja recurso das partes do processo. Na pendência do reexame necessário, fica obstada a preclusão e a coisa julgada.

As hipóteses de recurso de ofício ainda previstas no ordenamento processual penal são: sentença concessiva de *habeas corpus* (art. 574, inciso I, CPP), concessão de reabilitação criminal (art. 746, CPP), indeferimento liminar da revisão criminal com pedido insuficientemente instruído pelo relator (art. 625, § 3º, CPP) ou indeferimento liminar do *habeas corpus* pelo presidente do tribunal (art. 663, CPP), arquivamento de inquérito ou absolvição de crimes contra a economia popular e saúde pública (art. 7º, Lei n. 1.521/51). No caso do inciso II do art. 574, referente ao reexame necessário da decisão de absolvição sumária no procedimento do Tribunal do Júri, a doutrina entende que o dispositivo foi tacitamente revogado pela Lei n. 11.689/2008.<sup>39</sup>

Parte da doutrina considera inconstitucional a sistemática do recurso de ofício, por ofensa ao sistema acusatório, conforme adverte Nucci<sup>40</sup>. Outra corrente, perfilhada pelo autor,

---

<sup>38</sup> LOPES JR., 2021, pp. 82-83.

<sup>39</sup> LIMA, 2019, pp. 1688-1689.

<sup>40</sup> NUCCI, 2020, p. 939.

enxerga esse instituto apenas como uma previsão legal de situações em que a eficácia de uma decisão depende de sua revisão por outro órgão jurisdicional, em razão dos suposta importância do interesse ali presente, não sendo recurso propriamente dito. O Supremo Tribunal Federal, no HC n. 75.417/DF, já se manifestou no sentido da recepção do recurso de ofício pela Constituição de 1988.

Sobre o recurso de ofício, válidas são as considerações de Paulo Rangel:

O recurso de ofício era de origem lusitana e ingressou no Brasil através das Ordenações que vigoraram em nosso território. No século XIV, diante do sistema inquisitório que predominava na Europa, visando obstar o poder e a onipotência desenfreada dos juízes, Portugal criou a apelação ex officio, que deveria ser conhecida pelo monarca, através dos ouvidores da Corte (cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 323-324). Tal recurso, em sua origem, visava conter os abusos por parte do juiz arbitrário, inquisidor que utilizava o processo como instrumento de perseguição e de vingança. Nesse sentido já não encontrava mais vigência e validade com a adoção do sistema acusatório pela Constituição hodierna (art. 129, I) e, em especial, pela organização e estrutura da magistratura que através de concurso público de provas e títulos, isto é, não mais é a magistratura do século XIV, na Europa. Com o Estado Democrático de Direito não se compreende que o processo penal, instrumento do próprio Estado para se realizar e efetivar os direitos e garantias individuais, não atenda aos objetivos de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de promover o bem de todos, erradicando a pobreza e a marginalização, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CRFB).<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> RANGEL, 2020, p. 605.

## CAPÍTULO II — ANÁLISE DA ADPF N. 572/DF

No dia 18/6/2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 572, iniciado em 17/6/2020, decidindo converter a apreciação da medida cautelar em exame definitivo de mérito. Por dez votos a um, os Ministros julgaram improcedente o pedido formulado na ADPF, declarando a constitucionalidade da Portaria GP n. 69/2019 e, por extensão, também do art. 43 do RISTF. O acórdão foi publicado em 13/11/2020 e a decisão transitou em julgado em 21/11/2020.

No presente capítulo, após breve análise da petição inicial da parte autora e dos pareceres exarados pela Procuradoria-Geral da República, serão expostos sucintamente os fundamentos jurídicos utilizados por cada um dos magistrados em seus votos, que os levaram à conclusão adotada no julgamento.

A ação de controle abstrato ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade atacava diretamente a constitucionalidade do inquérito judicial originário no âmbito do STF. Na inicial<sup>42</sup>, depois de abordar aspectos como síntese fática, legitimidade ativa e cabimento da arguição, o partido elencou os argumentos a seguir apresentados para embasar sua pretensão.

Primeiro, alegou que a Portaria n. 69/2019 não encontra respaldo no art. 43 do RISTF<sup>43</sup>, regulamentado pela Resolução n. 564/2015, uma vez que estes dois atos normativos versam sobre o exercício do poder de polícia na sede ou nas dependências físicas do Tribunal, a fim de assegurar a manutenção da ordem e o bom andamento dos trabalhos judiciários. Nesse sentido, afirmou que a portaria de instauração do inquérito não descreve com precisão os locais onde teriam sido praticados os supostos delitos. Comparou com a situação do inquérito conduzido pelas polícias legislativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em que o próprio STF já assentou que a atuação delas se limita ao ambiente físico das Casas Legislativas.

Segundo, asseverou que há extrapolação das competências constitucionais do STF, listadas exaustivamente no art. 102 da Constituição de 1988 e não passíveis de ampliação por norma infraconstitucional, pois o inquérito não faz qualquer indicação a autoridades detentoras de prerrogativa de foro perante aquela Corte. Não estaria satisfeito, portanto, outro requisito exigido no próprio dispositivo regimental: que o investigado seja pessoa sujeita à jurisdição da

---

<sup>42</sup> Petição inicial na ADPF 572. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rede-adpf-inquerito-ameacas-ministros.pdf>. Acesso em: 7/3/2021.

<sup>43</sup> RISTF, art. 43. 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.

Suprema Corte. O desrespeito a esses limites permitiria que o STF investigasse, de forma abusiva e arbitrária, qualquer cidadão em qualquer lugar do território nacional.

Terceiro, sustentou que há ofensa ao princípio da separação de poderes e violação ao sistema acusatório, com usurpação das funções institucionais do Ministério Público, a quem compete promover, privativamente, a ação penal pública. Esclareceu que a Lei Orgânica da Magistratura permite que o juiz presida um inquérito tão somente na hipótese de outro juiz estar sendo investigado pela prática de crime. Afirmou, ainda, que a Constituição não confere poderes investigatórios ao STF e que este, enquanto órgão incumbido da função de julgar, a fim de preservar sua imparcialidade, não poderia editar normas de processo e decisão, matérias atinentes ao Poder Legislativo.

Quarto, defendeu que o Supremo Tribunal Federal não pode ser sujeito passivo de crimes contra a honra, de acordo com a doutrina penalista, uma vez que se trata de ente despersonalizado. No tocante a eventuais vítimas físicas, apontou que há necessidade de representação, sem a qual as investigações não podem ter início.

Quinto, argumentou que inexistente justa causa para a instauração do inquérito, cujo objeto é vago e impreciso, sem a indicação de fatos definidos e específicos, o que implica violação ao princípio da legalidade estrita em matéria penal.

Sexto, ressaltou a violação ao princípio do juiz natural na distribuição direcionada do inquérito a um relator específico escolhido pela presidência do STF, o que teria dado origem a um “tribunal de exceção”. Afirmou também que o caráter sigiloso das investigações impede o exercício do direito de defesa de potenciais investigados.

Antes do término de seu mandato como Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge ofereceu parecer<sup>44</sup>, no qual opinou pela total procedência da ação em virtude da ilegalidade e da inconstitucionalidade do inquérito, reforçando os argumentos da inicial.

Posteriormente, após solicitar a conversão do feito em diligência para a complementação de informações, o novo Procurador-Geral da República, Augusto Aras,

---

<sup>44</sup> Primeiro parecer da PGR na ADPF 572. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340066163&ext=.pdf>. Acesso em: 8/3/2021.

manifestou-se pela procedência parcial do pedido, a fim de se conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 43 do RISTF.<sup>45</sup>

De acordo com o PGR, o ordenamento jurídico, embora tenha conferido titularidade exclusiva da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I, CRFB/88), não o fez em relação ao poder investigatório, que também pode ser exercido por outros órgãos e autoridades. Assim, na visão dele, a atribuição regimental conferida ao STF para desempenhar atividades de investigação criminal, uma vez recepcionada com força de lei ordinária, é legítima e se insere em um contexto de divisão funcional dos poderes, garantindo que o Poder Judiciário possa dispor de mecanismos para assegurar a própria independência em sua atuação e funcionamento. Ressalta, inclusive, que previsões semelhantes podem ser encontradas nos regimentos internos de outros tribunais brasileiros, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

Contudo, enfatiza que essa investigação judicial preliminar não pode ser conduzida de maneira contrária ao modelo processual penal acusatório instituído pela Constituição, considerado este não em sua forma pura, mas sim como um princípio que pode receber temperamentos por parte do legislador, dentro de um campo de conformação constitucional, sem que seu núcleo essencial seja prejudicado. Sendo assim, não poderia a investigação ser conduzida à revelia do Ministério Público, devendo-se franquear ao órgão ministerial a supervisão constante do inquérito, além de se observar o dever de serem respeitados os direitos fundamentais dos investigados e de seus defensores e de ter por objeto fatos certos e determinados.

Agora, passa-se à análise dos fundamentos utilizados no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 572, que concluiu pela constitucionalidade do inquérito judicial originário, desde que observadas certas balizas, a seguir expostas.

## **2.1. Voto do Ministro Relator Edson Fachin**

Ao enfrentar o mérito da ADPF, após realizar um juízo positivo de cabimento dessa espécie de ação constitucional, o Ministro Relator buscou, a partir de um exercício hermenêutico, definir o sentido que, extraído do ato normativo de instauração do inquérito,

---

<sup>45</sup> Segundo e terceiro pareceres da PGR na ADPF 572. Disponíveis em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341580731&ext=.pdf> e <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342446051&ext=.pdf>. Acesso em: 8/3/2021.

fosse compatível com a Constituição da República, afastando outras interpretações que levariam a significados inconstitucionais (técnica da interpretação conforme à Constituição). Nesse percurso, confirmou e reforçou os argumentos da inicial segundo os quais, em um Estado Democrático de Direito, as funções de investigar, acusar, defender e julgar devem ser distintas e separadas, respeitando-se o devido processo penal, com observância da dignidade humana, da prevalência dos direitos humanos, dos direitos e garantias fundamentais dos investigados e do preceito que obriga a submissão à lei.

Ressaltou, contudo, que a Constituição também abriga a separação de poderes, que é inclusive cláusula pétrea, e que devem existir mecanismos que garantam a independência de um poder em relação aos outros. Apontou que as funções de julgar e investigar não devem ser acumuladas, mas que, na excepcional hipótese de isso vir a ocorrer, enquanto função anômala, atípica e infrequente, faz-se necessário realizar um filtro constitucional, a partir de um alto grau de justificação e do exame das condições de possibilidade desse exercício, dentre elas a imparcialidade.

Fez referência à Súmula Vinculante n. 14, que garante o pleno exercício do direito de defesa pelos investigados, e à sua aplicação ao inquérito, visto que, em um ambiente democrático e republicano, a regra é a transparência, e o sigilo deve ser evitado.

Em seguida, o relator teceu comentários acerca do regime jurídico da liberdade de expressão. Segundo ele, esse direito é essencial para o bom funcionamento da democracia e dele depende a sustentação do princípio republicano. Todavia, ressaltou que há limites, ainda que não perfeitamente delineados, ao exercício do direito à liberdade de expressão, como é o caso dos discursos de ódio, conforme se extrai do texto constitucional, das convenções universais e regionais de direitos humanos e da jurisprudência do próprio STF. Enfatiza que deve-se coibir toda forma de censura prévia, e que eventuais abusos devem ser objeto de responsabilização civil e penal posterior. Ademais, deixou claro que a restrição ao direito de crítica dirigido contra agentes públicos deve ser fundada em balizas ainda mais rigorosas, visto que essas pessoas estão naturalmente submetidas a um maior escrutínio popular.

Quanto à alegada violação do sistema acusatório, o relator apontou que, não obstante haja conferido ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública, a Constituição não atribuiu nem a esse órgão, nem à polícia judiciária, a titularidade exclusiva da atividade de investigação preliminar. Enfatizou que o próprio texto constitucional autoriza que outras autoridades administrativas do Estado possam realizar diligências investigativas,



desde que exista previsão legal. Por outro lado, asseverou que qualquer investigação deve ser acompanhada pelo *Parquet*, que é o titular da acusação. Nesse sentido, esclareceu que a Procuradoria-Geral da República já teria acesso aos autos do inquérito, neles podendo se manifestar.

Na sequência, ponderou que direitos e garantias fundamentais jamais podem ser utilizados para suprimir os direitos e garantias fundamentais de outras pessoas ou grupos, e que o exercício da liberdade de expressão, em um Estado Democrático de Direito, não pode ser usado contra a própria democracia e suas instituições, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, sob pena de se incorrer em abuso que não pode ser tolerado. Asseverou que, diante da inércia dos órgãos de controle para apurar os ataques à independência do Poder Judiciário, faz-se necessário o uso da competência institucional da Corte para garantir a supremacia da Constituição e manter a estabilidade e o equilíbrio entre os poderes instituídos.

Afirma que a norma regimental, recepcionada pela Constituição com *status* de lei ordinária, confere ao STF um instrumento para a defesa de suas prerrogativas institucionais, em especial a independência funcional dos juízes que o compõem. Destacou a gravidade de discursos que se propõem a incitar a desobediência a decisões judiciais e macular a autoridade e a honorabilidade da instituição responsável por ser a Guardiã da Constituição. Nas palavras do relator:

A instauração do inquérito justifica-se, portanto, nas duas situações regimentais: destinando-se a preservar a etapa de coleta de provas dos demais assuntos que são da exclusiva competência do Tribunal, evitando, portanto, que matérias próprias do STF sejam submetidas a jurisdições incompetentes; e impedimento que as ordens do Tribunal e que a sua autoridade e honorabilidade, porque fundamento da ordem constitucional, sejam desobedecidas ou ignoradas.

Nessa fase preambular, não é mesmo possível, por ora, identificar todos os sujeitos ativos dos delitos e tampouco o órgão ministerial competente. Reunidos os elementos, como peça informativa que é o resultado de tal procedimento, preservado o acesso devido a todos os interessados, deverá encaminhar-se a notícia ao órgão competente.

<sup>46</sup>

Argumentou ainda que a competência originária do Supremo Tribunal Federal listada no art. 102, inciso I, da CRFB/1988 não tem um sentido de exclusividade e que o dispositivo não deve ser interpretado literalmente.

---

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Trecho do voto do Min. Relator Luiz Edson Fachin na ADPF 572, p. 44.

Ademais, reconheceu o caráter difuso dos crimes cometidos pela internet, o que permitiria uma interpretação extensiva do conceito de “sede do Tribunal”, porquanto o Supremo exerce jurisdição sobre todo o território nacional.

Enfatizou a necessidade de observância ao princípio do juiz natural e que, em casos de competência originária, é inevitável que as funções jurisdicionais se aproximem de funções investigativas, já que o Tribunal deve supervisionar a fase inquisitória. Durante esse período, deve-se aplicar a teoria do juízo aparente, segundo a qual os atos processuais praticados por um juiz aparentemente competente naquele momento continuam valendo até serem ratificados pelo juízo que, mais tarde, se revelar o competente. Nesse ponto, asseverou que o Ministro Presidente tem competência regimental para instaurar o inquérito ele próprio ou então delegar a outro Ministro, sendo válida a delegação para prática de atos de instrução, sem que haja ofensa à garantia do juiz natural. No caso da Portaria n. 69/2019, houve delegação mediante designação, agindo o delegatário designado em nome do delegante, não havendo necessidade de distribuição por sorteio, conforme esclareceu o relator.

Citou, ainda, julgados do STF que reconhecem a inexistência de nulidades no curso de procedimentos investigatórios, posto que o regime daquelas se aplica apenas à fase do processo penal. Sendo assim, votou por preservar a validade de todos os atos já praticados no inquérito.

Para arrematar, assim se manifestou o relator:

Não há direito no abuso de direito. O antídoto à intolerância é a legalidade democrática. É preciso precaver-se para que a dose do remédio não o torne um veneno. O dissenso é inerente à democracia. O dissenso intolerável é justamente aquele que visa a impor com violência o consenso.<sup>47</sup>

Ao final, julgou integralmente improcedente o pedido formulado na ADPF para declarar a constitucionalidade da Portaria GP n. 69/2019 e do art. 43 do RISTF. Para tanto, fixou as seguintes balizas a serem observadas no procedimento inquisitorial: (i) acompanhamento pelo Ministério Público; (ii) observância da Súmula Vinculante n. 14; (iii) objeto limitado a manifestações que apresentem risco à independência do Poder Judiciário; (iv) proteção da liberdade de expressão e de imprensa, mediante a salvaguarda de matérias jornalísticas e outras postagens em redes sociais e na internet, desde que estas não estejam inseridas em esquemas de financiamento e divulgação em massa.

---

<sup>47</sup> Trecho do voto do Relator Min. Edson Fachin na ADPF 572, p. 52.

## 2.2. Demais votos que formaram a maioria

O Ministro Alexandre de Moraes<sup>48</sup> destacou a ausência de monopólio da competência investigativa nas mãos da Polícia Judiciária e a ausência de monopólio de instauração de inquérito pelo Ministério Público. Segundo ele, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou diversas formas de investigação pré-processual, como aquelas realizadas pela Receita Federal, pelo Banco Central, pelas Casas Legislativas e pelos próprios Tribunais. Mencionou que a legislação brasileira autoriza a figura do juiz instrutor, que possui diversos poderes na busca da verdade material, inclusive na fase de investigação, e que o sistema acusatório abarca tão somente a titularidade da ação penal. Desse modo, os resultados da investigação realizada pelo Poder Judiciário seriam repassados ao órgão ministerial para que este decida se ingressará ou não perante o juízo competente, a fim de fazer valer a pretensão punitiva estatal.

O Ministro mencionou um caso semelhante (ADI 4.693), em que a Suprema Corte definiu que a investigação de magistrado pela prática de crime, a ser presidida e conduzida pelo Tribunal ao qual pertence, prevista na Lei Orgânica da Magistratura Nacional e no Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, é compatível com a Constituição. Naquele julgamento, por outro lado, foi decidido que a promoção direta do arquivamento do inquérito, pelo Poder Judiciário, é inconstitucional, porquanto tal função cabe ao Ministério Público, que é titular da ação penal.

Defendeu que o dever institucional de o Presidente do Supremo Tribunal Federal de zelar pelas prerrogativas da Corte e pela independência do Poder Judiciário decorre diretamente do texto constitucional, com base na teoria dos poderes implícitos. Afirmou que não há democracia sem um Poder Judiciário forte e independente e sem juízes seguros e altivos.

Ressaltou que a Carta da República consagra o binômio liberdade com responsabilidade, e que há liberdade de expressão e não liberdade de agressão.

O Ministro Luís Roberto Barroso<sup>49</sup>, em seu voto, ao examinar a vigência do art. 43 do RISTF em face da alegação de que o dispositivo teria sido revogado pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019, art. 3º-A), fez duas ponderações: primeiro, que a nova regra encontra-se suspensa por decisão liminar do Min. Luiz Fux; segundo, que a norma regimental, por ser mais específica, prevaleceria sobre a norma geral, que é a lei anticrime.

---

<sup>48</sup> Voto do Min. Alexandre de Moraes proferido na ADPF 572, pp. 77-99, 112-161.

<sup>49</sup> Voto proferido pelo Min. Luís Roberto Barroso na ADPF 572, pp. 162-176.

Barroso destacou a necessidade de utilização de instrumentos de autodefesa pelas instituições democráticas, dentro dos limites da Constituição, para que não ocorra o que aconteceu em países como a Hungria, em que a atuação da Corte Constitucional foi severamente restringida em um ato autoritário realizado pelos demais poderes estatais, sob o manto de uma aparente legitimidade democrática dos líderes escolhidos pelo voto popular.

A Ministra Rosa Weber<sup>50</sup> ressaltou a excepcionalidade do inquérito no âmbito do STF, condicionada à manutenção do núcleo essencial do sistema acusatório, destinado a investigar tão somente infrações penais, sejam os investigados detentores de prerrogativa de foro perante a Corte ou não. Enfatizou, ainda, que o inquérito não é voltado a apurar infrações em qualquer lugar do território nacional, em que a vítima seja individualmente um Ministro do Supremo, mas apenas os atos que tenham o potencial de atingir a independência, a autonomia e até a existência do Poder Judiciário, ou seja, que possam levar a uma “grave crise institucional”. Apontou que a história do Supremo Tribunal Federal está diretamente ligada à história da própria construção da democracia e do sistema republicano brasileiro.

Repisou que as medidas investigativas do inquérito sempre vão encontrar limite nos direitos individuais, em cuja incursão depende o respeito à cláusula constitucional de reserva de jurisdição. Desse modo, quando se estiver diante dessas situações, os autos deverão ser remetidos à autoridade judiciária competente para a análise da legalidade da medida a ser adotada. Por outro lado, em caso de investigado detentor de prerrogativa de foro, o Supremo passaria a exercer seus poderes jurisdicionais plenos.

Por fim, sublinhou os riscos que a propagação de notícias falsas, ou desinformação, causa ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, com ataques destrutivos e ameaças às instituições e à Constituição da República.

O Ministro Luiz Fux<sup>51</sup>, com base nas lições de Piero Calamandrei e a partir de uma interpretação conjugada do Código de Processo Penal (art. 40) e do Código de Processo Civil (art. 139, inciso III) — aplicável subsidiariamente ao processo penal, pela regra do art. 3º do CPP —, defendeu que na atualidade o poder jurisdicional engloba o poder de defender a própria jurisdição, inclusive de ofício, ainda mais diante de “fatos gravíssimos” como aqueles que atacam o Supremo Tribunal.

---

<sup>50</sup> Voto proferido pela Min. Rosa Weber na ADPF 572, pp. 183-212.

<sup>51</sup> Voto do Min. Luiz Fux na ADPF 572, pp. 216-219.

A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, realçou a diferença entre liberdade de expressão e criminalidade, e discorreu sobre a necessidade de defesa do sistema democrático. Nas palavras da Ministra:

Nesse sentido portanto, quando, como autodefesa democrática, pela utilização de instrumentos legítimos, dos princípios e das regras que são adotadas, um dos quais é o da separação e harmonia entre os Poderes, se formula a proposta ou, neste caso, a imposição de uma ferramenta, de um instrumento que garante com que um dos Poderes, neste caso, foi o Poder Judiciário, não possa ser, de alguma forma, comprometido pela ação de uns poucos, por ações, portanto, antijurídicas, inconstitucionais e antidemocráticas. O próprio sistema cuida de estabelecer esses instrumentos. E essa investigação, ou este inquérito, é exatamente um desses instrumentos que garante a independência do juiz, o princípio da separação de Poderes e, principalmente, a eficácia da atuação de cada qual dos Poderes.<sup>52</sup>

O Ministro Ricardo Lewandowski<sup>53</sup> argumentou que o legislador constituinte fixou uma rigorosa, porém não absoluta, repartição de competências entre os órgãos que integram o sistema de justiça criminal, de modo que ainda persistem no Brasil, bem como em outros países democráticos, instrumentos e mecanismos que não se amoldam a essa rigorosa divisão de atribuições, mitigando o sistema processual penal acusatório. Assinalou que doutrinadores como James Madison, bem como a doutrina constitucionalista atual, admitem que haja uma “mistura parcial de poderes”. No caso do inquérito penal originário, explicou que o relator possui poderes diretivos semelhantes aos de um juízo de instrução, que ultrapassam a mera supervisão judicial típica, podendo ele até mesmo sustar as investigações, sem que haja qualquer inconstitucionalidade.

Também destacou o reconhecimento da aplicação da doutrina dos poderes implícitos para autorizar os poderes investigatórios do STF, raciocínio que já fora utilizado pela Corte em casos envolvendo o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público. Por fim, apontou, assim como outros Ministros, para um caso em que a Segunda Turma do STF determinou, de ofício, a instauração de inquérito para apurar abuso no uso de algemas em um presídio brasileiro.

O Ministro Gilmar Mendes<sup>54</sup> assegurou que o objeto do inquérito encontra-se devidamente delimitado em despacho proferido pelo Relator Alexandre de Moraes, em que há uma descrição clara dos fatos e dos meios utilizados para a prática dos crimes investigados. Nesse ponto, passou a discorrer sobre os problemas enfrentados por diversos países do mundo, incluindo o Brasil, em razão do fenômeno contemporâneo da divulgação massiva e sistemática

---

<sup>52</sup> Trecho do voto da Min. Cármen Lúcia na ADPF 572, p. 225.

<sup>53</sup> Voto do Min. Ricardo Lewandowski na ADPF 572, pp. 227-256.

<sup>54</sup> Voto do Min. Gilmar Mendes na ADPF 572, pp. 257-292.

de notícias falsas (*fake news*). Defendeu que condutas ilícitas e tipificadas penalmente não estão abrangidas pelo direito à liberdade de expressão, e que esse direito não pode ser usado para causar desinformação, atacar sistematicamente o STF ou minar as regras do jogo democrático. Asseverou que uma das finalidades do inquérito é descobrir a autoria dos delitos praticados, de modo que a não identificação inicial das pessoas investigadas não gera qualquer vício ao procedimento.

Assentou que a Constituição Federal conferiu aos Tribunais a competência para elaborar seus regimentos internos com normas sobre o funcionamento de seus órgãos jurisdicionais e administrativos (art. 96, I, *a*), ponto com o qual é compatível o dispositivo do RISTF. Explicou que, no direito comparado, em países como Inglaterra e Estados Unidos, a defesa dos tribunais é feita mediante instrumentos de *contempt of court*, que permitem aos órgãos judiciais aplicarem punições a todos aqueles que ameaçarem o exercício de suas funções. Sob a ótica romano-germânica, citando autores como Paulo Gustavo Gonet Branco e Paulo Bonavides, o Ministro invoca a teoria das garantias institucionais, segundo a qual determinadas instituições públicas, em virtude da relevância do papel por elas desempenhado na ordem jurídica, devem ter seu núcleo essencial e suas características elementares preservadas. Nesse sentido, afirma que o art. 43 do RISTF cumpre a função de ser uma garantia institucional ao conferir um mínimo de estabilidade e proteção à Suprema Corte.

Outro ponto de destaque do voto do Ministro é a afirmação de que os inquéritos judiciais devem seguir a regra da subsidiariedade, isto é, somente devem ser realizados quando os órgãos típicos de investigação não estiverem apurando satisfatoriamente os crimes cometidos, por reiterada omissão, inércia ou desídia. Isso por duas razões, segundo ele: primeiro, porque é uma função atípica do Tribunal; segundo, porque o tempo e os recursos da Corte devem ser direcionados, prioritariamente, para o desempenho de suas funções constitucionais típicas. O Ministro explicou que esse era o caso, pois antes da abertura do Inquérito 4.781 a Polícia Federal e o Ministério Público Federal não haviam tomado as devidas providências para punir os crimes praticados.

O Ministro Celso de Mello<sup>55</sup>, dentre outros pontos de seu voto, sublinhou a obrigatoriedade de se cumprirem as ordens e as decisões judiciais, especialmente aquelas emanadas da Suprema Corte, sob pena de se ofender a própria supremacia da Constituição, em sua intangibilidade e integridade. Destacou que a forma constitucional e legalmente legítima

---

<sup>55</sup> Voto do Min. Celso de Mello na ADPF 572, pp. 303-343.

de se opor às decisões emanadas do Poder Judiciário é o uso do sistema recursal desenhado no ordenamento jurídico, com todos os seus meios e instrumentos processuais adequados.

Argumentou também que no Brasil adota-se o sistema acusatório misto ou mitigado, segundo o qual o juiz não é um mero e inerte espectador do processo, mas sim detentor de relevantes funções e poderes de fiscalização e instrução.

O Ministro Dias Toffoli<sup>56</sup>, último a votar, se manifestou no sentido de que a propagação de notícias fraudulentas pelas mídias sociais, com ataques a instituições públicas que defendem os direitos fundamentais, faz parte de um lento processo, às vezes imperceptível, de corrosão do regime democrático, operado por grupos criminosos com interesses escusos. Reforçou que o inquérito não viola o sistema acusatório nem a separação de poderes, uma vez que o Supremo não vai presidir, denunciar e julgar eventual ação penal originada do procedimento administrativo preparatório que tramita na Corte, sendo este voltado unicamente para a colheita de acervo probatório e para a adoção de medidas acautelatórias necessárias ao alcance da verdade real sobre os fatos investigados. Segundo ele, inclusive, os autos relativos a diversos casos concretos já foram desmembrados e remetidos às instâncias judiciárias e ministeriais competentes para apreciá-los.

Defendeu que, sendo o inquérito um procedimento de natureza administrativa, não se submete a normas de distribuição afetas ao processo jurisdicional, não havendo, por exemplo, que se falar em “delegado natural” no inquérito policial. Desse modo, afirmou que não há qualquer violação ao princípio do juiz natural ou da impessoalidade na designação de Ministro específico para a condução do inquérito, sem sorteio.

### **2.3. Voto divergente do Ministro Marco Aurélio**

Vencido no julgamento, o Ministro Marco Aurélio<sup>57</sup> votou pela total procedência do pedido formulado na arguição, para se declarar a inconstitucionalidade da Portaria n. 69/2019 e a não recepção do art. 43 do RISTF pela ordem constitucional vigente. O Ministro criticou a instauração do inquérito por ato individual da Presidência — sem que passasse pelo crivo do colegiado — e a forma de distribuição para relatoria, que não se deu mediante sorteio, o que levaria à formação de um juízo de exceção.

---

<sup>56</sup> Voto do Min. Dias Toffoli na ADPF 572, pp. 344-378.

<sup>57</sup> Voto do Min. Marco Aurélio na ADPF 572, pp. 295-302.

Concordou com a ex-Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, no ponto em que vislumbra ofensa ao sistema processual penal acusatório insculpido na Constituição da República, destacando os perigos da concentração do poder. Ressaltou que não pode a própria vítima instaurar inquérito, e que as ofensas a Ministros do Supremo devem ser apuradas da mesma forma que as ofensas praticadas em detrimento dos cidadãos em geral. Para o Ministro, o inquérito é natimorto, pois o vício inicial contamina toda a sua tramitação. Asseverou que “em Direito o meio justifica o fim, jamais o fim ao meio utilizado”.



## CAPÍTULO III — INQUÉRITO JUDICIAL E SISTEMA ACUSATÓRIO

### 3.1. Conceito, natureza jurídica e características do inquérito

Segundo Brasileiro de Lima<sup>58</sup>, o inquérito é um procedimento administrativo de caráter instrumental, em que é realizado um conjunto de diligências pela polícia investigativa destinado à identificação de fontes de prova e à colheita de elementos de informação a respeito da materialidade e autoria de infrações penais, a fim de permitir a formação da *opinio delicti* pelo órgão de acusação.

Possui função preservadora, evitando a instauração de um processo penal temerário e infundado, que cause exposição indevida de inocentes e gere custos desnecessários ao Estado, e preparatória, pois evita o desaparecimento de provas e permite que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de subsidiar decisões judiciais que decretem medidas cautelares ou reconheçam a absolvição sumária.

Sustenta o autor que o inquérito não é considerado processo, porquanto ao seu final não há a imposição de sanção, não apresenta estrutura dialética, de modo que não se pode falar em “partes” *stricto sensu*, e não há necessidade de observância do contraditório (embora existam divergências doutrinárias a este respeito).

Como características do inquérito, o referido autor menciona que é um procedimento: (i) escrito, com redução a termo de todos os atos nele praticados; (ii) dispensável, pois os elementos de informação podem ser obtidos de outras formas; (iii) sigiloso, sendo uma exceção ao princípio da publicidade, que é a regra, a fim de garantir a efetividade das investigações, pois o fator surpresa muitas vezes se revela essencial para a realização de diligências e obtenção dos elementos de prova (fala-se, aqui, em sigilo interno, que restringe o acesso do investigado e de seu advogado às diligências que ainda estão em andamento, nos termos da Súmula Vinculante n. 14 do STF); (iv) inquisitorial, uma vez que dispensa ou mitiga a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa; (v) discricionário, porquanto o procedimento é guiado de modo flexível, conforme as peculiaridades do caso concreto; (vi) oficial, pois fica a cargo de órgão oficial do Estado; (vii) oficioso, no sentido de que a autoridade competente que toma conhecimento da prática de infração penal de ação pública incondicionada é obrigada a instaurar o inquérito de ofício; (viii) indisponível, no sentido de que seu arquivamento só pode

---

<sup>58</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. Salvador: Juspodivm, 2020, pp. 175-176. A explicação do autor recai sobre o inquérito policial especificamente, mas pode ser estendida às demais modalidades de investigação preliminar existentes no ordenamento jurídico.

ser determinado pela autoridade competente; (ix) temporário, já que é sujeito a prazos previstos na legislação, não podendo perdurar indefinidamente no tempo.

Ainda nesse contexto, o autor ressalta a importante distinção entre polícia judiciária e polícia investigativa, que, segundo ele, é feita pela Constituição Federal, em seu artigo 144. As atribuições de polícia judiciária seriam aquelas atinentes ao cumprimento de ordens e decisões emanadas dos juízes, como mandados de prisão, de busca e apreensão etc., funcionando o órgão policial como verdadeiro auxiliar do Poder Judiciário. Por outro lado, as atribuições de polícia investigativa estão atreladas à realização de diligências voltadas a apurar a prática de infrações penais, não sendo esta função exclusiva da autoridade policial.

### **3.2. Intervenção do juiz no inquérito**

A intervenção da autoridade judiciária no curso das investigações ganha especial relevo quando se analisa o procedimento especial relativo a ações penais originárias dos Tribunais, nas hipóteses em que o investigado é pessoa detentora de foro por prerrogativa de função.

Inicialmente, em se tratando de infração penal praticada por juízes ou membros do Ministério Público, as respectivas leis orgânicas das carreiras preveem que tais autoridades devem ser investigadas pelo Tribunal que integram, no caso dos magistrados, ou pelo Chefe do Ministério Público, no caso de seus membros, não podendo a autoridade policial prosseguir nas investigações ou indiciá-las por conta própria.

Quanto às demais autoridades que gozam de prerrogativa de foro, em especial aos parlamentares federais, cumpre assinalar que, a despeito da ausência de previsão legal, a jurisprudência mais atual do Supremo Tribunal Federal, a partir da questão de ordem no inquérito n. 2.411, se firmou no sentido de que cabe ao Ministro-Relator autorizar a instauração de inquérito penal originário, supervisionar o prosseguimento das investigações e também autorizar a prática do ato de indiciamento, sem o que fica impedida a atuação da autoridade policial que, caso ocorra, gerará a ilicitude das provas obtidas.

Outro ponto relevante diz respeito à existência de precedentes do STF, cuja tese adotada encontra-se fundada em dispositivos do Regimento Interno daquela Corte, que entendem pela possibilidade de determinação, de ofício, seja pelo colegiado seja por decisão monocrática, do arquivamento de inquéritos penais originários, sem participação da Procuradoria-Geral da República (ex.: Inq. 4.244). Sobre este tema, válidas são as críticas de Brasileiro de Lima:

Com a devida vênia, considerando-se que recai sobre o Ministério Público a titularidade da ação penal pública (CF, art. 129, I), o qual detém, portanto, o poder-dever de conduzir a investigação preliminar de modo a formar seu adequado convencimento a respeito da autoria e materialidade, atuando o Judiciário apenas quando provocado e limitando-se a coibir ilegalidades manifestas, não se pode admitir o arquivamento de inquéritos de ofício, nem mesmo em se tratando de inquéritos originários referentes a autoridades com foro por prerrogativa de função. Fosse isso possível, colocar-se-ia o Ministério Público na condição de mero espectador da persecução penal. De fato, partindo-se da premissa de que inquéritos poderiam ser arquivados de ofício pelo Judiciário, ter-se-ia que concluir então, a contrario sensu, que o Parquet só deveria intervir se acaso não fosse hipótese de arquivamento de ofício. É dizer, os autos seriam encaminhados ao Ministério Público pelo Judiciário tão somente se este concluísse que o investigado deveria ser denunciado, porquanto incabível o arquivamento de ofício. Ou seja, a intervenção ministerial seria necessária apenas se o Ministro Relator visualizasse que o acusado deveria ser denunciado, algo que nos parece inconcebível à luz da garantia da imparcialidade.<sup>59</sup>

O mesmo autor ressalta, todavia, que o encerramento de investigações de ofício pela autoridade judiciária, em caso de inquérito originário, seria hipótese de trancamento, motivado por ilegalidade flagrante e aplicável apenas em casos excepcionais, e não de arquivamento, no rigor técnico do termo.

### **3.3. Inquérito judicial e juiz inquisidor**

A antiga Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661/1945), em seus arts. 103 a 113, previa a existência de um procedimento investigativo destinado a apurar a ocorrência de crimes falimentares, a ser conduzido e presidido por um juiz de direito, no caso, o próprio juízo falimentar, o qual, após receber a denúncia ou queixa, deveria remeter os autos para o juízo criminal competente. Em seu Título VII, denominado de “inquérito judicial”, era prevista a oportunidade, dentro dos prazos ali estabelecidos, de manifestação do síndico, dos credores, do Ministério Público e do falido (investigado), garantindo-se o contraditório e a ampla defesa no bojo do procedimento. Tal instituto foi extinto a partir da entrada em vigor da nova Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005), que dispõe, em seu art. 187, ser uma opção do órgão ministerial a requisição de instauração de inquérito policial, não havendo mais a possibilidade de instauração do inquérito judicial.

Sobre o tema, Brasileiro de Lima afirma que *o novo regramento vem ao encontro do sistema acusatório, impondo ao juiz um distanciamento das funções investigatórias,*

---

<sup>59</sup> LIMA, 2020, p. 258.

*reservando-lhe o papel de acudir à fase preliminar apenas quando necessário para a tutela das liberdades fundamentais.*<sup>60</sup>

Ademais, ao analisar a antiga sistemática da investigação em crimes falimentares, Paulo Rangel defende que a possibilidade de contestação do falido no bojo do inquérito judicial não desnatura esse instituto, que continua sendo um procedimento preparatório (peça informativa) para subsidiar futura ação penal, não se sujeitando obrigatoriamente à observância do contraditório e do devido processo legal. Tendo ele a mesma natureza jurídica do inquérito policial comum, a presença de eventuais vícios não contamina o processo penal posteriormente instaurado. O autor frisa, todavia, que parte da doutrina, a exemplo de Frederico Marques e Tourinho Filho, adota posicionamento em sentido contrário.<sup>61</sup>

A figura do “juiz inquisidor” existia também na antiga Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 9.034/1995), que, em seu artigo 3º, previa que o juiz poderia, de ofício e ainda na fase investigatória, decretar a quebra de sigilo de dados fiscais, bancários, financeiros e eleitorais dos investigados. O dispositivo foi questionado perante o STF na ADI 1.570, julgada em 12/02/2004, na qual a Corte concluiu que é inconstitucional a realização pessoal de diligências pelo magistrado, por violação ao princípio da imparcialidade e do devido processo penal, pois o juiz teria a sua compreensão e seu raciocínio lógico-jurídico contaminados pela prova produzida por ele mesmo e que seria usada para fundamentar posteriormente sua própria decisão, estando ele psicologicamente envolvido com a causa pelo simples fato de ser humano.

Outra modalidade de inquérito judicial é aquela já mencionada anteriormente, prevista no art. 33, parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35/1979), a qual estabelece a competência do Tribunal de Justiça para prosseguir nas investigações criminais quando houver envolvimento de magistrado na prática de infração penal.

Brasileiro de Lima propõe uma leitura do dispositivo à luz da Constituição de 1988, com respeito ao sistema acusatório. Para o autor, o Tribunal a que pertence o juiz desempenhará a função de supervisão das investigações, sendo o relator um mero administrador ou coordenador do inquérito, acautelando os direitos do investigado, atuando sempre por provocação, jamais de ofício, e desempenhando atribuições próprias de juízes de primeiro grau

---

<sup>60</sup> LIMA, 2020, p. 268.

<sup>61</sup> RANGEL, 2020, pp. 133-134.

na fase pré-processual, sem realizar juízos de valor sobre os fatos. Segundo ele, o Brasil não incorporou a figura do juizado de instrução, existente em outros países.<sup>62</sup>

Essa seria a corrente doutrinária que Daniel Marchionatti<sup>63</sup> denomina de “posição de intervenção mínima”, quando analisa o papel dos Tribunais nas investigações. De outro lado, há a “posição de intervenção máxima”, segundo a qual o Relator no Tribunal assume a mesma função de um delegado de polícia ou de um membro do Ministério Público, atuando como verdadeiro investigador que preside o inquérito (“inquérito judicial” ou “investigação *interna corporis*”). Nesse caso, a Polícia Judiciária atuaria apenas a mando do relator, não podendo atuar de ofício. A justificativa para isso seria garantir a imparcialidade no procedimento e assegurar a independência dos Poderes.

Consoante a exposição do autor, a jurisprudência dos Tribunais oscila no meio-termo entre as posições de intervenção máxima e mínima. Isso porque, no ordenamento jurídico brasileiro, não há norma processual específica e detalhada regulando a matéria. As únicas previsões, de caráter genérico, estão no mencionado dispositivo da Loman e na Lei de Processo nos Tribunais (Lei n. 8.038/1990), em seu art. 1º, § 1º, que permite ao relator determinar a realização de diligências complementares.

Marchionatti tece duas críticas ao modelo ativo dos julgadores na investigação:

O primeiro é que a mistura entre as funções de investigador e de julgador pode comprometer a imparcialidade do juiz. Na investigação, o magistrado deve ser um agente externo às apurações, apto a apreciar a presença da justa causa para medidas invasivas – busca e apreensão, quebra de sigilo etc. Na ação penal, o juiz deve ter compromisso com o bom andamento do processo e com um julgamento justo, jamais com a acusação. Dificil, portanto, assegurar a imparcialidade objetiva e subjetiva do magistrado que conduz as investigações e julga a causa.

O segundo ponto – nem sempre mencionado, mas não menos importante – é que a investigação é uma atividade profissional. Embora regida pelo Direito, é cheia de meandros que não fazem parte da expertise dos magistrados. A instrução criminal em juízo tem foco na confirmação dos fatos narrados na petição inicial, não na apuração em si. Mesmo a instituição Ministério Público, imbuída de poderes de investigação, tem poucos membros especializados na tarefa. Treinados para a investigação são os policiais. A polícia conta com equipes especializadas para as diversas tarefas que a apuração de delitos envolve. O risco de perda da qualidade investigativa é evidente.<sup>64</sup>

Em obra específica, Ricardo Gloeckner e Aury Lopes Jr.<sup>65</sup> descrevem o modelo de investigação preliminar judicial, nos sistemas que a adotam. Segundo eles, trata-se de um

---

<sup>62</sup> LIMA, 2020, pp. 269-270.

<sup>63</sup> MARCHIONATTI, Daniel. *Processo Penal Contra Autoridades*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, pp. 256-258.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 259.

<sup>65</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 132-151.

procedimento judicial pré-processual, conduzido pelo juiz instrutor, que é sua autoridade máxima. Essa figura, que em tese é imparcial, é a principal responsável pelo desenvolvimento das investigações, pelo impulso e pela direção oficial do procedimento (princípio da oficialidade), decidindo acerca das diligências necessárias para a colheita de elementos de convicção que poderão vir a subsidiar eventual ação penal.

Os autores ressaltam que, originalmente, o juiz instrutor se confundia com um juiz inquisidor, que detinha poderes para investigar, acusar e julgar, atuando como verdadeira parte e não como sujeito imparcial. Todavia, atualmente, a titularidade da acusação fica a cargo de órgão estatal diverso do magistrado instrutor (nos sistemas em que existe essa figura), ou então de particulares, respeitadas as peculiaridades de cada sistema jurídico.

O juiz instrutor, afastado do originário papel inquisidor, ao tomar conhecimento da prática de uma infração penal (*notitia criminis*), pode dar início às investigações de ofício, independentemente de solicitação da acusação ou da defesa — que são tidos como meros colaboradores, cuja opinião não vincula o juiz, sendo este o maior protagonista —, a fim de apurar a autoria e a materialidade do fato, colhendo e produzindo provas por conta própria, sempre contando com o suporte técnico da Polícia Judiciária, que neste caso lhe é subordinada. Ele que decide acerca do encerramento do procedimento investigatório, embora não tenha competência para o julgamento final da causa, pelo menos na maioria dos países que adotam o modelo.

Em seguida, os autores passam a analisar a imparcialidade do órgão jurisdicional enquanto princípio supremo do processo. A partir das lições de Goldschmidt, faz-se a distinção entre “parcialidade” e “parcialidade”, sendo a primeira a condição de parte na relação jurídica processual, posição que o juiz jamais deve ocupar, porquanto é um terceiro isento e alheio aos interesses dos sujeitos ativos e passivos do processo. Parcialidade, por sua vez, *significa um estado subjetivo, emocional, e tem como antítese a imparcialidade, que consiste em colocar entre parênteses todas as considerações subjetivas do julgador, que deve submergir no objeto, ser objetivo, olvidando sua própria personalidade. Por isso, consideramos a imparcialidade um estado anímico do julgador.*<sup>66</sup>

A imparcialidade pode ser dividida em subjetiva e objetiva. Será subjetiva a imparcialidade quando o juiz, ao apreciar a matéria que lhe é submetida, encontra-se livre de

---

<sup>66</sup> LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 135.

pré-juízos ou pré-compreensões para formar sua convicção pessoal, isto é, não está psicologicamente comprometido com os resultados da investigação. De outro lado, a imparcialidade objetiva é a situação do juiz que é dotado de garantias institucionais que lhe permitam ser isento, eliminando qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. Em outras palavras, o juiz não só deve ser imparcial, mas também deve parecer imparcial, perante as demais instituições e a sociedade (em ambientes democráticos, os jurisdicionados devem ter confiança nos tribunais).

Sobre a imparcialidade do magistrado, Paulo Queiroz assim se manifesta, dentro de tópico referente ao princípio do juiz natural:

Mas o que é o juiz imparcial? Antes de tudo, é o juiz que decide conforme a lei, e não segundo caprichos pessoais; que não tem prevenção contra as partes e é livre para decidir; é o que não incide em impedimento ou suspeição, e está disposto a ouvir e a refletir sobre as teses suscitadas, por mais absurdas; é o que não pretende ser amado por suas decisões, nem teme ser odiado por elas; é o que tem a coragem de sentenciar contra a maioria, decide segundo a prova dos autos e respeita o devido processo legal; é o que aprende com as críticas, é capaz de rever suas posições e recusar aplicação à lei arbitrária ou inconstitucional; é o juiz, enfim, que tem a pretensão de ser justo e não apenas legalista, que sabe que não está acima do bem e do mal e é passível de erros.<sup>67</sup>

Na sequência, Gloeckner e Lopes Jr. destacam que o modelo de investigação judicial preliminar possui vantagens e desvantagens. A principal vantagem seria a condução das investigações por um órgão que está acima das partes (“suprapartes”), desde que exista a proibição de que o juiz instrutor julgue a causa ao final e que o processo seja dividido em duas fases: a primeira, investigatória, e a segunda, processual. Respeitadas essas balizas, estaria o juiz instrutor afastado da figura do juiz inquisidor. Apontam como vantagens, ainda, a maior efetividade e qualidade (credibilidade) das provas colhidas, posto que o juiz instrutor, uma vez imparcial, buscaria provas tanto a favor da defesa como a favor da acusação; o fato de se evitar o uso da investigação como instrumento de perseguição política pelo Executivo; e a possibilidade de interposição de recurso contra o ato judicial praticado na investigação, como consequência natural do sistema processual (ao contrário da investigação realizada por órgãos não judiciais, que só poderiam ser impugnadas por meios mais restritos e limitados, como o *habeas corpus*).

Todavia, os autores apontam como desvantagem do modelo a sua própria estrutura inquisitiva, que acabaria por comprometer a imparcialidade do juiz que acumula múltiplas

---

<sup>67</sup> QUEIROZ, Paulo. Direito Processual Penal: por um sistema integrado de direito, processo e execução penal. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 130.

funções. Eles enfatizam que a análise do sistema acusatório como mera separação das funções de acusar e julgar é reducionista e simplista. Para eles, na verdade, o sistema acusatório vai além, pois prega a igualdade de oportunidades das partes e um juiz alheio às investigações, mesmo que ele não vá julgar a causa ao término do processo.

Eles arrematam, concluindo que a figura do juiz instrutor não deve ser acolhida no ordenamento jurídico:

O moderno processo penal não pode aceitar a figura do juiz instrutor, simplesmente porque não pode ser uma mesma pessoa a considerar necessário um ato de instrução e ao mesmo tempo valorar sua legalidade. São logicamente incompatíveis as funções de investigar e, ao mesmo tempo, garantir o respeito aos direitos do imputado. São atividades que não podem ficar nas mãos de uma mesma pessoa, sob pena de comprometer a eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a própria credibilidade da administração de Justiça. É preciso salientar, por essa razão, que a investigação judicial – inquisitória por excelência – é unilateral e insatisfatória se desprovida de um órgão de contenção de abusos e excessos. Tal tarefa complementar e limitadora deveria ser exercida por um juiz de garantias. Entretanto, assim as coisas, essa divisão de tarefas esbarraria, por seu turno, no argumento do custo econômico gerado pela necessidade de dois juízes encarregados de uma mesma investigação. E o modelo de investigação policial sobressairia menos oneroso aos cofres públicos.<sup>68</sup>

O modelo da investigação preliminar judicial e a figura do juiz de instrução estariam, portanto, em crise, tendo em vista que suas desvantagens superam eventuais benefícios de sua adoção.

### 3.4. Reflexões sobre o sistema acusatório

Segundo Paulo Rangel, sistema processual penal pode ser definido como um *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*.<sup>69</sup> Existem dois grandes sistemas: o acusatório e o inquisitivo.

O sistema inquisitivo é marcado pela concentração das funções de iniciar a ação penal (ou seja, promover a acusação), fazer a defesa do réu e julgar o conflito nas mãos da mesma pessoa ou órgão. Tem como características a onipotência do juiz no processo, que é tido como o senhor das provas; o sigilo do procedimento, o que dificulta o seu controle; a ausência das garantias do contraditório e da ampla defesa, sendo o acusado um mero objeto do processo e

---

<sup>68</sup> LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 148.

<sup>69</sup> RANGEL, 2020, p. 40.



não um sujeito de direitos; e a adoção do sistema probatório da prova legal ou tarifada, no qual a confissão é a “rainha das provas”.

Sobre as origens históricas do sistema inquisitivo, que retoma o processo perante os tribunais eclesiásticos da inquisição, Paulo Rangel explica:

O sistema inquisitivo surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII. O sistema inquisitivo surgiu após o acusatório privado, com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares.

O Estado-juiz concentrava em suas mãos as funções de acusar e julgar, comprometendo, assim, sua imparcialidade. Porém, à época, foi a solução encontrada para retirar das mãos do particular as funções de acusar, já que este só o fazia quando queria, reinando, assim, certa impunidade, ou tornando a realização da justiça dispendiosa.<sup>70</sup>

Esse seria o modelo adotado originalmente pelo Código de Processo Penal de 1941 no Brasil durante o regime de exceção de Getúlio Vargas e cujo anteprojeto foi elaborado por Francisco Campos, com inspiração no sistema fascista italiano. Nessa sistemática autoritária, desenhada no texto originário de nossa legislação processual penal, Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>71</sup> aponta as seguintes características: (i) o acusado é tratado como potencial culpado; (ii) há uma preocupação exclusiva com a segurança pública, em detrimento da liberdade individual, o que leva à exacerbação dos poderes dos agentes policiais; (iii) busca da verdade real, conferindo-se ao juiz amplos e ilimitados poderes de iniciativa probatória; (iv) o interrogatório do réu é feito inquisitivamente, sem a intervenção das partes, e é tratado como meio de prova e não meio de defesa, de modo que o juiz valora todo o comportamento do réu durante o ato, inclusive o silêncio ou o não comparecimento; (v) existência de hipóteses de automática decretação da prisão preventiva.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, todavia, houve uma significativa quebra de paradigmas, conforme explica Pacelli:

Se a perspectiva teórica do Código de Processo Penal era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, como se o Direito Penal constituísse verdadeira política pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta.

Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda

---

<sup>70</sup> RANGEL, 2020, p. 41.

<sup>71</sup> OLIVEIRA, 2020, pp. 4-5.

não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF).

A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.

O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio.<sup>72</sup>

O processo justo descrito pelo autor seria aquele submetido aos rigores da lei e do direito, com a observância do contraditório, o julgamento da lide pelo juiz natural, a obrigatoriedade da defesa técnica, a necessidade de motivação das decisões judiciais, a proibição de provas obtidas por meios ilícitos e com respeito aos direitos e garantias individuais dos investigados e acusados.

Atualizando o Código de Processo Penal com o novo paradigma instaurado pela Constituição de 1988, foram editadas as Leis n. 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, a Lei n. 12.403 de 2011 e, por fim, a Lei n. 13.964 de 2019, a fim de afastar o ranço inquisitório de nosso país.

Nereu José Giacomolli, em sua obra *O Devido Processo Penal*, destaca algumas marcas inquisitoriais que persistiam ou ainda persistem em nosso ordenamento jurídico. A primeira é a ideologia da busca da verdade material ou real, consubstanciada em diversos poderes atribuídos ao juiz, muitos dos quais já foram abordados neste trabalho. Nesse sentido,

o CPP autoriza o juiz a agir ex officio na requisição de inquérito policial (art. 5o, II, do CPP), na determinação da produção de provas (art. 156 do CPP), na inquirição de testemunhas (art. 209 do CPP), na decretação da prisão preventiva (art. 311 do CPP), na possibilidade de condenar o réu, mesmo diante de um pedido de absolvição do Estado-Acusador (art. 385 do CPP), a dar uma qualificação jurídica diversa da outorgada pela acusação, mesmo que o imputado não tenha se defendido (art. 383 do CPP), bem como a recorrer de ofício, mesmo que a acusação não tenha interposto o recurso cabível (arts. 574 e 746 do CPP).<sup>73</sup>

A segunda é a prevalência do poder punitivo sobre o estado de liberdade do indivíduo. De acordo com o autor, *isso se observa na previsão de realização do interrogatório do acusado mesmo sem a presença de defensor, somente alterado em 2003 (Lei no 10.792/2003), na ausência de obrigatoriedade da defesa prévia, somente modificado em 2008 (Lei no 11.719/2008), na possibilidade de o recurso ser remetido ao órgão ad quem sem razões ou*

---

<sup>72</sup> OLIVEIRA, 2020, p. 6.

<sup>73</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 85.

*contrarrazões, situação ainda persistente no CPP (arts. 589 e 601), na manifestação obrigatória da acusação no segundo grau de jurisdição, sem cientificar-se à defesa para que pudesse exercer o contraditório.*<sup>74</sup>

A terceira é a presunção de culpa do sujeito, no lugar da presunção de inocência. Ele é tratado como se culpado fosse, de modo que a prisão acaba sendo a regra e a liberdade, a exceção. A quarta marca inquisitorial seria o protagonismo do juiz, que ocupa o ápice da pirâmide, com destaque na condução do processo, confundindo-se a figura do Estado-julgador com o Estado-acusador e o Estado-investigador. A quinta seria a transformação do réu em objeto do processo, devendo ele provar sua inocência e colaborar, de forma obediente, com o Estado e a sociedade.

Arremata o autor afirmando que *a absorção dessa ideologia ocorreu no ensino, na doutrina, na jurisprudência, na política criminal, contaminando as condutas dos sujeitos oficiais. Observa-se que um segmento da doutrina e outro da jurisprudência ainda se vinculam à estrutura ideológica da década de 40, sem aderência à CF e aos diplomas internacionais. O ensino jurídico, compartimentado, reproduz o sentido, não o constrói de forma crítica.*<sup>75</sup>

Por sua vez, o sistema acusatório é marcado pelas seguintes características, conforme assinalado por Geraldo Prado<sup>76</sup> em obra específica sobre o tema: necessidade de a acusação ser apresentada por órgão distinto do órgão julgador; publicidade e oralidade do procedimento; paridade de armas entre as partes; exclusão da iniciativa probatória do juiz; e liberdade pessoal do acusado, em regra, até a condenação definitiva.

O mencionado autor faz uma distinção entre sistema acusatório e princípio acusatório. Segundo ele, o sistema acusatório é um conjunto de *normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: acusatório.*<sup>77</sup> Por sua vez, o princípio acusatório deve ser definido em oposição ao princípio inquisitivo, a partir do antagonismo entre as funções que os sujeitos exercem em cada um dos modelos processuais (ponto de vista estático) e da forma como se relacionam no exercício dessas funções (ponto de vista dinâmico).

---

<sup>74</sup> GIACOMOLLI, 2016, p. 86.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 86.

<sup>76</sup> PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 172.

Pacelli tece críticas ao modelo que, segundo ele, é conhecido como “sistema acusatório puro”, pois, no seu entendimento, a reduzida margem de iniciativa probatória conferida ao juiz no curso do processo não indica qual o modelo adotado:

O juiz inerte, como é a regra no denominado sistema de partes do direito norte-americano, normalmente classificado pela doutrina como modelo acusatório puro, encontra fundamentação em premissas e postulados valorativos absolutamente incompatíveis, não só com nossa realidade atual, mas com a essência do processo penal. Em sistemas como este, do juiz inerte, há que se conviver, em maior ou menor grau, com a possibilidade de condenação de alguém pela insuficiência defensiva, reputada, a priori, igual à atividade acusatória. Imperioso que se ouçam as lições de Bernd Schünemann acerca de dois grandes problemas enfrentados pelo chamado sistema adversarial, ou tipicamente de partes: a) o primeiro, relativo à questão da verdade a ser construída no processo, explicitando a necessidade de consideração de ‘todas as fontes de conhecimento existentes’, e não somente aquelas trazidas pelas partes; e, b) por isso, e seria o segundo problema do citado modelo, à necessidade de comunicação do juiz com as partes e com as provas, bem como a rejeição ao juiz inerte.<sup>78</sup>

E o doutrinador prossegue, criticando o “modelo adversarial” adotado nos Estados Unidos:

Por certo que nosso modelo não se equipara ao sistema adversary, ou de partes, tal como é o modelo estadunidense, em que o juiz se afasta completamente de quaisquer funções probatórias, limitando-se ao controle de legalidade na instrução judicial. Já o dissemos aqui e repetimos: tal modelo parece-nos medieval, tomando como premissa legitimadora uma suposta igualdade de partes. Essa igualdade, ainda que abstratamente comprovada, não pode justificar uma decisão condenatória fundada em uma insuficiência da defesa. Igualdade processual, abstrata ou concreta, justifica um processo de partes exclusivamente em matéria não penal, no bojo do qual se discute a titularidade de direitos subjetivos. Em processo penal, jamais.<sup>79</sup>

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>80</sup> alerta para o fato de que, atualmente, não se verificam mais sistemas processuais penais puros, isto é, adotados da mesma forma como foram concebidos originariamente, de modo que todos os sistemas hoje existentes seriam mistos. Para ele, tanto o sistema inquisitório quanto o sistema acusatório foram projetados a partir de escolhas e opções preponderantemente políticas: o primeiro, a partir de uma tentativa da Igreja Católica, em meados do século XIII, de retomar o poder que vinha perdendo para as crenças da burguesia; o segundo, a partir de um movimento de centralização do poder empreendido por Henrique II na Grã-Bretanha.

Na sequência, o autor define os sistemas mistos a partir da ideia de princípio unificador que rege cada um deles:

---

<sup>78</sup> OLIVEIRA, 2020, p. 9.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>80</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009.

Desde uma visão mais adequada, os sistemas são mistos não por força da simples somatória dos elementos que os integram, mas, fundamentalmente, porque em sendo sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou, em sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitivo, como vai suceder com o sistema processual penal norte-americano.<sup>81</sup>

Aury Lopes Jr.<sup>82</sup> defende que a posição que o juiz ocupa no processo penal é determinante para se saber qual o sistema processual adotado. Segundo ele, os sistemas inquisitivo e acusatório são reflexos das respostas que o processo penal tem que dar diante das necessidades e das reivindicações do Estado da época e do direito penal vigente. Por exemplo, o sistema inquisitivo teria servido aos interesses dos imperadores romanos e depois aperfeiçoado e intensificado para atender aos propósitos da Igreja Católica por mais de sete séculos.

O cenário inquisitivo começaria a mudar a partir da Revolução Francesa, com a ascensão dos ideais do iluminismo de limitação do poder soberano estatal. A edição do Código de Instrução Criminal de 1808, durante o regime napoleônico na França, consagrou o que se passou a chamar de “sistema misto”, afastando-se do modelo inquisitivo que existia até então. Surgiu o embrião do que viria a ser o Ministério Público, órgão estatal incumbido da acusação, e o procedimento voltado à persecução penal foi dividido em duas fases: a primeira, marcadamente inquisitiva, destinada à investigação; a segunda, precipuamente acusatória, referente ao processo. Difundido pelo mundo, atualmente é o sistema mais utilizado pelos países, inclusive o Brasil.

O autor tece contundentes críticas à adoção do conceito de um “sistema misto”, que na visão dele é reducionista e insuficiente. Rejeita, também, a existência de um “sistema acusatório formal” que, para ele, não passa de um sistema (neo)inquisitivo disfarçado. Suas críticas repousam sobre dois aspectos principais: primeiro, por serem os sistemas puros meros tipos históricos, a classificação de “sistema misto” poderia se referir a qualquer sistema e não enfrenta a identificação do núcleo fundante; segundo, a separação inicial das funções de acusar e julgar não caracterizaria o núcleo fundante.

Conclui o autor, portanto, que o núcleo fundante que vai definir um sistema acusatório é a atribuição para a gestão da prova nas mãos das partes, afastando-se o juiz das funções

---

<sup>81</sup> COUTINHO, 2009, p. 109.

<sup>82</sup> LOPES JR., Aury. Fundamentos de processo penal: introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pp. 69-75.

instrutórias, somente assim permitindo que seja mantida sua imparcialidade. O modelo brasileiro seria uma falácia, pois o juiz utilizaria secretamente das provas colhidas no inquérito e ocultaria isso com discursos e retórica, tornando o processo (segunda fase) em mera encenação ou repetição da investigação inquisitorial (primeira fase). Nessa senda, a novidade trazida pelo Pacote Anticrime no art. 3º-C, § 3º, do Código de Processo Penal, concretizou importante avanço na adoção do sistema acusatório ao prever a exclusão física dos autos do inquérito no processo penal, dele não tomando conhecimento o juiz que vai proferir a sentença. Não obstante, tal dispositivo encontra-se com eficácia suspensa por decisão liminar do STF até o presente momento.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Identificar o sistema processual penal adotado no ordenamento jurídico brasileiro é tarefa extremamente complexa e difícil — não por acaso, há grande celeuma doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. A uma, é complexa porque a legislação vigente (tida em sentido amplo, de modo a abarcar todas as normas jurídicas gerais e abstratas) é contraditória e obscura nesse aspecto. A duas, porque a própria definição do que seja um sistema acusatório, um sistema inquisitório ou um sistema misto é objeto de controvérsias, pois são construções humanas que variaram ao longo de séculos em diferentes civilizações e países, cada sistema jurídico com suas peculiaridades e especificidades a depender da época e do local.

No Brasil, de um lado, tem-se a Constituição Federal de 1988, que consagrou a privatividade da ação penal pública a cargo do Ministério Público, um órgão dotado de autonomia institucional e cujos membros gozam de independência funcional; a inércia da jurisdição conjugada com o princípio da ação ou demanda; a garantia do devido processo legal; os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa; o princípio do juiz natural, tido este como competente, independente e imparcial; a publicidade dos julgamentos, bem como outros institutos jurídicos que informam o sistema processual penal acusatório, embora não haja previsão expressa de sua adoção.

De outro lado, encontra-se em plena vigência formal o Código de Processo Penal de 1941 que, apesar de múltiplas e sucessivas reformas legislativas ao longo de décadas, ainda prevê expressamente dispositivos que vão frontalmente de encontro ao sistema acusatório, muitos deles apontados e esmiuçados no decorrer deste trabalho — iniciativa do juiz na produção de provas, requisição judicial para instauração de inquérito policial e para a realização de diligências investigativas, destinação dos autos do inquérito ao magistrado, recurso de ofício, possibilidade de o julgador condenar mesmo com pedido de absolvição do MP etc.

Alguns autores defendem que houve o fenômeno da revogação tácita, ou da não recepção, desses dispositivos pela atual Carta Política. Todavia, não há um posicionamento consolidado dos tribunais brasileiros a esse respeito. A Lei n. 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, em seu art. 3º-A, veio em boa hora prever expressamente a adoção do sistema acusatório, mas a eficácia do dispositivo encontra-se suspensa por decisão liminar do STF até o presente momento. Referida lei também alterou as regras de arquivamento do inquérito, excluindo a intervenção do juiz no procedimento, e instituiu a figura do juiz de

garantias, responsável pela salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana no curso de investigações penais. Porém, tais inovações legislativas igualmente encontram-se suspensas. Uma das poucas modificações, talvez a única, que contribuiu para o fortalecimento do sistema acusatório e não teve a eficácia suspensa pelo STF foi a retirada da possibilidade de o juiz decretar medidas cautelares pessoais, especialmente a prisão preventiva, sem requerimento dos legitimados previstos em lei.

Diante desse cenário, com a persistência de diversas marcas do sistema inquisitório, muitos autores afirmam que o sistema processual penal adotado no Brasil é misto. Não obstante, significativas são as críticas dirigidas ao entendimento da adoção de um sistema misto, conforme foi abordado neste trabalho, porque não existem mais sistemas “puros”, todos são mistos, mas mesmo em um sistema chamado “misto” há um núcleo essencial que poderá ser acusatório ou inquisitório.

A principal característica comumente atribuída ao sistema acusatório é a separação das funções de acusar, defender e julgar no decorrer da persecução penal. Frise-se que nem todos os autores incluem a separação da função de investigar nessa caracterização. De qualquer modo, não basta a mera divisão formal de funções, porque isso, sem dúvida, já ocorre no Brasil, tendo em vista a existência de órgãos estatais, instituições e profissionais especialmente incumbidos de desempenhá-las, como o Ministério Público (acusar), a Defensoria Pública e a advocacia privada (defender), as Polícias Civil e Federal (investigar), e o Poder Judiciário (julgar), todos eles componentes essenciais do sistema de justiça criminal. É necessário, no entanto, que haja uma real separação dessas funções, não podendo, por exemplo, o juiz faticamente substituir a acusação ou a investigação, sob pena de comprometimento de sua imparcialidade e conseqüente ilegalidade de todos os atos praticados, por violação ao devido processo legal e ao juiz natural.

No caso concreto examinado neste trabalho — o inquérito judicial originário das “fake news” no STF — a questão que se coloca é: pode o Poder Judiciário instaurar, de ofício, uma investigação criminal, conduzindo todo o procedimento e decidindo acerca da conveniência e oportunidade das diligências investigativas a serem realizadas? Isso sem entrar no mérito da existência de uma delimitação precisa (ou de sua ausência) acerca dos fatos e dos indivíduos a serem investigados.

Esse inquérito se diferencia dos demais inquéritos originários dos tribunais porque ele vai além de mera supervisão judicial: neste caso, o próprio juiz traça a linha investigativa a ser



seguida, inclusive determinando medidas restritivas de direitos fundamentais, naturalmente submetidas à cláusula constitucional de reserva de jurisdição, aos investigados no curso do procedimento. É claro que essas medidas (prisões e buscas e apreensões, por exemplo) podem ser impugnadas por *habeas corpus* ou outros mecanismos processuais perante o colegiado da Corte, caso se constatem abusos ou ilegalidades em sua decretação. Ainda assim, causa estranhamento a possibilidade de o investigador, por ser juiz, ter o poder de decretar medidas cautelares que afetam diretamente os direitos fundamentais dos investigados, porque nessa situação a imparcialidade é colocada em dúvida e, como se esclareceu no decorrer do trabalho, não basta ser imparcial, é preciso parecer imparcial.

Os principais fundamentos utilizados pelo STF para validar o Inquérito 4.781/DF foram a ausência de monopólio no exercício das funções de polícia investigativa, que são desempenhadas por diversos órgãos estatais; a remessa dos autos do inquérito às instâncias judiciais competentes para o processo penal; e a desídia do Ministério Público e da polícia para apurar os delitos praticados em detrimento da Corte.

Vislumbra-se um problema nos dois primeiros argumentos. É certo que a lei permite o exercício da função investigativa por vários órgãos estatais, não sendo exclusiva da polícia. Todavia, quando o investigador é a Suprema Corte do país, órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, tem-se uma situação muito delicada, diferente de quando a investigação é conduzida por órgãos administrativos como a Receita Federal ou o Banco Central. O Supremo Tribunal Federal é órgão jurisdicional, e a jurisdição é inerte. Além de possível influência indevida e até mesmo inconsciente sobre os juízes de instâncias inferiores, que irão apreciar eventuais ações penais movidas com base nos elementos de informação colhidos pelo STF no referido inquérito, há também sempre a possibilidade de tais casos chegarem novamente à Suprema Corte pela via recursal, com o manejo do recurso extraordinário ou dos recursos ordinários constitucionais, ou por ações autônomas de impugnação, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Nessa hipótese, não está claro se os Ministros terão a isenção necessária para julgá-los, até mesmo por serem vítimas dos ilícitos perpetrados. Naturalmente, é de se esperar que os magistrados diretamente envolvidos com a investigação, como o relator do inquérito e aquele que determinou a sua instauração, estejam impedidos de atuar nesses casos.

Por outro lado, o terceiro argumento é bastante forte. Ataques criminosos que extrapolam o regular exercício do direito à liberdade de expressão, abalam as próprias bases do Estado Democrático de Direito e desestabilizam as instituições públicas jamais podem ser

tolerados e tratados com condescendência. Diante da omissão ou falha dos órgãos incumbidos de apurar e reprimir os atos ilícitos praticados, a Suprema Corte deve se valer de mecanismos e instrumentos legais para se defender e cumprir seu papel de guardião da Constituição. Assim, entra em cena o Regimento Interno do STF, que, recepcionado com *status* de lei ordinária, prevê a possibilidade de instauração do inquérito originário. Porém, no desempenho desse mister, a pretexto de proteger a ordem constitucional, não se pode violar os preceitos básicos insculpidos na própria Carta Magna.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm).

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm).

\_\_\_\_\_. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Portaria GP n. 69, de 14 de março de 2019. Gabinete da Presidência, Ministro Dias Toffoli.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 36.422/DF, Relator o Ministro Edson Fachin, Plenário, DJe de 8/7/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 572/DF, Relator o Ministro Edson Fachin, Plenário, DJe de 13/11/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 4.781/DF, Relator o Ministro Alexandre de Moraes.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 188.888/MG, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 15/12/2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 590.039/GO, Relator o Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 29/10/2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 605.305/MG, Relator para o Acórdão o Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 27/10/2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 131.263/GO, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe de 15/4/2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HAMILTON, Sérgio Demoro. A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia. Revista de Direito da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, v. 13, n. 17, 2001. Disponível em: [http://www.metajus.com.br/textos\\_nacionais/texto-naciona5.html](http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-naciona5.html).

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. Salvador: Juspodivm, 2019.

\_\_\_\_\_. Manual de Processo Penal: Volume Único. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

\_\_\_\_. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCHIONATTI, Daniel. Processo Penal Contra Autoridades. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

QUEIROZ, Paulo. Direito Processual Penal: por um sistema integrado de direito, processo e execução penal. Salvador: Juspodivm, 2018.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruência no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988.