



UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE – IEDS
FACULDADE DE DIREITO – FADIR

ITALA SABRINA SILVA DE SOUZA

**ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INQ. Nº 4.781/DF EM FACE
DA CARTA MAGNA E DO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL**

MARABÁ-PARÁ
2023

ITALA SABRINA SILVA DE SOUZA

**ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INQ. Nº 4.781/DF EM FACE
DA CARTA MAGNA E DO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará - UNIFESSPA.

MARABÁ-PARÁ
2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares

S729a Souza, Itala Sabrina Silva de
Análise da (in)constitucionalidade do inq. nº 4.781/df em face da carta magna e do código processual penal / Itala Sabrina Silva de Souza. — 2023.
77 f.

Orientador (a): Marco Alexandre da Costa Rosário.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2023.

1. Processo penal. 2. Notícias falsas. 3. Acusação (Processo penal).
4. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 5. Juízes - Decisões. I. Rosário, Marco Alexandre da Costa, orient. II. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.43

Elaborado por Miriam Alves de Oliveira – CRB-2/583

TERMO DE APROVAÇÃO

ITALA SABRINA SILVA DE SOUZA

ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INQ. Nº 4.781/DF EM FACE DA CARTA MAGNA E DO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará como requisito à obtenção de título a Bacharel em Direito, pela seguinte banca examinadora:

Prof.º Me. **Marco Alexandre da Costa Rosário** (Orientador)
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará,
UNIFESSPA.

Prof.º Me. **Edieter Luiz Cecconello** (Membro)
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará,
UNIFESSPA.

MARABÁ-PARÁ

2023

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pois dele vem a minha garra e persistência todos os dias.

Aos meus amados pais, Fátima e Edilson, que nunca mediram esforços para me garantirem uma boa educação e a formação de um bom caráter, além de apoiarem que eu saísse de casa, sozinha, aos dezessete anos, em busca do meu maior sonho em ingressar e concluir o ensino superior em uma Universidade Pública Federal, ainda que fosse a 579,5 quilômetros de distância de minha cidade natal. Tudo é por vocês!

Ao meu irmão, Sávio e aos meus tios, Lúcia e Wilson, que sempre demonstraram orgulho por toda a minha trajetória e conquistas, ainda que observasse de longe.

Às minhas amigas Wellignta, Shamara e Andressa que, todas vindas de outras cidades, nos acolhem para não nos sentirmos sós durante o árduo trajeto que é a graduação, principalmente nos nossos aniversários, os quais sempre passamos longe dos nossos pais. Sou eternamente grata pelo nosso círculo de amizade.

À Esteycy e Cecília, as quais possuo um enorme carinho. A proximidade e a amizade com vocês foi um presente que o Direito me deu.

Aos meus amigos do ensino médio - Maria, Eduarda, Micael, Laura, Rodrigo e Denilson -, os quais me acompanharam enquanto vestibulanda e sempre fizeram meus recessos da faculdade valerem a pena.

Ao meu namorado Rafael Soares Rocha por ter segurado minha mão até aqui. Saiba que o caminho está mais tranquilo desde quando você chegou em minha vida. Obrigada pelo companheirismo nos estudos, pelos incentivos, os cuidados e pelo amor que vem me dado.

Ao meu ex-chefe e Defensor Público Eloizio Taveira, o qual possuo grande admiração e respeito, uma vez que sempre acreditou no meu potencial e me instigou a aperfeiçoar as minhas peças jurídicas enquanto estagiária. Gratidão pelo tempo e aprendizados que foram compartilhados.

Cada um de vocês faz parte da minha história. Perpetuo aqui o meu muito obrigada.

RESUMO

Nesta produção se pretende analisar a (in) constitucionalidade do inquérito 4.781, também conhecido como “inquérito das *fake news*”, instaurado de ofício pelo órgão da cúpula do Poder Judiciário - Supremo Tribunal Federal - sob a portaria GP n.º 69, de 14 de março de 2019 para colher elementos de informação acerca da propagação de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações contra a honra e a segurança da Suprema Corte, de membros e familiares. A pesquisa utiliza a metodologia de revisão bibliográfica da doutrina jurídica, de artigos científicos sobre o assunto, da legislação pátria, de tratados internacionais de Direitos Humanos e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para analisar a ocorrência de ofensa aos preceitos constitucionais explícitos e implícitos, bem como perante o sistema penal acusatório que vige no ordenamento pátrio. Com todo o arcabouço doutrinário, chegou-se à conclusão de que a existência do inquérito 4.781 vai de encontro com o sistema penal acusatório e aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e direito ao contraditório.

Palavras-chave: inquérito 4.781; direito processual penal; sistema penal acusatório.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the (un)constitutionality of the inquiry 4.781, also known as the “fake news inquiry”, instituted ex officio by the highest body of the Brazil’s Judiciary - Federal Supreme Court - under the ordinance GP n.º 69, of March 14 2019 to collect informations about the spread of fake news, slanderous denunciations, threats and infractions against the honor and safety of the Supreme Court, it’s members and they familys. The research uses the methodology of bibliographic review of legal doctrine, scientific articles on the subject, national legislation, international human rights treaties and the jurisprudence of the Brazil’s Federal Supreme Court to analyze the occurrence of offenses against the explicit and implicit constitutional precepts, as well as before the accusatory criminal system that prevails in the country's legal system. With all the doctrinal framework, it is concluded that the existence of the 4.781 inquiry goes against the accusatory penal system, the due process of law, ample defense and the right to adversarial proceedings.

Keywords: survey 4781; criminal procedural law; accusative penal system

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. DIREITOS, GARANTIAS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS AO PROCESSO PENAL	12
2.1 Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal de 1988	13
2.1.1 Liberdade de pensamento, expressão e informação	16
2.1.2 Vedação à censura	18
2.2. PRINCÍPIOS	18
2.2.1 Princípio do juiz natural e vedação do tribunal ou juízo de exceção	19
2.2.2 Princípio da presunção de inocência e do <i>in dubio pro reo</i>	21
2.2.3 Princípio do devido processo legal	23
2.2.4 Princípio da imparcialidade	24
2.2.5 Princípio da ampla defesa e contraditório	26
2.2.6 Princípio do duplo grau de Jurisdição	27
3. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	28
3.1 Sistema inquisitivo	30
3.2 Sistema acusatório	38
3.3 Sistema misto	44
3.4 Sistema processual brasileiro e o juiz das garantias	47
4. FAKE NEWS E O INQUÉRITO Nº 4.781/DF	52
4.1 Contexto político-social das <i>fake news</i> e a influência na instauração do inquérito nº 4.781/DF <i>ex officio</i>	52
4.2 O inquérito das <i>Fake News</i> , a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572 e a (in) constitucionalidade	57
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
REFERÊNCIAS	77

1. INTRODUÇÃO

O inquérito n.º 4.781/DF, também conhecido como “Inquérito das Fake News”, instaurado, à época, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli, sob a Portaria GP n.º 69, de 14 de março de 2019, nos termos do artigo 13, inciso I e artigo 43 e seguintes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) ensejou descontentamentos e críticas da doutrina especializada, bem como da sociedade em face da extrapolação de atuação do Poder Judiciário além das competências previstas na Constituição Federal de 1988 e do indício de regresso ao sistema penal inquisitório, o qual é inerente aos regimes ditatoriais.

O objeto desta pesquisa foi instaurado de ofício pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de apurar notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e crimes contra a honra que atinjam a honra e segurança da Suprema Corte, assim como de membros e seus familiares. Por conseguinte, houve a designação do Eminentíssimo Ministro Alexandre de Moraes para a condução do supracitado inquérito, sem prévio sorteio ou distribuição.

O objetivo geral da presente pesquisa é a análise da constitucionalidade do Inquérito n.º 4.781/DF que foi instaurado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário em face dos preceitos constitucionais e processuais penais contemporâneos.

Os objetivos específicos são analisar os direitos, garantias e princípios fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988 correlatos com o Processo Penal Brasileiro; expor os sistemas processuais penais, a saber: sistema inquisitivo, acusatório e misto; apresentar o contexto político-social existente no Brasil que fomentou a instauração *ex officio* do inquérito das *Fake News* pelo presidente do Supremo Tribunal Federal; analisar a fundamentação jurídica defensiva dos argumentos explanados sobre a (in) constitucionalidade do Inquérito das Fake News no julgamento da ADPF n.º 572 frente ao Código de Processo Penal e à Constituição Federal de 1988.

A presente pesquisa se justifica por ser uma inovação no âmbito do Processo Penal, sobretudo sob a vigência do sistema processual acusatório, uma vez que a figura da vítima e do investigador se encontram na mesma pessoa, evidenciando um ato incomum oriundo do órgão Supremo que possui o escopo

primordial de ser guardião da Constituição e possuir a função típica de julgar, e não investigar.

Nesse ínterim, a relevância social desse projeto para a comunidade geral e acadêmica é de suma importância, tendo em vista que o tema provocou debates jurídicos e políticos frenéticos acerca da constitucionalidade ou não do Inquérito das *Fake News*.

Assim, a pesquisa almeja responder à indagação se a instauração do inquérito n.º 4.781/DF *ex officio* pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal afronta os ditames constitucionais e processuais penais, sejam eles expressos ou implícitos, vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, ele é inconstitucional?

A hipótese de resposta ao problema posto é de que, sim, o INQ. n.º 4.781/DF é inconstitucional por violar os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, todos previstos no corpo da Constituição Federal e diretamente interligados à existência de imparcialidade exigida a todo e qualquer membro do Poder Judiciário que possua a incumbência de julgar.

Além disso, assim houve a ofensa ao sistema penal acusatório, que fora consagrado pela Carta Magna em face da concretização dos direitos e garantias fundamentais a todo e qualquer indivíduo, tendo em vista que ao acumular as atribuições de investigar, acusar e julgar, ele mitigará, posteriormente, o direito do investigado ou denunciado em convencer o julgador de sua inocência, haja vista este já possuir pré-concepções formadas acerca do ato imputado em razão da atuação *ex officio* para a colheita de elementos de informação para a formação da *opinio delicti* do titular da ação penal.

A metodologia utilizada na presente pesquisa foi a revisão bibliográfica, utilizando-se como fonte autores e obras jurídicas que expandiram ideias acerca do assunto, assim como a análise da jurisprudência, sobretudo a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 572, com o intento de analisar e delimitar opinião sobre o tema.

Por fim, acerca da estrutura da pesquisa, este trabalho apresenta três capítulos de desenvolvimento. O primeiro versa sobre os direitos, garantias e

princípios fundamentais constitucionais correlatos ao Processo Penal, a fim de aclarar o rol de princípios explícitos e implícitos que o Poder Judiciário deve observar.

O segundo capítulo trata sobre os sistemas penais processuais, a saber, inquisitório, acusatório e misto, bem como o sistema processual brasileiro vigente no ordenamento brasileiro e o juiz das garantias.

O terceiro capítulo versará sobre o contexto político e social das notícias fraudulentas (fake news) e o ponto de influência que fomentou a instauração do Inquérito n.º 4.781/DF pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, analisará os votos de constitucionalidade na ADPF n.º 572 em face do Código de Processo Penal e da Constituição Federal de 1988.

Derradeiramente, haverá a conclusão da pesquisa.

2. DIREITOS, GARANTIAS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS AO PROCESSO PENAL

Os direitos, garantias e princípios fundamentais possuem uma ampla interligação entre si, tendo em vista que se complementam para fortalecer as premissas do ordenamento jurídico brasileiro e enriquecer a aplicação das leis nos contextos fáticos que são objetos de demanda judicial na forma de decisões justas, adequadas e imparciais proferidas pelos magistrados.

No mesmo sentido segue Fernando Luiz Ximenes Rocha (2016, p. 295)

(...) Por isso mesmo, temos preconizado que os atores do Direito, notadamente os magistrados, precisam desvencilhar-se daquela concepção anacrônica de que o mais importante é o bom manuseio das regras processuais. Livres dessa ideia preconcebida, passarão a compreender a necessidade de aprofundar seus conhecimentos não só no campo jurídico, mas também nas diversas áreas das ciências humanas, como a Filosofia, a História, a Antropologia, a Sociologia e a Psicologia, tornando-se verdadeiros realizadores do direito e da justiça, e não simples autômatos aplicadores da lei, proibidos de interpretá-la. (LINHARES, Emanuel A.; SEGUNDO, Hugo de Brito M. Democracia e Direitos Fundamentais. São Paulo: Grupo GEN, 2016, p. 295)

O principal esteio da existência da aplicação dos direitos, garantias e princípios fundamentais no âmbito jurídico diz respeito às atrocidades contra os direitos da pessoa humana que já ocorreram nos séculos passados como, por exemplo, durante a Segunda Guerra Mundial, em que foram fundamentadas na Lei Maior do território alemão.

Nesse íterim, é razoável concluir que não há empecilho na criação de novos direitos, garantias e princípios fundamentais durante os séculos e mudanças sociais e culturais que infrinjam outros direitos que ainda não estão assegurados.

Nesse sentido caminha o pensamento de Bobbio (2004, p. 34)

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez nem de uma vez por todas. (BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro, editora Elsevier, 2004, p. 34)

Assim como corrobora o Fernando Luiz Ximenes Rocha (2016, p. 295):

Deveras, o Direito - muito mais que o conjunto de leis ou normas que regem as relações entre os homens - é produto de sua cultura, nasce e se modifica ao sabor dos valores eleitos pela sociedade em dado momento histórico. (LINHARES, Emanuel A.; SEGUNDO, Hugo de Brito M. Democracia e Direitos Fundamentais. São Paulo: Grupo GEN, 2016, p. 295)

A professora Nathalia Masson (2019, p. 219), por sua vez, pontua que uma das características dos direitos fundamentais consiste na historicidade, em que eles são dotados de caráter histórico-evolutivo de forma gradual conforme os avanços que ocorrem no meio social e político existente.

Como os direitos fundamentais são proclamados em certa época, podem desaparecer em outras ou serem modificados com o passar do tempo, apresentam-se como um corpo de benesses e prerrogativas que somente fazem sentido se contextualizadas num determinado período histórico. (...) Vê-se, pois, que direitos fundamentais não são obras da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender das circunstâncias. (MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 7. ed. rev. amp. e atual. Salvador, JusPODIVM, 2019, p. 219)

Com o intento de melhor esclarecer a interdisciplinaridade entre as disciplinas jurídicas, é necessário pontuar a relevância dos princípios previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) que são correlatos com o direito processual e penal brasileiro, a fim de proporcionar melhor compreensão acerca da análise jurídica sobre Inquérito das *Fake News*.

2.1 Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal de 1988

Conforme Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 401) os direitos fundamentais

“são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 401.)

A referida citação ratifica a importância dos direitos fundamentais para a própria existência do homem, tendo em vista que eles são responsáveis por manter os direitos dos cidadãos previstos na Carta Magna.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) trouxe no título II os direitos e garantias fundamentais, o qual, segundo Alexandre de Moraes (2022, p. 37) “foi dividido em outras cinco espécies: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos”¹.

No que tange ao Direito Constitucional, a doutrina majoritária classifica o desenvolvimento dos direitos fundamentais por meio de um perfil histórico-temporal e os divide em gerações.

A primeira geração dos direitos fundamentais diz respeito à liberdade do indivíduo e seus desdobramentos - direito à vida, liberdade religiosa, de associação, partidária -, bem como a garantia de direitos civis, políticos e direitos individuais com caráter negativo, haja que exige do Estado a ausência de prestação estatal (MASSON, 2019, p. 217).

Para Gilmar Mendes (2022, p. 62), embora a pretensão seja universalista, o titular dos direitos da primeira geração é o homem individualmente considerado.

São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de culto e de reunião. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdade social. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. (MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 62)

A segunda geração, diferentemente da anterior, torna imprescindível a prestação positiva do Poder Público por meio de políticas públicas para a correção das desigualdades sociais ocasionadas pelo avanço da indústria, tendo em vista que relacionam-se com o direito à igualdade, social, econômico e cultural do indivíduo. Nas palavras de Fernando Luiz Ximenes Rocha (2016, p. 298):

¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 38. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 37.

“Esses direitos, ao contrário dos direitos da liberdade, que se contrapõem ao superpoder do Estado, requerem, para sua efetivação, uma maior amplitude do poder estatal. Os direitos individuais passam a ser encarados não mais como valores absolutos, no instante em que se lhes reconhece, de forma geral, uma função social.” (LINHARES, Emanuel A.; SEGUNDO, Hugo de Brito M. Democracia e Direitos Fundamentais. São Paulo: Grupo GEN, 2016, p. 298)

A terceira geração estabelece os direitos denominados como “transindividuais”, em que interligam-se com a fraternidade, desenvolvimento e progresso com respeito ao meio ambiente em que está incluído, pois, segundo Celso Lafer (1988, p. 131), “têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade”².

Além disso, BRANCO (2022, p. 76) pontua a dupla perspectiva dos direitos fundamentais, a saber: subjetiva e objetiva. No que se refere à perspectiva subjetiva, ela diz respeito aos sujeitos que exigem uma proteção e prestação do Poder Público, ou seja, é a perspectiva clássica de relação vertical, em que o sujeito, titular de direitos, demanda do Estado a tutela do interesse individual.

Por outro lado, a perspectiva objetiva consiste em uma relação horizontal, onde há a aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares. Dessa forma, considera-se que há uma eficácia irradiante dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, haja vista que são considerados como valores básicos aplicáveis em toda a sociedade. O Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou sobre a importância da aplicação da perspectiva objetiva, afirmando que

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados (STF – 2ª T. – RE 201819 – Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11-10-2005. Conferir, ainda: STF – Pleno – RE 639138, Rel. Min. Gilmar Mendes, Red. p/Acórdão Min. Edson Fachin, j. 18-8-2020; STF – 1ª T. ARE 1008625 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17-3-2017; STF – Rcl 44376, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 3-11-2020.)

² LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 131.

2.1.1 Liberdade de pensamento, expressão e informação

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) foi promulgada como uma reação às atrocidades do período ditatorial (1964 - 1985) que possuiu como esteio a restrição dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, sobretudo os que dizem respeito à liberdade de expor opiniões.

Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em seu voto na Reclamação nº 22.238-RJ (2018, p. 10), menciona que “a Constituição de 1988 foi obsessiva na proteção da liberdade de expressão, nas suas diversas formas de manifestação”³.

Apesar da CRFB/88 expor algumas liberdades no rol dos direitos e garantias fundamentais, ele não é *numerus clausus*, isto é, os direitos dessa espécie podem ser encontrados em outros dispositivos normativos. Nos termos de BRANCO (2022, p. 122), “o catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas”.

Primeiramente, no que tange à liberdade de pensamento, conforme Masson (2019, p. 297), ela é inerente a qualquer indivíduo e independe de proteção jurídica, tendo em vista que são pensamentos que não são exteriorizados. Contudo, no esteio da exteriorização do pensamento para terceiros, a CRFB/88, no inciso IV do art. 5º, confere como livre a manifestação do pensamento, sendo vedada a utilização do anonimato porque

eventualmente, no exercício dessa faculdade, o sujeito pode agir abusivamente e ferir direitos de outrem (honra ou imagem, por exemplo), ou até mesmo cometer um ilícito penal, casos em que sua identidade será imprescindível para viabilizar a responsabilização aplicável à hipótese. (MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 7ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 297)

A liberdade de expressão ou de pensamento é um direito de primeira geração, em que exige um Estado absenteísta para ser efetivado. Entretanto, embora seja um dos principais pilares da CRFB/88, o exercício da supracitada liberdade não pode

³ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 22.238-RJ. Rel. Roberto Barroso.

ser arbitrária e ofender direitos de terceiros, sobretudo os que dizem respeito à honra e a imagem, uma vez que não se trata de direito absoluto na Carta Magna e na doutrina majoritária brasileira.

Sobre as restrições do direito de liberdade de expressão, BRANCO (2022, p. 123) afirma que

Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem. Daí a garantia do art. 220 da Constituição brasileira. Estamos, portanto, diante de um direito de índole marcadamente defensiva – direito a uma abstenção pelo Estado de uma conduta que interfira sobre a esfera de liberdade do indivíduo. (MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 123)

A liberdade de informação, conforme Marcelo Novelino (2014, p. 493), consiste em um “corolário do sistema democrático e do modelo republicano” e “caracteriza-se como instrumento indispensável à fiscalização e responsabilização do governo”⁴.

O ilustre doutrinador aduz que a liberdade de informação possui três ramificações. O primeiro deles é o direito de informar que, nos termos de Novelino, trata-se da “prerrogativa constitucionalmente assegurada de transmitir uma informação” (NOVELINO, 2014, p. 494).

A segunda ramificação diz respeito ao direito de se informar, em que “consiste na faculdade conferida ao indivíduo de buscar informações sem obstáculos ou de restrições desprovidas de fundamentação constitucional” (NOVELINO, 2014, p. 494).

E, por fim, o direito de ser informado, o qual “consiste na faculdade de receber dos órgãos públicos *informações de interesse particular, coletivo ou geral.*” (NOVELINO, 2014, p. 494).

⁴ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 493..

2.1.2 Vedação à censura

A Constituição Federal de 1988, ainda com raízes na liberdade de expressão, traz à baila o art. 5º, inciso IX que afirma ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. O supracitado dispositivo legal vige com o intento de evitar e expressar a opção de romper as raízes e histórico ditatorial que perdurou no Brasil.

Além disso, ao final da CRFB/88 também ressalta-se a vedação à censura:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1.º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2.º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.)

Sobre o conceito de censura, BRANCO (2022, p. 123) afirma que

censura, no texto constitucional, significa ação inibitória realizada pelos Poderes Públicos, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem. Proibir a censura significa impedir que as ideias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal. (MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 123)

Novelino (2014. p. 476) afirma que “qualquer forma de censura institucionalizada imposta sem justificção constitucional será caracterizada como uma intervenção violadora do âmbito de proteção dessa liberdade”. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF n.º 130/DF, em 2009, declarou inconstitucional a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), pois caracterizava censura prévia ao direito de informar.

2.2 PRINCÍPIOS

Os princípios são normas orientadoras para as decisões judiciais e possuem como pedra de toque os termos da Carta Magna, motivo pelo qual são extensíveis

ao processo penal brasileiro. Sobre esses princípios, PRADO (2020, p. 176) ensina que

(...) os princípios constitucionais emergiram e trouxeram uma nova dimensão garantista, sobretudo ao Direito Penal que, por meio dos princípios penais constitucionais, vinculam a atuação do Estado em todos os seus atos e níveis, mormente quando este exercita o monopólio da persecução administrativa e judicial, que ao final revela seus traços mais marcantes no momento da imposição de uma pena (...) (PRADO, Luiz R. Direito Penal Constitucional - A (Des)construção do Sistema Penal. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 176)

Dessa forma, aponta-se a importância da atividade jurista embasada em princípios processuais penais para o cumprimento da prestação jurisdicional, mas sem ser destituído de observar os corolários da Constituição Federal.

2.2.1 Princípio do juiz natural e da vedação do tribunal ou juízo de exceção

O princípio do juiz natural é previsto expressamente na Constituição Federal de 1988:

Art. 5º

(...)

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

(...)

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.)

O princípio do juiz natural expresso no inciso LIII possui importância ímpar para a competência criminal no âmbito do Código de Processo Penal, tendo em vista que consagra o direito do indivíduo ser processado por uma autoridade judiciária que foi investida previamente em sua função pública de julgar, devidamente representando a vontade do Estado de modo imparcial - princípio do juiz imparcial.

Nos termos de LIMA (2019, p. 346):

O princípio do juiz natural deve ser compreendido como o direito que cada cidadão tem de saber, previamente, a autoridade que irá processar e julgá-lo caso venha a praticar uma conduta definida como infração penal pelo ordenamento jurídico. Juiz natural, ou juiz legal, dentre outras denominações, é aquele constituído antes do fato delituoso a ser julgado,

mediante regras taxativas de competência estabelecidas pela lei. (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 346)

Ademais, a afronta ao princípio do juiz natural é prejudicial à própria existência do processo, haja vista que ocasiona a incompetência do magistrado que atua na ação penal. Nesse sentido, o Código de Processo Penal evidencia a opção do legislador em observar a competência prevista em lei, aduzindo a ocorrência de nulidade se houver inobservância à competência do magistrado no processo. *In verbis*:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

Um dos desdobramentos do princípio do juiz natural é a vedação aos tribunais *ad hoc*, isto é, tribunais ou juízos de exceção que são criados após a ocorrência de um determinado fato com o objetivo específico de julgá-lo (LIMA, 2019. p. 347). Contudo, desde que haja obediência às normas processuais constitucionais, é possível que haja regras que modifiquem a competência da infração penal sem constituir juízo *ad hoc*, como, por exemplo, o surgimento de uma lei processual que institua justiça especializadas e tribunais de ética.

Nesse íterim, Fernandes (2002, p. 127) defende que deve haver três regras de proteção sobre o princípio do juiz natural:

- 1) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição;
- 2) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato;
- 3) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja. (FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 127)

A doutrina majoritária e os Tribunais Superiores⁵ vem reconhecendo como ramificações do princípio do juiz natural o princípio do promotor natural. Távora e Nestor (2019, p. 87) contribuem com a conceituação afirmando que o objetivo principal consiste em “vedar a designação arbitrária, pela Chefia da Instituição, de

⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2019, p. 87)

promotor para patrocinar caso específico, vale dizer, o promotor natural há de ser, sempre, aquele previamente estatuído em lei”.

Por outro lado, uma pequena parcela da doutrina menciona a existência do princípio do defensor natural, pois a defesa técnica do indivíduo não pode ser objeto de arbitrariedades.

Segundo TÁVORA e ALENCAR (2019, p. 88), o supracitado princípio possui como esteio a “vedação de nomeação de defensor diverso daquele defensor público que tem atribuição legal para atuar na causa”, haja vista que, nos termos do enunciado da súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal, o processo penal, “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Portanto, o descumprimento do princípio do juiz natural e seus desdobramentos proporcionam um vício insanável em qualquer processo que ocorrer, tendo em vista que ofende o principal corolário da Constituição Federal: a imparcialidade do julgador.

2.2.2 Princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

O princípio da presunção de inocência possui guarida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e possuiu como esteio histórico o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789); a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dentre outros documentos internacionais de considerável relevância mundial.

Também podendo ser chamado de princípio da não culpabilidade, LIMA (2019, p. 46) pontua que ele possui duas ramificações: o *in dubio pro reo* e a regra de tratamento.

No que tange ao *in dubio pro reo* - ou da *regra probatória* -, a sua importância se sobrevém no momento de apreciação das provas, pois

(...) na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída. (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 46)

No que diz respeito à regra de tratamento, nos termos do Supremo Tribunal Federal no HC nº 89.501/GO, ele consiste em não evidenciar tratamento de condenado definitivo ao indivíduo que está sendo investigado, indiciado, processado ou condenado provisoriamente. Inobstante, nada impede que haja a prolação de decisões cautelares com base em situações excepcionais e devidamente fundamentadas. No mesmo sentido segue as lições de PRADO (2020, p. 210) ao afirmar que “em um Estado democrático e social de Direito a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária”.

Sobre a ramificação acima, LIMA (2019, p. 47) cita Lopes Jr⁶, o qual defende que há duas dimensões. A primeira delas é a interna ao processo, a qual

(...) funciona como dever imposto, inicialmente, ao magistrado, no sentido de que o ônus da prova recai integralmente sobre a parte acusadora, devendo a dúvida favorecer o acusado. Ademais, as prisões cautelares devem ser utilizadas apenas em situações excepcionais, desde que comprovada a necessidade da medida extrema para resguardar a eficácia do processo; (LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 47/48 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 47)

A segunda dimensão é a externa ao processo, em que

o princípio da presunção de inocência e as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade demandam uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do acusado, funcionando como limites democráticos à abusiva exploração midiática em tomo do fato criminoso e do próprio processo judicial. (LOPES JR., Aury. Direito

⁶ LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 47/48.

processual penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 47/48 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 47-48)

A aplicação jurisprudencial do princípio da presunção da inocência no âmbito do Supremo Tribunal Federal possuiu dois entendimentos sobre a execução da pena provisória. O primeiro entendimento foi prolatado em 2016 nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 43/2016 e 44/2016 e, por 06 votos a 05 foi indeferido e manteve a constitucionalidade do cumprimento provisório da pena logo após a condenação em segunda instância, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, afirmando que a restrição do referido princípio não afrontava o corpo do ordenamento jurídico pátrio.

Posteriormente, no ano de 2019, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n.º 43, 44 e 54, a Corte Suprema realizou uma mudança de entendimento e considerou que a prisão automática após a condenação na segunda instância vai de encontro com o princípio da não culpabilidade

2.2.3 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal, também chamado de *due process of law*, é previsto expressamente no art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal:

Art. 5º. (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.)

Em uma primeira leitura dos incisos anteriores pode-se inferir que o devido processo legal previsto na Carta Magna diz respeito apenas à obediência às regras processuais existentes, como, por exemplo, o Código Processual Civil e o Penal. Contudo, nos termos de CARVALHO (2014, p. 100-101), o devido processo legal possui duas acepções.

na sua acepção puramente processual, como já foi ressaltado, o devido processo legal vai impor a obediência estrita das normas processuais de

forma que o processo penal traduza iguais oportunidades das partes no plano processual, a ampla defesa com todos os recursos inerentes, o contraditório, as demais garantias de juiz natural, publicidade e motivação dos atos judiciais.

(...)

Quanto ao aspecto substantivo do devido processo legal, é possível ao aplicador da lei aferir se a imposição de qualquer medida coativa processual penal atende ao que reclama a razoabilidade ou a racionalidade, ou, em outros termos, se a medida processual é proporcional, ou seja, se é legal, teleologicamente justificável, necessária, idônea e preencha os demais requisitos de motivação e judicialidade. (Carvalho, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. ed., rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 100-101)

Dessa forma, a constitucionalização do princípio do devido processo legal é de suma importância para o indivíduo que é parte de uma demanda processual, tendo em vista que consiste em um instrumento de garantia contra as arbitrariedades estatais.

2.2.4. Princípio da Imparcialidade

O princípio da imparcialidade do juiz está interligado com a atuação do Estado (NUCCI, 2022, p. 71) em aclarar que o magistrado - pessoa incumbida decidir o caso concreto - deve atuar desprovido de interesses pessoais que possam afetar o modo de aplicar a lei.

Nos termos de RANGEL (2023, p. 45), a imparcialidade do juiz é intrínseca aos sistema acusatórios, em que preza-se pela aplicação da lei de forma justa e verdadeira. *In verbis*:

Juiz imparcial pressupõe juiz independente e independência pressupõe garantias constitucionais que visem dar segurança ao juiz de que, no exercício de suas funções, não sofrerá coações políticas ou funcionais, constrangimentos que possam ameaçá-lo da perda do cargo. A imparcialidade do juiz, portanto, tem como escopo afastar qualquer possibilidade de influência sobre a decisão que será prolatada, pois o compromisso com a verdade, dando a cada um o que é seu, é o principal objetivo da prestação jurisdicional.

(...)

A imparcialidade do juiz tem perfeita e íntima correlação com o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional vigente, pois, exatamente visando retirar o juiz da persecução penal, mantendo-o imparcial, é que a Constituição Federal deu exclusividade da ação penal ao Ministério Público, separando, nitidamente, as funções dos sujeitos processuais. (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Grupo GEN, 2023, p. 45)

O princípio da imparcialidade está presente no Código de Processo Penal vigente, demonstrando a importância e a preocupação do legislador em exigir que o juiz atue de forma isenta ao aplicar a lei. *In verbis*:

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

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

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo. (BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941)

Desse modo, nos termos de AVENA (2022, p. 24)

Significa que o magistrado, situando-se no vértice da relação processual triangulada entre ele, a acusação e a defesa, deve possuir capacidade objetiva e subjetiva para solucionar a demanda, vale dizer, julgar de forma absolutamente neutra, vinculando-se apenas às regras legais e ao resultado da análise das provas do processo. (AVENA, Norberto. Processo Penal. 14 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022, p. 24)

2.2.5 Princípio da ampla defesa e contraditório

Os princípios da ampla defesa e do contraditório possuem interligação, motivo pelo qual são previstos no mesmo dispositivo constitucional, a saber, o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, o qual possui o seguinte teor: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

São dois princípios que possuem conceitos distintos, mas o mesmo âmbito de aplicação. O princípio do contraditório, conforme ALMEIDA⁷ (1973, p. 82) citado por RANGEL⁸ (2023, p. 42), consiste na possibilidade do acusado ter ciência dos atos ou termos do processo, bem como a possibilidade de que eles fossem contrariados de forma realmente efetiva e capaz de influenciar no livre convencimento motivado do magistrado.

O princípio da ampla defesa, por sua vez, é expressada por meio da garantia da defesa técnica e a autodefesa. A defesa técnica, conforme LIMA (2019, p.57)

(...) é aquela exercida por profissional da advocacia, dotado de capacidade postulatória, seja ele advogado constituído, nomeado, ou defensor público. Para ser ampla, como impõe a Constituição Federal, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva, não sendo possível que alguém seja processado sem que possua defensor. (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 57)

A autodefesa é garantida no processo por meio do direito de audiência; de presença e capacidade postulatória autônoma do acusado. LIMA (2019, p. 61) preleciona que

(...) é aquela exercida pelo próprio acusado, em momentos cruciais do processo. Diferencia-se da defesa técnica porque, embora não possa ser desprezada pelo juiz, é disponível, já que não há como se compelir o acusado a exercer seu direito ao interrogatório nem tampouco a acompanhar os atos da instrução processual. (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 61)

⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 82.

⁸ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. São Paulo]: Grupo GEN, 2023, p. 42.

2.2.5 Princípio do duplo grau de Jurisdição

Conforme TÁVORA e ALENCAR (2019, p. 85), o princípio do duplo grau de jurisdição “assegura a possibilidade de revisão das decisões judiciais, através do sistema recursal, onde as decisões do juízo *a quo* podem ser reapreciadas pelos tribunais”.

Em âmbito internacional, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8, 2, *alínea* “h” do, prevê e possui a seguinte redação:

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
(...) h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
(Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.)

Contudo, o supramencionado princípio não possui embasamento jurídico na Carta Magna de forma expressa, motivo pelo qual a doutrina majoritária considera que a divisão de competências no Poder Judiciário e, conseqüentemente a existência de um sistema recursal é uma demonstração implícita do duplo grau de jurisdição.

No mesmo sentido segue o entendimento do Supremo ao afirmar que “o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional”⁹.

Nesse ínterim, conclui-se que a existência de decisões de cunho irrecorrível como, por exemplo, os indivíduos que possuem prerrogativa de foro ou decisões que (in) admitem a participação do assistente de acusação no processo judicial penal, não ofende a Constituição Federal de 1988.

⁹ STF – 2ª T. – Agravo Reg. em agravos de Instrumento nos 209.954-1/SP e 210.048-0/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 4 dez. 1998, p. 15.

3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Diante da ocorrência de um ilícito, surge, para o Estado, o direito de punir - *ius puniendi* - o indivíduo que atuou em desconformidade com os ditames legais vigentes na sociedade em que está inserido. Diante disso, o Estado possui o condão de dizer o direito e aplicar as sanções previstas no respectivo ordenamento jurídico para o delito praticado.

Neste ínterim, a aplicação da pretensão punitiva em face do agente reflete o regime de governo que vige na extensão territorial em que ocorreu a conduta delituosa, isto é, se vige um regime democrata ou ditatorial. No mesmo sentido se depreende das lições de Aury Celso Lima Lopes Junior, em que, citando Julio B. J. Maier, afirma que

Nessa linha, Maier explica que no direito penal “a influência da ideologia vigente ou imposta pelo efetivo exercício do poder se percebe mais à flor da pele que nos demais ramos jurídicos”. E esse fenômeno é ainda mais notório no processo penal, na medida em que é ele, e não o direito penal, que toca no homem real, de carne e osso. Como afirmamos anteriormente, o direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal, sendo as regras do processo que realizam diretamente o poder penal do Estado. Por isso, conclui Maier, é no direito processual penal que as manipulações do poder político são mais frequentes e destacadas, até pela natureza da tensão existente (poder de penar versus direito de liberdade). (JR. Aury Lopes, Fundamentos do Processo Penal. São Paulo: 2021, p. 69)

Assim, em regimes ditatoriais, as garantias e direitos fundamentais, sobretudo a liberdade individual de ir e vir, a ampla defesa e o contraditório, são cerceadas em prol da imposição mais célere do *ius puniendi* estatal, pouco importando a busca pela verdade real - princípio intrínseco ao juiz penal que almeja a justiça. Nesse sentido, FILHO (1997, p. 41) aduz que

Na verdade, enquanto o juiz não-penal deve-se satisfazer com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no processo penal o juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à Justiça. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 41).

Assim, nos regimes ditatoriais há a clarividente concretização do Direito Penal do Inimigo, em que o sujeito é considerado como um objeto que não possui direitos a serem garantidos pelo Estado.

Por outro lado, em regimes democráticos, o *ius puniendi* possui como pressuposto máximo a obediência aos direitos e garantias fundamentais previstos ao agente no âmbito internacional e nacionalmente, prezando pela existência de um processo penal constitucional e coerente com as provas que serão colhidas com base na verdade real.

Acerca da prioridade da liberdade individual do indivíduo em face do direito de punir estatal, Aury Celso Lima Lopes Junior (2021, p. 14) aclara que:

O que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual. A liberdade individual, por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais, sendo mesmo um pressuposto para o Estado Democrático de Direito em que vivemos. (JÚNIOR, Aury Celso Lima L. FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 14).

Conforme BOBBIO (1982, P. 96-97) em sua obra “*as ideologias e o poder em crise*”, ao distinguir os regimes ditatoriais e democráticos, afirma que, enquanto naqueles há a aplicação da força por meio da autotutela e da vingança privada, resumindo-se na máxima “tem razão quem vence”, na democracia há a aplicação da heterotutela, entregando a decisão para um terceiro imparcial e, conseqüentemente, concretizando a supremacia da lei - *rule of law* - “vence quem tem razão”.

Desse modo, os sistemas processuais surgem em conformidade com as peculiaridades culturais e políticas da sociedade em que a lei será aplicada. Nos dias atuais, ao menos em território brasileiro, os sistemas processuais obedecem os dispostos dos regimes democráticos, possuindo como pressuposto basilar os princípios da Constituição Federal de 1988, bem como as disposições dos tratados internacionais, como, por exemplo, Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica.

Nesse ínterim, os preceitos de Aury Celso Lima Lopes Junior (LOPES Jr., 2016, p. 41) correspondem ao que é disposto como essencial para o sistema processual no âmbito democrático:

As regras do devido processo penal são verdadeiras garantias democráticas (e, obviamente, constitucionais), muito além dessa dimensão reducionista de público/privado. Trata-se de direitos fundamentais – obviamente de natureza pública, se quisermos utilizar essa categoria – limitadores da intervenção estatal. (LOPES Jr, Aury. Fundamentos do processo penal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41)

A obediência ao devido processo legal prevista na Constituição Federal, bem como aos preceitos que são correlacionados com o princípio da dignidade da pessoa humana, são retratos que demonstram a tentativa de se evitar a instauração de um processo penal baseado nas regras do direito penal do inimigo, pois neste se almeja a relativização das garantias constitucionais em busca da punição mais célere para a demonstração para a população da eficácia do Poder Judiciário que existe na sociedade.

No mesmo sentido entende Aury Celso Lima Lopes Junior (2021, p. 13)

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal). (JÚNIOR, Aury Celso Lima L. FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 13).

Assim, iniciar-se-á a exposição dos três sistemas processuais penais regentes no direito brasileiro, pontuando aqueles que possuem correlação com o sistema processual vigente no Brasil contemporaneamente.

3.1. Sistema inquisitivo

O sistema inquisitivo ou inquisitório, como se depreende das lições de Aury Celso Lima Lopes Junior, “*são reflexos da resposta do processo penal frente às*

exigências do direito penal e do Estado da época". Nesse ínterim, sob linhas históricas, o sistema inquisitorial foi utilizado com uma grande relevância na Idade Média, mais especificamente entre o século XV ao século XVIII, período em que a igreja se fortaleceu na sociedade e influenciou no *ius puniendi* do Estado.

Em uma concepção geral, no sistema inquisitorial um mesmo juiz concentra as funções de investigar, acusar e julgar o indivíduo em face da prática de um delito. Assim, é característica do magistrado inquisitorial - também chamado de juiz-inquisidor - a investigação ou acusação de ofício, bem como a liberdade no modo de colher o material comprobatório para a elaboração do convencimento acerca da inocência ou condenação do acusado.

Segundo Salo (2005, p. 07),

"Instituído burocraticamente o modelo repressivo, o sistema processual inquisitório caracterizar-se-á pela exclusão do contraditório, ausência de ampla defesa e inviabilização da presunção de inocência. A insuficiência de provas e/ou sua dubiedade não geravam absolvição, mas, ao contrário, qualquer indício equivalia a uma semiprova, que comportava juízo de semiculpa e uma semicondenação." (CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 07.)

Por conseguinte, em face da interligação entre as funções de investigação, acusação e julgamento, considera-se relativizado - ou, até mesmo inexistente - a imparcialidade do magistrado no último ato decisório no processo, bem como a prejudicialidade ao princípio da presunção da inocência do acusado, haja vista que o magistrado, ao atuar de ofício no âmbito investigacional, instaura uma pré-concepção acerca da culpa ou da inocência do réu.

A supracitada pré-concepção do magistrado traz à baila, por consequência, a relativização do contraditório e ampla defesa do réu no sistema inquisitorial, tornando inexistente a concepção de duas partes no processo - acusação *versus* defesa -, tendo em vista que inexiste a paridade de armas para convencer o juiz-inquisidor acerca da inocência, sendo considerado o acusado apenas como um objeto no processo, uma vez que grande parte da dilação probatória é praticada *ex officio* pelo magistrado.

No mesmo sentido segue as lições de JUNIOR (2021, p. 15), em que ressalta a aglutinação de atribuições e suas consequências para o sistema processual

“É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.” (JUNIOR, Aury Celso Lima L. DIREITO PROCESSUAL PENAL. Editora Saraiva, 2021, p. 15)

Acerca da paridade de armas, AVENA (2022, p. 08) dispõe que no sistema inquisitorial

“Não se fala em paridade de armas, sendo nítida a posição de desigualdade entre as partes. Na verdade, a própria defesa do réu é bastante restrita, não lhe sendo assegurado, ao contrário do que ocorre no modelo acusatório, o direito de manifestar-se depois da acusação para refutar provas e argumentos trazidos ao processo pelo acusador.” (AVENA, Norberto. Processo Penal. Rio de Janeiro, 14ª ed. Grupo GEN, 2022, p. 08)

No mesmo sentido corrobora a preleção de JUNIOR (2021, p. 72)

“O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.” (JUNIOR, Aury Celso Lima L. FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 72).

No que diz respeito à atuação *ex officio* ao magistrado, Danielle Souza de Andrade e Silva (2003, p. 37) ressalta a característica de atuação *ex officio* do magistrado no ato de obtenção de provas:

No sistema inquisitorial (também chamado inquisitivo ou inquisitório), visto em sua forma pura, o processo penal é marcado pela concentração de funções de acusação, defesa e julgamento num só sujeito, o juiz-acusador, um espécie de inquisidor, que inicia, de ofício, o procedimento e colhe provas ao seu alvedrio, independente de proposta da acusação ou da defesa. (SILVA, Danielle Souza de Andrade e. A ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO: Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988, p. 37, 2003)

Salo (2005), mencionando Cordero (2000), também ressalta as consequências negativas para o indivíduo durante o processo que utiliza o modelo inquisitorial:

Assim, o réu, longe de ser um sujeito (de direito) processual, é um mero objeto de investigação: o imputado detém com exclusividade a verdade histórica (material) – “o inquisidor investiga, procurando buscar signos do delito, e trabalha sobre os acusados, porque, culpados ou inocentes, sabem tudo o que se requer para decisões perfeitas; tudo se resume a fazê-los dizer. (CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p 07.)

Ainda acerca da participação do juiz no modelo inquisitorial e as consequências para a aplicação imparcial da lei, Salo (2005, p. 07), mencionando Afrânio Silva Jardim, ratifica que o sistema cognitivo do magistrado é interferido, tendo em vista que há envolvimento de esforços para a instauração de um processo de ofício pela figura do juiz. Assim, pontua que

O modelo estabelece, pois, no magistrado, quadros mentais paranóicos e tendências policialescas, visto que, ao invés de o juiz “se convencer através da prova carreada para os autos, inversamente, a prova servia para demonstrar o acerto da imputação formulada pelo juiz-inquisidor. (CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 07.)

RANGEL (2023, p. 66), em suas disposições acerca da existência de imparcialidade no último ato decisório do juiz, preleciona que

No sistema inquisitivo, o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhes foram trazidas pelas partes, mas visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação. (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 30 ed. rev. e atual. Grupo GEN, 2023, pág. 66)

No sistema inquisitorial a prisão provisória era regra, tendo em vista que buscava-se acauteladamente o indivíduo que possivelmente cometeu o ilícito. A efetuação da prisão processual, nos termos de Novinsky (1983, p. 58-59), em sua obra “*A inquisição*”, era velada por sigilo, tendo em vista que o acusado não possuía o direito de saber o motivo e as circunstâncias da prisão, bem como o autor da acusação. Logo, o processo se iniciava em sigilo até o momento mais oportuno para o juiz-inquisidor.

Um suspeito podia ser preso a qualquer momento, sem saber o que se queria dele. Nunca ficava conhecendo o nome de quem o acusou, nem lhe era comunicado o motivo da prisão, nem o lugar em que havia cometido o crime de que era acusado, nem com quem havia pecado. (NOVINSKY, Anita. *A Inquisição*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 58-59.)

No que tange à presença de requisitos para acautelar a pessoa acusada *ex officio*, AVENA (2022, p. 08) pontua que a ausência de presunção de inocência no sistema inquisitorial interfere diretamente nos pressupostos da prisão provisória:

Como não há a presunção de inocência, apresenta-se menos complexa, em termos de requisitos e pressupostos legais, a decretação da prisão provisória do réu no curso da ação penal, circunstância esta que faz com que, em grande parte dos casos, permaneça o réu preso durante o sumário da culpa. (AVENA, Norberto. Processo Penal. 14 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. p. 08)

Além disso, o meio de obtenção de prova no sistema inquisitorial não obedece regras processuais existentes em um código, tendo em vista que a tortura era o principal modo de colheita do material probatório para o convencimento acerca dos delitos. Como consequência da tortura, a confissão era considerada a “rainha das provas”, pois era o elemento mais importante de todo o arcabouço processual existente, não importando se foi adquirida por espontaneidade do indivíduo ou por meio de agressões físicas, psicológicas ou morais.

Nos mesmos termos surgem as lições de Salo (2005) e de Cordero (2000), em que pontuam que o magistrado, ao atuar de ofício e por meio de métodos que ofendem a dignidade da pessoa humana, tomam para si a verdade sob o seu olhar, e não sob o viés da justiça e da realidade.

E se é o único detentor de uma ‘verdade’ não mais passível de experimentação empírica, ou ainda de uma verdade unicamente sua, necessária sua exposição sem reservas – “o estilo inquisitório multiplica os fluxos verbais: é preciso que o imputado fale; o processo se transforma em sonda psíquica. O inquisidor trabalha livremente, indiferente aos limites legais, mas recolhe toda sílaba: a obsessão microanalítica desenvolve um formalismo gráfico; nenhum fato é realmente um fato enquanto não figure no papel. (CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 07.)

Aury Celso Lima Lopes Junior (2021, p. 72), mencionando a obra de James Goldschmidt, também explana o modo de colheita de provas no sistema inquisitorial, ressaltando que o acusado é o principal meio de obtenção de provas e que a vinculação legal não é característica primordial a ser considerada no supracitado sistema.

Frente a um fato típico, o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai constituir seu convencimento. O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação. O juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz. (JÚNIOR, Aury Celso Lima L. FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 72)

Assim, o sistema inquisitório considera a existência da prova tarifada, também chamado de sistema das regras legais ou certeza moral do legislador, em que há uma escala de pontuação de importância das provas para a formação da convicção do julgador. De forma mais técnica, surge RANGEL (2023, p. 433) e denomina o referido sistema como

O sistema das regras legais ou da certeza moral do legislador ou, ainda, chamado de prova tarifada, significa dizer que todas as provas têm seu valor prefixado pela lei, não dando ao magistrado liberdade para decidir naquele caso concreto, se aquela prova era ou não comprovadora dos fatos, objeto do caso penal. Pois, se a Lei dizia que aquela prova valia tanto, o magistrado não poderia dizer que valia menos tanto. Da mesma forma que, se a lei estabelecia que aquele fato somente se poderia provar desta ou daquela forma, o juiz não poderia adotar outro meio de prova se não aquele que era imposto pela lei. (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Grupo GEN, 2023, p. 433)

Portanto, o sistema de prova tarifada consolidava as presunções dos magistrados durante a persecução penal, sendo que a confissão era a prova mais importante a ser utilizada no processo, pois, com ela, tampouco importava se as provas no processo constasse o contrário: o réu seria condenado em razão do peso da confissão em um processo judicial.

Sob a importância do sistema inquisitorial no âmbito da história, nas lições de NUCCI (2021, p. 39) em um primeiro momento a utilização do sistema processual inquisitório se deu de forma positiva, a fim de aplicar o direito para todos de forma igualitária, sobretudo aos ricos, os quais possuíam privilégios no âmbito social em que estavam inseridos, impedindo que houvesse a devida aplicação da lei diante das práticas das ilegalidades. Assim,

Esse sistema foi utilizado com sucesso em parte da Idade Média para combater os abusos cometidos pelos senhores feudais e pela aristocracia em detrimento de vassalos e pessoas pobres. Diante disso, os reis podiam enviar os juízes inquisidores, em seu nome, com poder suficiente para se voltar contra os ricos, autores de delitos graves, que não podiam ser

tratados com absoluta igualdade. Aliás, aplicava-se a ideia da isonomia – tratar desigualmente os desiguais.

Atuando contra ricos e poderosos, o processo penal jamais poderia lastrear-se, à época, em plena igualdade. Eis o motivo pelo qual o juiz inquisidor consegue amealhar provas, sem que as testemunhas se furtassem aos depoimentos, com temor de represálias, fazendo-o de maneira sigilosa, até que ficasse pronta a instrução. Assim, vítimas pobres poderiam ver a justiça ser realizada mesmo quando seus algozes fossem nobres ou afortunados. (NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Processual Penal. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 39)

No mesmo sentido colaciona MENDES (1920, p. 250-251) em que ratifica que o sistema inquisitorial, apesar da minimização dos direitos de uma das partes no âmbito processual, possui como pressuposto máximo à busca da verdade real e da aplicação da lei para todos por meio do sigilo do andamento processual, independentemente de fatores sociais e econômicos que poderiam interferir na efetividade e no resultado do julgamento.

Desse modo, afirma que o referido sistema não deveria ser totalmente abolido dos ordenamentos jurídicos, mas, sim, adequado para ser aplicado em harmonia com o sistema considerado mais justo e adequado para a busca da verdade real. *In verbis*:

O sistema inquisitório contém elementos que não podem ser repelidos, tanto assim que foi, nos séculos XIII a XVIII uma garantia de justiça e liberdade. Quando o homem de condição humilde estava exposto às arbitrariedades dos fortes, ricos e poderosos, não lhe era fácil comparecer ante as justiças senhoriais para acusar sem reboço, sem constrangimento e sem o temor e a quase certeza da vingança; o Direito Canônico, opondo ao procedimento acusatorial o procedimento inquisitório, foi o protetor da fraqueza perseguida e o adversário da força tirânica; se os abusos desnaturaram a instituição, causando mais tarde males superiores aos benefícios, isso não exige a abolição do sistema e sim a criação de cautelas para o seu aproveitamento. (MENDES, João de Almeida Jr, O Processo criminal Brasileiro. Rio de Janeiro, Typografia Baptista de Souza, 1920, 1º volume, p. 250-251)

Além disso, em consonância com a argumentação positiva acerca da aplicação da igualdade por meio da existência do sistema inquisitorial, KANT (2004, p. 07) expõe que surge a “*função de promoção de justiça social compensatória às avessas à justiça criminal*”, uma vez que o juiz,

(...) ao invés de promover a igualdade jurídica das partes em seu âmbito, deve supor a sua desigualdade social e promover sua desigualdade jurídica

e, sob a justificativa de proteger os mais fracos, arrogar-se a função de antecipar-se aos desequilíbrios de poder entre os litigantes, para administrá-los. (KANT, Roberto de Lima. Igualdade, Desigualdade e Métodos de Produção da Verdade Jurídica: Uma Discussão Antropológica. 2004, p. 07).

Todavia, em um segundo momento a contribuição do sistema inquisitório com a igualdade e aplicação da justiça para todos não perdurou, haja vista ter sido utilizado como meio para coagir e torturar pessoas, desvirtuando o pressuposto da justiça e o da igualdade entre ricos e pobres ao ser aplicado o dizer o direito. O supracitado período histórico diz respeito ao período em que o Direito Canônico ou Eclesiástico se expandiu e consolidou seus preceitos na sociedade. Nesses termos, aclara NUCCI (2021, p. 39), o qual afirma que

Por óbvio, o sistema inquisitivo, mesmo servindo a um lado positivo, apresentou várias falhas e deu ensejo a abusos. Um dos principais custos do referido sistema deu-se, justamente, no âmbito da inquisição promovida pela Igreja, à carta de hereges. Em lugar de combater a injustiça social, terminou por promover uma autêntica caça às bruxas (literalmente), sem a menor chance de defesa. (NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Processual Penal. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 39)

O modelo inquisitorial no direito canônico, conforme o relato do catalão Nicolau Eymerich, no *Directorium Inquisitorum* (1376), permitia o início de uma ação penal com provas rasas e infundadas, utilizando-se a tortura como principal meio de obtenção de prova e da busca da verdade real

(...) o processo poderia começar mediante uma acusação informal, denúncia (de um particular) ou por meio da investigação geral ou especial levada a cabo pelo inquisidor. Era suficiente um rumor para que a investigação tivesse lugar e com ela seus particulares métodos de averiguação. A prisão era uma regra porque assim o inquisidor tinha à sua disposição o acusado para torturá-lo até obter a confissão. Bastavam dois testemunhos para comprovar o rumor e originar o processo e sustentar a posterior condenação. As divergências entre duas pessoas levavam ao rumor e autorizava a investigação. Uma única testemunha já autorizava a tortura.” (JÚNIOR, Aury Celso Lima L. FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 74)

Aury Celso Lima Lopes Júnior (2018, p. 28) pontua o principal erro do sistema inquisitorial “*Em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.*”

LIMA (2019, p. 39) também explana o fracasso do sistema inquisitorial nos dias atuais em face da propagação da Constituição durante a persecução penal,

Por essas características, fica evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº1) (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 39)

Desse modo, o modelo de sistema inquisitorial não condiz com os ditames constitucionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista existir ofensa aos princípios de imparcialidade do juiz, de presunção da inocência do acusado

3.2 Sistema acusatório

Nos termos de Willian Lira de Souza (2005, p. 01), “*é através do processo penal que o Estado implementa sua ideologia*”. Assim, a inserção do sistema acusatório no processo penal explana a vigência de uma Estado Democrático de Direito, em que se obedece os ditames constitucionais da presunção da inocência, paridade de armas durante a persecução penal e a manutenção da imparcialidade no último ato decisório do processo: o julgamento.

Nas palavras de SOUZA (2005, p. 12),

(...) a verdadeira identidade do sistema acusatório é ligada ao Estado Republicano. A noção de participação popular e garantias individuais frente ao governo, traços essenciais da república, informam o sistema acusatório e são incompatíveis com a inquisição. (Souza, Willian Lira de. Sistemas Processuais Penais. 2005, p. 12)

Historicamente o sistema acusatório, segundo SOUZA (2005, p. 15) “*foi o modelo vigente na Grécia antiga, na Roma republicana, na Inglaterra e na Europa pós-revolucionária*”, havendo uma participação popular efetiva diante das decisões judiciais.

Contudo, conforme JUNIOR (2021, p. 71), na época do Império,

(...) o sistema acusatório foi se mostrando insuficiente para as novas necessidades de repressão dos delitos, ademais de possibilitar com frequência os inconvenientes de uma persecução inspirada por ânimos e intenções de vingança. (JÚNIOR, Aury Celso Lima L. FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL. Editora Saraiva, 2021. p. 71)

Por conseguinte, JÚNIOR (2021, p. 71) menciona que a insatisfação e a descrença com o sistema acusatório significou o seu declínio social

insatisfação com o sistema acusatório vigente foi causa de que os juízes invadissem cada vez mais as atribuições dos acusadores privados, originando a reunião, em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar e julgar. (JÚNIOR, Aury Celso Lima L. FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL. Editora Saraiva, 2021. p. 71)

Posteriormente, com a Revolução Francesa, houve o declínio da influência da Igreja no aparelho judiciário estatal, possibilitando a tentativa de aplicar a humanização da persecução penal por meio da efetiva possibilidade do contraditório e a realização das garantias individuais concomitantemente, na forma do possível, com a busca da verdade real

Buscou-se um resgate da valorização da pessoa humana que, na época anterior, era subjugado por um suposto interesse social maior. A persecução penal pública e a busca da verdade real, antes metas absolutas, transformaram-se em valores relativos. (Souza, Willian Lira de. Sistemas Processuais Penais. 2005, p. 07. *Grifos nossos*)

Assim, retornou-se a ascensão do sistema penal acusatório e o cerne da separação de funções do juiz, uma vez que o magistrado apenas passa a possuir a incumbência de julgar, e não mais de acusar e defender como existia no sistema penal inquisitório.

No que tange à identificação do sistema penal acusatório e a atuação do juiz, é preciso esclarecer que não há consenso doutrinário sobre a referida pauta. Por exemplo, PACELLI (2020, p. 34), aduz que o sistema acusatório existe quando ocorre a separação das funções de acusar, defender e julgar¹⁰. Assim, o magistrado é considerado um telespectador da ação penal em curso, com o espreque de garantir a imparcialidade no julgamento. *In verbis*:

¹⁰ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 24. ed. rev. ref..Rio de Janeiro: Editora GEN, 2020, p. 34

O conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício de função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta de material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará. Violação patente do sistema acusatório. (PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. 24ª ed. rev. atual. ref. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 36)

No mesmo sentido urge as lições de SOUZA (2005, 12)

A característica marcante do processo acusatório reside na divisão dos poderes exercidos pelos sujeitos processuais. Ao acusador, cabe o exercício do poder de requerimento, ao imputado e sua defesa, o poder de resistir à imputação e, finalmente, ao julgador, cabe o poder de decisão. (SOUZA, Willian Lira de. Sistemas Processuais Penais. 2005, p. 12)

Já para JÚNIOR (2021, p. 72), a essência do sistema acusatório se encontra na gestão das provas nas mãos das partes - acusação e defesa -, estando o juiz inerte durante a persecução penal e manifestando-se apenas no julgamento.

(...) é a separação de funções (e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz) que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual. (JÚNIOR, Aury Celso Lima L. FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 72)

ABADE (2014, p. 05), eminente Procuradora Geral da República, ressalta a imprescindibilidade da inércia do juiz para o êxito da imparcialidade no âmbito do processo penal.

Ao juiz deve ser vedada a incumbência de busca de provas, pois dessa forma desnatura o sistema e se transforma em auxiliar da acusação, prejudicando o réu e seu direito à presunção de inocência, que contava com a absolvição por falta de provas pela incúria da acusação. (ABADE, Denise N. Série Carreiras Federais - Processo Penal. Grupo GEN, São Paulo, 2014. p. 5)

Assim, ressaltando as preleções anteriores, JÚNIOR (2021, p. 71) explana que o sistema acusatório e a imparcialidade estão interligadas, bem como a ocorrência de um julgamento justo e ausente de interferências psicológicas, uma vez que o contato prévio ou a participação da figura do magistrado na colheita de provas que serão objetos de acusação possibilita que haja a contaminação da racionalidade

do juiz no ato de julgar, o qual deveria ser imparcial e restrito às provas que lhe são apresentadas.

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. **Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.**

Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois se evitam eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação. (JÚNIOR, Aury Celso Lima L. FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 71. *Grifos nossos*)

Todavia, PACELLI (2020, p. 37) reputa como necessário considerar que a integral inércia do juiz durante a produção de provas na persecução penal pelas partes pode acarretar danos irreversíveis para a busca da verdade real no processo.

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.** (PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. 24ª ed. rev. atual. ref. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 37)

No mesmo sentido ressalta RODRIGUEZ (2017, p. 17) que, trazendo à tona as lições de Aury Lopes Júnior, aduz que

No aspecto negativo, a principal crítica a este sistema sempre foi, e segue sendo, em relação à inércia do juiz, que, ao deixar exclusivamente nas mãos dos litigantes a produção probatória, terá que se conformar com “as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado.” (RODRIGUEZ, BRUNO AUGUSTO PSENDZIUK. O Direito de Defesa no Sistema Processual Penal Inquisitivo. Porto Alegre/RS, 2017, p. 17)

Em razão disso, o sistema acusatório fomentou a existência do princípio do acesso universal à justiça, tendo em vista que a gestão e produção das provas, como já fora mencionado, passa a ser incumbência das partes (acusação e defesa),

motivo pelo qual deve ser proporcionado meios equivalentes de possibilidade de produção de provas para os dois polos da persecução penal.

Nesse sentido, como preleciona Aury Celso Lima Lopes Júnior (2021, p. 72), citando a obra “*Crítica à ideologia da exclusão*” de Enrique Dusse¹¹, há uma “*necessidade de criar um terreno fértil para que o réu tenha “condições de fala” e possa realmente ter “fala”*”. Dessa forma, o Estado possui participação crucial e indispensável para a efetividade e a universalidade do acesso à justiça, embasado na disposição constitucional do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*”

Também impõem ao Estado a obrigação de criar e manter uma estrutura capaz de proporcionar o mesmo grau de representação processual às pessoas que não têm condições de suportar os elevados honorários de um bom profissional. Somente assim se poderá falar de processo acusatório com um nível de eficácia que possibilite a obtenção da justiça. (DUSSEL, Enrique Domingos. *Filosofia da Libertação – crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995. *apud* JÚNIOR, Aury Celso Lima L. FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 72)

Corroborando a característica de paridade de armas no sistema acusatório, AVENA (2022, p. 07) aduz que

Outra nota importante refere-se à garantia da isonomia processual, significando que **acusação e defesa devem estar em posição de equilíbrio no processo, sendo-lhes asseguradas idênticas oportunidades de intervenção e igual possibilidade de acesso aos meios pelos quais poderão demonstrar a verdade do que alegam.** (AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 14ª ed. rev. atual. ref. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022, p. 07. *Grifos nossos*)

É importante ressaltar, também, que a existência do sistema acusatório se deu em razão da consolidação da instituição do Ministério Público efetivamente como parte acusadora no processo penal, tendo em vista que o sistema acusatório almeja afastar definitivamente a participação do juiz na fase de investigação preliminar e na acusação, a fim de manter a existência da imparcialidade e da efetiva existência de contraditório e ampla defesa para o réu durante a persecução penal.

¹¹ DUSSEL, Enrique Domingos. *Filosofia da Libertação – crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.

(...) não é pretensioso sustentar que a instituição que merece maior atenção na reformulação do moderno processo penal é o Ministério Público. **A par de sua inserção na investigação preliminar, da proficiência de sua atuação jurisdicional depende o definitivo afastamento do julgador da atividade instrutória, visto que ainda hoje é exercida preponderantemente como resguardo da indisponibilidade da persecução penal e do interesse social em detrimento da liberdade individual.** (SOUZA, Willian Lira de. *Sistemas Processuais Penais*. 2005, p. 09. *Grifos nossos*)

No mesmo sentido preleciona REX (2016, p. 17) que, utilizando as lições de Rangel (2010)¹² ratifica a mudança proporcionada pela existência da figura do *Parquet*

(...) No século XIV, na França, surgiram os procuradores do rei, os quais tinham a tarefa de ajuizar à ação penal, e a partir de então se originou o Ministério Público, titular da ação penal pública. **Desse modo, o juiz não iniciava mais de ofício a acusação penal, como ocorria no sistema inquisitivo.** (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 *apud* REX, Danielson Felipe. O princípio do contraditório no inquérito policial: por um sistema processual penal efetivamente acusatório. UNIJUÍ. Santa Rosa/RS. 2016. p. 17. *Grifos nossos*)

Como infere-se das disposições anteriores, o sistema acusatório possui como esteio a valorização da pessoa humana, logo, o acusado ou investigado passou a ser considerado como um sujeito dotado de direitos, e não mais como apenas um objeto a ser utilizado como meio de obtenção arbitrária de provas. No mesmo sentido recai o entendimento de SOUZA (2005, p. 14), em que explana que “o acusado, ao contrário do sistema inquisitório, é considerado um sujeito de direitos e colocado em posição de igualdade com o acusador.”

Nesse ínterim, as prisões arbitrárias, sigilosas e sem motivações explícitas não possuem esteio no sistema penal acusatório, tendo em vista que o princípio da presunção da inocência urge como preceito máximo da persecução penal. Nesse mesmo sentido, SOUZA (2005, p. 14), utilizando-se das lições de GUIMARÃES (2002, p. 130)¹³ pontua que “a liberdade do acusado no curso da instrução processual é regra a ser observada, já que somente será considerado culpado e

¹² RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

¹³ GUIMARÃES, R. R. C. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 130

poderá sofrer constrangimento privativo de liberdade, depois de regularmente condenado”.

Além disso, no que tange à análise das provas carreadas aos autos, vige, no sistema penal acusatório, o sistema do livre convencimento motivado, em que, diferentemente do sistema inquisitório, a prova é avaliada em conjunto com as demais provas e cabe ao juiz, utilizando-se da imparcialidade e do dever legal de dizer o direito para considerar a prova (in) eficaz para punir ou absolver o acusado. AVENA (2021, p. 437) corrobora que

Segundo este critério, embora possua o juiz liberdade na aferição das provas, esta não é irrestrita. Além disso, obriga-se o julgador a fundamentar as razões de seu entendimento. Despe-se este sistema de apreciação, como se vê, da rigidez do sistema da prova legal, devendo a decisão do magistrado resultar de uma operação lógica fulcrada em elementos de convicção angariados ao processo. (AVENA, Norberto. Processo Penal. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. pág. 437)

Assim, conclui-se, em conformidade com as disposições de Danielle de Souza Andrade e Silva (2003, p. 36) *“pode-se dizer que o acusatório é o sistema mais aplicado nos países que privilegiam a liberdade do cidadão”*, haja vista obedecer os princípios basilares previstos nos documentos internacionais de direitos humanos, a saber, o Pacto de San José da Costa Rica, bem como da Carta Magna Brasileira.

3.3. Sistema misto

O sistema misto ou inquisitivo garantista consiste em uma tentativa de equilibrar e sanar os defeitos dos dois sistemas processuais mais expandidos: inquisitório e acusatório. Nos termos de NEVES (2016, p. 16),

O sistema misto é fruto do fracasso da inquisição, uma substituição moderada dos modelos inquisitivos através da implantação de mecanismos do modelo acusatório antigo, mas sem permitir a persecução criminal através dos particulares. (NEVES, Luiz Gabriel Batista. Os sistemas Processuais Penais. 2016. p. 16)

O ilustre RANGEL (2023, p. 70) esclarece a finalidade precípua do surgimento do sistema misto:

Procurou-se com ele temperar a impunidade que estava reinando no sistema acusatório, em que nem sempre o cidadão levava ao conhecimento

do Estado a prática da infração penal, fosse por desinteresse ou por falta de estrutura mínima e necessária para suportar as despesas inerentes àquela atividade; ou, quando levava, em alguns casos, fazia-o movido por um espírito de mera vingança. (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. São Paulo: Grupo GEN, 2023. p. 70)

Assim, o supracitado sistema, previsto no Código Napoleônico (1808), é caracterizado por duas fases que almejam proporcionar o sistema mais eficaz para a aplicação da lei: a fase pré-processual, fazendo jus aos pressupostos do sistema inquisitorial e a fase processual, a qual obedece às características previstas no sistema acusatório.

Sobre a competência estatal de punir, Rangel (2023, p. 70) reitera que a titularidade permanece com o Estado, apesar da participação do juiz nas investigações criminais em busca de provas:

Nesse caso, continuava nas mãos do Estado a persecução penal, porém feita na fase anterior à ação penal e levada a cabo pelo Estado-juiz. As investigações criminais eram feitas pelo magistrado com sérios comprometimentos de sua imparcialidade, porém a acusação passava a ser feita, agora, pelo Estado-administração: o Ministério Público. (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. São Paulo: Grupo GEN, 2023. p. 70)

Rememorando os pressupostos do sistema inquisitorial, a fase pré-processual é denominada como "instrução preliminar" ou "*juizado de instrução*", onde o juiz atua *ex officio*, sem contraditório ou ampla defesa garantido ao réu, em busca de colheita de elementos de informações que justifiquem o início da ação penal pelo Ministério Público.

Nas lições de RANGEL (2023, p. 70), a fase preliminar de investigação é iniciada "*por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação.*".

Além disso, a instrução é secreta e escrita, de modo que o investigado é apenas considerado como um objeto.

A segunda fase procedimental chamada de "*fase judicial*" é carregada de inércia do juiz em face da atuação das partes, sobretudo da participação do

Ministério Público em iniciar a persecução penal com a denúncia. Ademais, existe a garantia do contraditório e da ampla defesa, bem como a publicidade como regra nos atos judiciais.

Não obstante da tentativa de instituir um sistema perfeito, o sistema misto não é carregado de segurança jurídica sob o viés da imparcialidade no que tange à colheita de provas. A atuação desenfreada do juiz sob o ramo inquisitorial para a colheita de elementos de informação sem a observância do contraditório e da ampla defesa ocasiona a contaminação do processo judicial, uma vez que tais elementos informativos são sintetizados pelo *Parquet* e apresentados ao magistrado quando iniciada a persecução penal.

Nesse sentido, pontua JUNIOR (2020, p. 50-51):

A concepção de sistema processual não pode ser pensada de forma desconectada do princípio supremo do processo, que é a imparcialidade, pois existe um imenso prejuízo que decorre dos pré-juízos (conforme consolidada jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos), isto é, juiz que vai de ofício atrás da prova está contaminado e não pode julgar, pois ele decide primeiro (quebra da imparcialidade) e depois vai atrás da prova necessária para justificar a decisão já tomada (quebra da concepção de processo como procedimento em contraditório). (LOPES JR., Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva 2020, p. 50-51.)

Além disso, acertadamente Aury Lopes Jr.¹⁴, citando Jacinto Coutinho, ressalta que o fato do sistema ser conceituado como misto não induz concluir de que os dois sistemas processuais - acusatório e inquisitório - atuam de forma isolada em suas respectivas fases, pois, há uma interferência mútua entre si de modo que o sistema inquisitório não impeça a eficácia dos pressupostos do sistema acusatório. Assim, Jacinto Coutinho¹⁵ corrobora afirmando que “*o fato de ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.*”

LOPES JR. (2019, p. 51-52) conclui:

¹⁴ Lopes Jr., Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019, p. 51-52

¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro”, p. 7.

Portanto, é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz. (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 51-52)

No que tange à eficácia da existência de um sistema pré-processual inquisitório, NEVES (2016, p. 17) resgatando as lições de COUTINHO (2001, p. 69)¹⁶, explana que

Não há como conviverem os sistemas acusatório e inquisitivo ao mesmo tempo. **O processo penal só irá alcançar as finalidades constitucionais quando estiverem presentes as garantias acusatórias do início ao fim do processo ou se for criado um juiz responsável pelos atos da fase investigatória, não tendo nenhuma ligação com o juiz que irá reger o procedimento após o recebimento da denúncia, aliás, após a investigação poderia ser tocado fogo no inquérito.** (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. 2001, p. 69 *apud* Neves, Luiz Gabriel Batista. Os sistemas Processuais Penais. 2016. p. 17. *Grifos nossos*)

No mesmo íterim urge o entendimento de RANGEL (2023, p. 71). *In verbis*:

“A função jurisdicional deve ser ao máximo preservada, retirando-se, nos Estados democráticos de direito, o juiz da fase persecutória e entregando-se a mesma ao Ministério Público, que é quem deve controlar as diligências investigatórias realizadas pela polícia de atividade judiciária, ou, se necessário for, realizá-las pessoalmente, formando sua *opinio delicti* e iniciando a ação penal.” (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Grupo GEN. 2023, p. 71).

Assim, em consonância com o entendimento de RANGEL (2023, p. 71), considera-se que o sistema misto em testilha “*não é o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar da acusação*”, não garantindo a imparcialidade necessária do magistrado para o ato de julgar.

3.4. Sistema processual brasileiro e o juiz das garantias

O modelo do sistema processual penal brasileiro é objeto de divergência doutrinária de grande monta em razão das disparidades temporais em que os

¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. 2001, p. 69.

objetos de estudos foram publicados: Código de Processo Penal de 1941 *versus* Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Aury Celso Lima Lopes Júnior, em sua obra “*Direito Processual Penal*”, traz à baila que desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) vige o sistema acusatório, tendo em vista que

(...) desenha claramente o núcleo desse sistema ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público (art. 129), exigindo a separação das funções de acusar e julgar (e assim deve ser mantido ao longo de todo o processo) e, principalmente, ao definir as regras do devido processo no art. 5º, especialmente na garantia do juiz natural (e imparcial, por elementar), e também inciso LV, ao fincar pé na exigência do contraditório. (Júnior, Aury Celso Lima Lopes. *Direito Processual Penal*. p. 16)

Contudo, a promulgação da Carta Magna ocorreu após a vigência do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, o qual institui o Código de Processo Penal Brasileiro. Assim, diversos dispositivos do Processo Penal Brasileiro são dotados de caráter inquisitório, evidenciando a incompatibilidade com as novas preleções do constitucionalismo e do seu viés garantista, uma vez que, nos termos de NEVES (2016, p. 19) “*embora se reconheça que o Código de Processo Penal tenha relevância no assunto, a compatibilização de suas normas com a Magna Carta é indispensável para validar qualquer dispositivo do Código de Ritos Penais*”.

Diante disso, após longo período de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, houve o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, também denominado de “*Pacote Anticrime*”, em que promoveu alterações substanciais no Código de Processo Penal, sobretudo no que se refere ao sistema processual penal adotado para se adequar expressamente aos preceitos constitucionais.

Com a inovação legislativa, o Código Processual Penal Brasileiro demonstrou superação em face às teorias inquisitoriais vigentes que estavam de encontro com a Carta Magna e adotou a estrutura acusatória de forma expressa no artigo 3º-A do Código de Processo Penal com a seguinte redação: “*O processo penal terá estrutura*

acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)¹⁷”.

É imprescindível pontuar que o supracitado artigo 3º-A do Código de Processo Penal se encontra suspenso em razão da concessão de liminar na medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal. Todavia, a referida situação não constitui empecilho para pontuar os avanços constitucionais que as alterações legislativas promoveram no Código de Processo Penal, assim como na doutrina pátria, demonstrando que o magistrado não deve atuar na fase investigatória, tampouco na acusatória.

Conforme se depreende das lições de Aury Lopes Jr., (2020, p. 16), as principais consequências da adoção do sistema acusatório é a revogação tácita de dispositivos processuais que previam a possibilidade do magistrado agir de ofício sem instigação de qualquer das partes, como, por exemplo, *“decretar a prisão preventiva de ofício, pudesse determinar de ofício a produção de provas ou ainda pudesse condenar o réu sem pedido do Ministério Público”*

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

(...)

Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

(...)

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição,

¹⁷ Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”
(Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941)

Desse modo, surge o Juiz das Garantias como forma de garantir a imparcialidade do juiz que irá julgar as provas carreadas pela defesa e pela acusação durante a persecução penal.

Assim, o Juiz das Garantias é o magistrado incumbido de atuar em todos os atos judiciais antes do recebimento da denúncia, em observância ao princípio da reserva da jurisdição, conforme o artigo 3º-B, inciso XII, do Código de Processo Penal, isto é, na fase de inquérito policial ou de investigação criminal.

Desse modo, observando os preceitos acusatórios, cabe ao juiz das garantias considerar o sujeito investigado como detentor de direitos e deveres constitucionais, conforme previsão expressa após o advento da Lei nº 13.964/2019

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela **salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário**, competindo-lhe especialmente: (BRASIL. Código de Processo Penal. *Grifos nossos*)

Assim, nota-se a influência dos preceitos constitucionais inclusive no inquérito policial, demonstrando o núcleo do sistema penal acusatório vigente no Código de Processo Penal brasileiro.

Não obstante à isso, RANGEL (2023, p. 82) preleciona que o sistema processual penal vigente após a inclusão do juiz das garantias com reforma da Lei n 13.964, de 24 de dezembro de 2019 é o sistema misto, evidenciando a existência do juizado de instrução, isto é, a fase pré-processual que antecede a judicial.

Único problema que o legislador não percebeu: para criar o juiz de garantias necessários se faz mudar também o sistema processual penal vigente no País de acusatório para juizado de instrução. Do contrário, teremos um sistema acusatório em que se visa retirar das mãos do juiz a gestão da prova, mas se permite deixar o juiz praticando atos inerentes à investigação criminal. Contradição jurídica inadmissível.

Ou o sistema é acusatório (art. 129, I, da CR) e o juiz afastado está da investigação criminal; ou o sistema é o juizado de instrução e o juiz irá conduzir a investigação que, uma vez conclusa, será entregue ao MP, que irá oferecer denúncia para que **outro magistrado diferente daquele que**

fez a investigação a receba. Isso sim é um verdadeiro juizado de instrução em que fará sentido um juiz de garantias. (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. São Paulo: Grupo GEN, 2023, p. 82)

Assim, para Rangel, a separação da figura dos magistrados, em que um atua na fase investigatória enquanto o outro exerce jurisdição na fase judicial, apenas se aplica no sistema misto, pois vai de encontro com o sistema penal acusatório, pois este prevê que a gestão da prova apenas é incumbido às partes, e não ao juiz, bem como a total separação de participação do juiz.

Contudo, como mencionado em alhures, a fase de instrução prevista no sistema misto é dotada de ampla inquisitorialidade, isto é, não há a devida observância aos preceitos constitucionais, sobretudo às garantias individuais dos investigados, o que não ocorre com o juiz das garantias, haja vista que a sua presença na fase investigatória possui a função de garantir que haja a observância dos fundamentos constitucionais, bem como, após requerido pelas partes, decidir conforme as disposições constitucionais, não vinculando o juiz da instrução e julgamento.

Art. 3º-C.

(...)

§ 2º **As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento**, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Desse modo, entende-se que, não obstante à suspensão da eficácia do Juiz das Garantias, vige no ordenamento pátrio o sistema penal acusatório, tendo em vista que hoje a influência dos direitos e garantias fundamentais na fase pré-processual (inquérito policial) é evidente, como, por exemplo, a existência da súmula vinculante n 14 do Supremo Tribunal Federal, em que garante que haja o acesso dos elementos de informação já colhidos durante a investigação criminal, assim como a previsão no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB) de assistir o investigado durante o interrogatório policial. *In verbis*:

Art. 7º São direitos do advogado:

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração. (BRASIL. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). 1994).

4. FAKE NEWS E O INQUÉRITO Nº 4.781/DF

4.1. Contexto político-social das *fake news* e a influência na instauração do inquérito nº 4.781/DF *ex officio*

Inicialmente, para o êxito desta pesquisa, é imprescindível pontuar que o conceito do fenômeno das notícias falsas, também chamadas de *Fake News* ainda se encontra impreciso, em razão de ser um fato contemporâneo e que ainda não se sabe, de forma exata, em que oportunidades e para quais finalidades são utilizadas.

Além disso, ressalta-se a importância da cautela em definir o que são “*Fake News*”, haja vista existir a tentativa de combater as condutas que se encaixem como tais, de modo que pode vir a colidir com o direito constitucional de liberdade à expressão. Nesse sentido, preleciona Alves e Maciel (2020, p. 8)

É preciso ter em mente que estamos lidando com um **terreno extremamente sensível, em permanente tensão com o respeito à liberdade de expressão**. Qualquer vagueza nos tipos penais ou indeterminação nos dispositivos legais pode abrir brechas perigosas para práticas de censura ou perseguição política. Qualquer vagueza nos tipos penais ou indeterminação nos dispositivos legais pode abrir brechas perigosas para práticas de censura ou perseguição política. (ALVES, Marcos Antônio Sousa; MACIEL, Emanuela Ribeiro Halfed. O fenômeno das fake news: definição, combate e contexto. Revista Internet & Sociedade. São Paulo, v.1, n. 1, p. 144-171, jan. 2020, p. 8. *Grifos nossos*.)

Assim, em uma brilhante análise, Alves e Maciel (2020, p. 09) prelecionam o compilado de conceitos acerca da “*Fake News*” presentes na obra do ilustre português João Paulo Meneses (2018, p. 49) “*Sobre a necessidade de conceptualizar o fenómeno das fake news*”¹⁸. O primeiro deles é Reilly, o qual considera que são informações exageradas que, apesar de serem propagadas como reais, são evidentemente falsas, possuindo o intuito de enganar ou confundir um público.

Por outro lado, Torres restringe a denominação de *Fake News* à “*histórias enganosas, espalhadas de forma maliciosa por fontes que se fingem legítimas*”.

¹⁸ Meneses, J. P. (2018). Sobre a necessidade de conceptualizar o fenómeno das *Fake News*. Observatório (OBS*), *Special Issue*, vol. 12, n.º 4, pp. 37-53.

Assim, ao considerar o referido conceito, desconsidera-se como notícias falsas aquelas compartilhadas em perfis privados.

De uma forma mais contemporânea, Tan e Ang consideram como *Fake News* os sites que publicam informações e propagandas como se verdadeiras fossem, com o intento de ampliar os efeitos do tráfico online.

Por fim, Klein e Wueller (2020, p. 09) restringem o âmbito de existência das *fake news* apenas *online* e afirmam que

Fake news são coisas inventadas, magistralmente manipuladas para parecerem notícias jornalísticas críveis, que são facilmente espalhadas online para amplas audiências e propensas a acreditar nas ficções e espalhar a verdade. Falsas, normalmente sensacionalistas, informação disseminada com pretensão de simular um noticiário. A publicação online de informações falsas de forma intencional ou sabida. (ALVES, Marcos Antônio Sousa; MACIEL, Emanuela Ribeiro Halfed. O fenômeno das fake news: definição, combate e contexto. Revista Internet & Sociedade. São Paulo, v.1, n. 1, p. 144-171, jan. 2020, p. 9)

Assim, visando estender o âmbito de existência da aplicação das *Fake News*, Alves e Maciel (2020, p. 09), velando-se das disposições de Ribeiro e Ortellado (2018)¹⁹, consideram que não se trata apenas da veiculação de notícias falsas ou especulações sobre determinado acontecimento de forma aleatória, mas existe, de fato, uma ação que possui o intuito de embasar determinada pré-concepção sobre um assunto ou situação polarizada. *In verbis*:

O presente artigo considera que as fake news são “informações de combate” (Ribeiro & Ortellado, 2018a), cuja disseminação não possui como base, necessariamente, o dolo, ou seja, o objetivo de manipulação do receptor com intuito de enganar, mas é mais precisamente concebida como uma informação disseminada com objetivo de convencimento e de fortalecimento de uma posição no interior de uma disputa narrativa em um contexto altamente polarizado. (RIBEIRO, M.M, & Ortellado, P. (2018a). O que são e como lidar com as notícias falsas. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos* apud ALVES, Marcos Antônio Sousa; MACIEL, Emanuela Ribeiro Halfed. O fenômeno das fake news: definição, combate e contexto. Revista Internet & Sociedade. São Paulo, v.1, n. 1, p. 144-171, jan. 2020, p. 9)

¹⁹ RIBEIRO, M.M, & Ortellado, P. (2018a). O que são e como lidar com as notícias falsas. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*

Desse modo, depreende-se do compilado de definições que ainda se trata de uma tarefa hercúlea, em face da incerteza da finalidade, da extensão e das consequências que podem advir da existência e da expansão das *Fake News*. Contudo, infere-se que a pedra de toque da problemática da existência de veiculação de notícias falsas versa sobre a tentativa de influenciar e convencer determinado público de que a notícia que é objeto de leitura é verdadeira para favorecer determinado tema, isto é, quando é utilizado como instrumento de manipulação em massa, sobretudo no âmbito político.

Nesse sentido, Alves e Maciel (2020, p. 10) aclaram que

Via de regra, as fake news encontram seu motor não no desejo de negar a verdade, mas sim na vontade de vencer a disputa a qualquer preço, mesmo que para isso seja preciso falsear a realidade. As pessoas deixam de se perguntar se a notícia é verdadeira ou falsa. Estão ainda menos preocupadas se os fatos estão bem assentados ou se a fonte é confiável. A única coisa que importa é se a notícia favorece sua posição em um contexto polarizado. Assim, produzimos e fazemos circular informações de maneira entrincheirada, usando notícias e manchetes como armas no meio de um campo de batalha. (ALVES, Marcos Antônio Sousa; MACIEL, Emanuela Ribeiro Halfed. O fenômeno das fake news: definição, combate e contexto. Revista Internet & Sociedade. São Paulo, v.1, n. 1, p. 144-171, jan. 2020, pág. 10)

Ressalta-se que as notícias falsas sempre existiram nas sociedades, mas a divulgação e a circulação da informação era filtrada em face dos poucos meios telecomunicativos que estavam à disposição, a saber: jornais impressos, canais televisivos e cartas.

Todavia, o cenário foi modificado conforme houve o avanço e a universalização do acesso à internet, bem como das redes sociais, haja vista a propagação de notícias não possuírem uma classificação, restando ao próprio propagador do texto averiguar a veracidade da informação publicada.

Alves e Maciel (2020, p. 5), utilizando-se das preleções de Mans (2018)²⁰, sintetiza a influência da popularização das redes sociais com a expansão e a facilidade de expor *Fake News*.

²⁰ MANS, M. (junho, 2018). A Era da Pós Verdade. Revista BR, ed. 14, ano 9, pp. 5-11.

A ideia básica que permeia a menção aos termos 'fake news' e 'pós-verdade' é a da existência de uma era de rápida velocidade de produção e circulação da informação. Em suma, as formas tradicionais de organização, seleção, classificação e exclusão discursivas são colocadas em xeque em um ambiente no qual parece não haver mais qualquer autoridade estabelecida, ou seja, no qual qualquer um pode dizer qualquer coisa sobre qualquer assunto da maneira que bem entender. **A informação pode vir de qualquer fonte e sem nenhum critério, com potencial de se espalhar, de manipular as emoções e de realizar influência destrutiva e determinante na população, capaz talvez de definir os rumos das democracias contemporâneas.** (MANS, M. (junho, 2018). A Era da Pós Verdade. Revista BR, ed. 14, ano 9, pp. 5-11. *apud* ALVES, Marcos Antônio Sousa; MACIEL, Emanuela Ribeiro Halfed. O fenômeno das fake news: definição, combate e contexto. Revista Internet & Sociedade. São Paulo, v.1, n. 1, p. 144-171, jan. 2020, p. 10. *Grifos nossos.*)

Durante as eleições presidenciais estadunidenses, em 2016, e brasileira, em 2018, as quais restaram como eleitos Donald Trump e Jair Messias Bolsonaro, respectivamente, houveram diversas veiculações de *fake news* com o intento de desestabilizar o candidato adversário, bem como deturpar a legitimidade das instituições de direito existentes no país.

A consequência prática da propagação da prática de *fake news* em redes sociais, sobretudo dotadas de viés político-partidário aliada ao excesso e à desenfreada utilização da liberdade de expressão é a ofensa à existência dos pressupostos do Estado Democrático de Direito, pois, conforme CRUZ (2021, p. 32)

A utilização desses meios para se projetar eleitoralmente é capaz de trazer a derrocada da democracia, já que se constituem em formas fraudulentas de obtenção de poder que não visam a satisfação da vontade do povo, mas sim a vontade apenas daquele que tem como intenção de assumir o poder. (CRUZ, Ulisses Lima Da. A disseminação de notícias falsas (*fake news*) e a atuação do poder judiciário. UFSC/SC. 2021. p. 32)

A partir da popularização e facilidade de propagar quaisquer informações na rede mundial de computadores, bem como da polarização de ideologias após as eleições presidenciais brasileiras de 2018, o Supremo Tribunal Federal - instituição de direito - padeceu de ataques virtuais sobre a sua existência e eficácia no Poder Judiciário, bem como ofensas e ameaças à integridade física dos membros e familiares da Corte, em razão do teor de decisões judiciais contrárias à Operação Lava-Jato e da explanação do protagonismo exacerbado em processos judiciais que

envolvem figuras públicas e a corrupção, sobretudo nas mídias sociais - *internet, sites*, jornais em horários nobres.

O início da descredibilidade da função do Supremo Tribunal Federal em proteger a Constituição da República Federativa do Brasil e, conseqüentemente, a intensificação das críticas às figuras dos ministros da Corte Suprema ocorreram após a publicação de um artigo²¹ na revista *Crusoé*, o qual o ex-procurador da Operação Lava-Jato, Diogo Castor de Mattos, acusou o Supremo Tribunal Federal de tentar aplicar um “*Golpe à Lava Jato*” e intitulando a Suprema Corte como “*turma do abafa*” quando houve a decisão de deslocar a competência dos crimes investigados na Lava-Jato para a Justiça Eleitoral.

Por conseguinte, diante da publicação, corroborou-se para o sentimento de impunidade e de conluio entre a Corte Suprema e os investigados pelos crimes de “*colarinho branco*”, provocando a sensação de que a lei não se aplica a todos.

Dessa maneira, diante da denúncia de golpe ocorreu a perda de credibilidade no Poder Judiciário, bem como se intensificou a polarização e a gravidade das ameaças contra a honra e à integridade física dos membros e familiares da Corte Suprema que foram publicadas nas redes sociais *Facebook* e *Twitter*:

“que estuprem e matem as filhas dos Ordinários Ministros do STF (postagem realizada da rede social Facebook por advogada do Rio Grande do Sul, sugerindo e instigando aqueles que não concordem com decisões proferidas pelos Ministros desta CORTE devem resolver essas pendências usando de violência e com o cometimento de crimes hediondos)”.

Quanto custa atirar a queima roupa nas costas de cada ministro filho da puta do STF que queira acabar com a prisão da segunda instância? Se acabarem com a prisão em segunda instância, só nos resta a jogar combustível e tocar fogo no plenário do STF com ministros Barbies dentro.

Ataques cibernéticos nos e-mails institucionais. Ameaças a membro da Corte e seus familiares: Já temos em nosso poder armas e munição de grosso calibre (...) esconda seus filhos e parentes bem escondido na Europa porque aqui você não vai ter aonde se esconder, o inferno e a revolta vai cair sobre sua cabeça (...) Fazemos um tribunal em Praça pública com direito a fuzilamento de todos os parasitas e vagabundos estatais que se acham Deuses Na terra, como os Vagabundos ordinários dos seus colegas ministros, que são autoritários e Mentirosos.

²¹ Revista *Crusoé*. Procurador da Lava Jato denuncia o "mais novo golpe" do STF. Disponível em: <<https://oantagonista.uol.com.br/brasil/procurador-da-lava-jato-denuncia-o-mais-novo-golpe-stf/>>.

(...) vai se fuder desgraça, fica aí perseguindo pessoas inocentes, quer uma ameaça real?? Ta aí o papo reto no texto acima, você vai ser jogada na lata do lixo principalmente depois do seu Voto sobre prisão em segunda instância, isso aí já é motivo pra pegarmos em armas e fazer revolução armada contra todos vocês. Fique esperta e cuide bem dos seus parentes porque nós vamos ser sua sombra.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 135)

4.2. O inquérito das *Fake News*, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572 e a (in) constitucionalidade

Diante da vastidão e recorrência das ameaças, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, com base no artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), instaurou um inquérito de ofício pela Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019, a fim de apurar, em toda a sua dimensão, os fatos e infrações, considerando as prerrogativas do Supremo. Eis o texto na íntegra:

O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno,

CONSIDERANDO que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 13, I);

CONSIDERANDO a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares,

RESOLVE, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda a sua dimensão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2019)

Na mesma portaria, Dias Toffoli designou como o responsável pela condução do inquérito instaurado *ex officio* o Ministro Alexandre de Moraes:

Designo para a condução do feito o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2019)

De posse da presidência, o ministro Alexandre de Moraes proferiu um despacho inicial em que esclareceu o objeto do inquérito, bem como determinou medidas administrativas para compor a estrutura pessoal para a condução do inquérito. Vejamos:

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

Para tanto, adoto, desde logo, as seguintes medidas administrativas (...) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2019)

A portaria nº 69 de 2019 foi objeto de impugnação pela ADPF nº 572, protocolada pelo partido Rede Sustentabilidade em 25 de março de 2019, em que aduziu que o inquérito era lesivo aos preceitos fundamentais da Constituição de 1988.

Conforme a ADPF, a base legal da instauração do inquérito, a saber, o artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, encontra-se equivocada para a investigação do objeto do inquérito nº 4.781/DF, tendo em vista que o dispositivo legal versa sobre ocorrências na sede ou dependências da Suprema Corte..

O artigo 43 aduz que “*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*”, bem como o artigo 1º, parágrafo único, da Resolução nº 564 de 2015 que regulamenta o poder de polícia para garantir a ordem nas dependências do Supremo, invocado pelo supracitado artigo. Assim:

Art. 1º (...)

Parágrafo único. O exercício do poder de polícia destina-se a assegurar a boa ordem dos trabalhos no Tribunal, proteger a integridade de seus bens e serviços, bem como a garantir a incolumidade dos ministros, juizes, servidores e demais pessoas que o frequentam. (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 1980)

Dessa forma, sustentou-se que a portaria foi lacunosa e insuficiente em não situar o local onde os delitos foram praticados e “*é totalmente ilegal - por extrapolar os próprios requisitos do RISTF c/c Resolução nº 564/2015*” (ADPF 572, pág. 9)

Além disso, o requerente ressaltou que a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar e processar é taxativa, estando prevista no artigo 102, inciso I, da Constituição Federal.

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

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

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

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;” (Constituição da República Federativa do Brasil. 1988)

Desse modo, em razão da inexistência de compatibilidade com o que aduz o artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, bem como da ausência de indicação de autores do fato sujeitos à jurisdição da Suprema Corte no despacho do inquérito inicial proferido por Alexandre de Moraes, restou configurada a criação de um Tribunal de Exceção, o qual é vedado pelo artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal.

Além disso, o partido Rede Sustentabilidade sustentou que houve ofensa ao princípio da legalidade estrita - preceito fundamental a ser observado nas investigações e ações penais -, tendo em vista que o inquérito em testilha, por investigar fatos criminosos, exige que haja, ao menos, a existência de indícios da ocorrência de um ilícito penal para demonstrar a existência de justa causa para a instauração da investigação - exigência que não está presente na portaria GP nº

69/2019, pois o ato instaurador apenas arrolou ocorrências isoladas e não um fato concreto que possibilite a atuação do Direito Penal.

Além disso, reputou que houve uma clarividente ofensa à usurpação de competência constitucional do Ministério Público prevista no artigo 129, inciso I da Constituição Federal e a ofensa ao sistema acusatório, haja vista a concentração das funções de investigar, acusar e, posteriormente, a de julgar os sujeitos.

Nessa toada, à época Procuradora-Geral da República, Doutora Raquel Dodge, o titular de uma possível ação penal oriunda do inquérito das *Fake News*, solicitou o arquivamento do supracitado inquérito com esteio na existência de um sistema penal acusatório, ressaltando a imprescindibilidade da separação de funções para a atuação justa, isenta e imparcial do Poder Judiciário - órgão que possui a função precípua de decidir e julgar as ações penais existentes e dizer o direito. Assim: *“O sistema penal acusatório estabelece a intransponível separação de funções na persecução criminal: um órgão acusa, outro defende e outro julga. Não admite que o órgão que julgue seja o mesmo que investigue e acuse.”* (MPF, 2019)

Na solicitação de arquivamento, Dodge ressaltou que o Supremo Tribunal Federal determinou o cumprimento de medidas cautelares sujeitas à reserva de jurisdição sem qualquer participação e comunicação prévia ao órgão acusador, o qual é inerente à sua função institucional, conforme previsão no artigo 129, inciso VII da Constituição Federal e do artigo 7º, inciso II da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. *In verbis*:

CRFB/88, art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

LC nº 75/1993, art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais:

(...)

II - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas;

Nesse ínterim, a procuradoria mencionou a violação da função do Ministério público em fiscalizar as investigações e formação dos elementos de informação para embasar o titular da ação penal, pois o ministro Alexandre de Moraes, pois, nos autos do inquérito 4.781, determinou a proibição de veiculação²² da matéria na revista da *Crusoé*²³, intitulada “*Amigo do amigo do meu pai*”, em que apontava o ministro Dias Toffoli como participante na Lava-Jato, afirmando se tratar de *fake news*. Sobre a atuação do Ministério Público Federa, Dodge afirma que

“Ora, como visto, o sistema processual penal vigente no país impõe que, no curso de inquéritos, o Ministério Público atue durante a investigação, inclusive recebendo os autos periodicamente, ocasião em que analisará não apenas a legalidade, mas também a validade e a pertinência da prova produzida para a formação da sua opinio delicti. Em ambos os casos, o Ministério Público também realizará o controle externo da atividade policial. É o que de corre do artigo 129-I, II, VII, VIII e §2o da Constituição e do art. 38-II da LC 75/93.” (BRASIL. Ministério Público Federal, p. 13.)

Ademais, acerca da designação da presidência do inquérito nº 4.781/DF para o Alexandre de Moraes sem qualquer subordinação à sorteio, Dodge também considerou ofensa ao sistema acusatório, haja vista não observar a existência do princípio do juiz natural, do sistema da distribuição dos processos e da imparcialidade do julgador, provocando o ressurgimento das características do sistema penal inquisitorial característica de sistemas de governos autoritários.

“No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator, aleatoriamente escolhido pelo sistema de distribuição regular, é o juiz natural, o juiz garante, responsável por decidir questões legais. Não é o juiz investigador. Juiz investigador existia no sistema penal inquisitorial abolido pela Constituição de 1988, que o substituiu pelo sistema penal acusatório.” (Ministério Público Federal, 2019, p. 4-5)

Contudo, apesar das alegações contidas na ADPF nº 572 e da solicitação de arquivamento do Ministério Público Federal - titular da ação penal -, a Suprema

²² *Metrópoles*. STF manda revista tirar do ar matéria sobre o presidente da Corte. Disponível em: <[²³ Revista *Crusoé*. “O amigo do amigo do meu pai.” Disponível em: <<https://crusoe.uol.com.br/edicoes/50/o-amigo-do-amigo-de-meu-pai/>>](https://www.metropoles.com/brasil/justica/stf-manda-revista-tirar-do-ar-materia-sobre-o-presidente-da-corte#:~:text=O%20ministro%20do%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20%28STF%29%20Alexandre.A%20decis%C3%A3o%20passou%20a%20valer%20nesta%20segunda-feira%20%2815%2F04%2F19%29.>></p></div><div data-bbox=)

Corte, em 05 de junho de 2020, ao longo de 382 páginas, proferiu acórdão em que considerou o inquérito nº 4.781/DF dotado de constitucionalidade.

Acerca do cerceamento do princípio da Liberdade de Expressão garantido constitucionalmente, os Ministros aduziram que o Tribunal reconhece a existência do referido direito fundamental, contudo, ele não é absoluto e o indivíduo está sujeito às responsabilidades civis e penais. Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal considerou razoável a interferência no direito à liberdade de expressão quando se evidencia a ocorrência de um delito.

“Mesmo com a preponderância que a liberdade de expressão assume em nosso sistema de direitos, e de sua “posição de preferência” [*preferred position*], seu uso em casos concretos pode se tornar abusivo. Neste sentido, podem-se agregar ao exercício legítimo da liberdade de expressão alguns condicionantes que balizem a aferição de responsabilidades civis e penais.

(...)

A Suprema Corte passa adotar um teste mais protetivo, conhecido como “ação ilegal iminente”, que se baseia na identificação do cometimento ou da incitação ao cometimento de um crime iminente, e não apenas possível em um futuro indeterminado.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020, p. 40-42)

Moraes, ao tratar sobre o tema em seu voto, aduziu que o objeto do inquérito das *fake news* não ofende a liberdade de expressão, pois atingiu o bem jurídico dos ministros da Corte.

“No que se refere ao objeto do presente julgamento, importa enfatizar que a apuração levada a efeito nos autos do inquérito ocorre em relação a ofensas e agressões que caracterizem crimes contra a honra, contra a integridade física ou contra a vida dos Ministros, além de crimes contra a lei de segurança nacional praticados contra o Poder Judiciário, em especial, o próprio Supremo Tribunal Federal.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020, p. 158)

Sobre o rol taxativo previsto no artigo 102 da Constituição Federal, o ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, aduziu que o Supremo Tribunal Federal possui uma “*verdadeira competência implícita*”, motivo pelo qual a instauração do inquérito para investigar fatos e atos que atentem contra a autonomia e independência do Poder Judiciário é dotada de constitucionalidade, sobretudo quando os órgãos de defesa se manterem em inércia. *In verbis*:

“O dever institucional do Presidente do Supremo Tribunal Federal de zelar pela intangibilidade das prerrogativas da Corte e de seus Membros decorre, Senhores Ministros e Ministras, diretamente do próprio Texto Constitucional, como importante garantia de efetividade da justiça constitucional, da independência da magistratura e separação dos Poderes, constituindo -se verdadeira competência implícita do Supremo Tribunal Federal.

Como fazer valer a defesa intransigente da Constituição, da democracia, do Estado de Direito e dos direitos fundamentais contra coações, ataques, constrangimentos, ameaças e atentados contra o Supremo Tribunal Federal e seus Membros, se o próprio Supremo não se puder defender na ausência de defesa por parte de outros órgãos? (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020, p. 89)

Portanto, o Eminentíssimo ministro, em seu voto de (in) constitucionalidade do inquérito 4.781/DF, expandiu a competência do artigo 102 da CRFB/1988 para justificar a atuação *ex officio* em um ato investigatório criminal.

No que tange à usurpação de competência do Ministério Público, a maioria da Corte compreendeu que o *Parquet* não possui a exclusividade na investigação preliminar, mas apenas da ação penal - ou seja, a partir do recebimento da denúncia ou queixa-crime.

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”
(Constituição da República Federativa do Brasil, 1988)

Assim, apenas se valendo da interpretação literal do artigo 129 da Constituição Federal de 1988, concluiu-se que “*a titularidade da ação penal não elide a promoção de diligências investigativas (STF, 2020, p. 50)*”, ou seja, reputou inexistir ofensa ao sistema acusatório, tendo em vista que o inquérito é eivado de características inquisitoriais.

“A atribuição de prerrogativas para instauração de procedimento investigatório ao SUPREMO TRIBUNAL, como órgão de cúpula do Poder Judiciário e principal titular da Jurisdição Constitucional, é coerente com o sistema de garantias conferidos pela Constituição, não havendo que se falar em afronta ao devido processo legal, ao dever de imparcialidade ou ao princípio acusatório.

Ao Presidente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, enquanto Chefe do Poder Judiciário, compete a defesa institucional da CORTE e da independência de seus magistrados, que somente será plenamente assegurada quando efetivamente garantidas a integridade física e psíquica e a própria vida de seus membros contra graves ofensas, ameaças e atentados realizados em virtude do exercício da função jurisdicional.

(...)

A investigação preliminar é um procedimento de natureza administrativa e preparatória, decerto destinada à identificação de elementos informativos sobre autoria e materialidade de delitos, mas que não se confunde, ou mesmo se comunica, com o posterior e eventual exercício da ação penal pelo Ministério Público, ou o efetivo julgamento pelo órgão jurisdicional competente.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020, p. 126 - 132)

No mesmo sentido expôs o Ministro Luís Roberto Barroso. Vejamos:

Portanto, embora o sistema acusatório seja a regra, ele vale de maneira quase absoluta para a propositura da ação penal, mas não para a investigação. Não há, pois, incompatibilidade com a Constituição no fato de uma lei – e o Regimento Interno, como lembrei, nessa parte, tem força de lei, porque essa norma vigia desde antes da Constituição de 1988 – excepcionar a regra geral, inclusive da investigação pela própria polícia. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020, p. 167)

Quanto à solicitação do arquivamento, o eminente relator aduziu que a Procuradoria-Geral da República não se opôs à existência e ao andamento do inquérito 4.781/DF, haja vista que findou-se no requerimento de que seja interpretado conforme à Constituição.

“A alegada violação ao sistema acusatório previsto nesse art. 129 da Constituição é arrostada, no caso, pela participação da Procuradoria Geral da República, ainda que no momento subsequente, conforme se pode haurir da informação do ministro Alexandre de Moraes (eDOC 89 e 145) e das últimas manifestações da Procuradoria-Geral da República. Ao início, o MP submeteu o pronunciamento pelo arquivamento; mais tarde, manifesta-se nos autos, sendo ulterior o pedido de suspensão do inquérito respectivo; e por derradeiro, sustenta uma interpretação conforme à Constituição.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 51)

Sobre a aplicabilidade do artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para justificar a instauração do Inquérito nº 4.781/DF, a maioria da Corte, em síntese, considerou que diante da inércia de manifestação dos órgãos responsáveis constitucionalmente, a saber, Ministério Público Federal e Delegacia de Polícia Federal, o Supremo possui legitimidade e autonomia para defender a instituição e a independência funcional do supracitado órgão e da Constituição.

Nesse sentido, Ministro Edson Fachin aduziu que:

“(...) Constata-se, *in casu*, inequívoca ausência de atuação *sponte própria* dos órgãos de controle com o fim de apurar o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito. **Emerge daí a incidência do artigo 43 do RISTF: na omissão dos órgãos de controle, averiguar, no limite da natureza de peça informativa, lesão**

ou perigo de lesão à independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020, p. 56. Grifos nossos)

Além disso, justificou-se que a investigação conferida ao Poder Judiciário permitida pelo artigo 43 do RISTF é excepcional, pois a polícia do Tribunal possui embasamento em dois fatores: “*a) investigar fato na sede do Tribunal; e b) reunir elementos para encaminhar representação sobre desobediência ou desacato ao Ministério Público competente para a propositura da ação penal.* (STF, 2020, p. 59)”. Por conseguinte, o relator justificou a existência de investigações para a manutenção do sigilo de assuntos exclusivos à Corte:

“No primeiro caso, a diligência destina-se a preservar a delicada 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. No segundo caso, a razão de ser é a de impedir que as ordens do Tribunal e que a sua autoridade e honorabilidade, porque fundamento da ordem constitucional, sejam desobedecidas ou ignoradas.

(...)

Trata-se, assim, de um procedimento para a reunião de elementos de prova para inclusive identificar o órgão do ministério público competente e, diante da forma ampla e difusa dos ataques, a própria autoridade judiciária competente.

A apuração destina-se a reunir elementos que subsidiarão representação ou encaminhamento ao Ministério Público competente, isto é, a atividade destina-se a encontrar a autoridade processante competente, enviando-lhe as informações que entender necessárias. Caso haja autoridade submetida à jurisdição do STF, o encaminhamento não pode ser outro que não o de remeter ao PGR as informações encontradas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 59-64)

No mesmo sentido seguiu o voto do Ministro Alexandre de Moraes:

“A circunstância de elementos de prova terem sido produzidos em inquérito presidido por Ministro do SUPREMO TRIBUNAL, para envio ao Ministério Público e eventual propositura de ação penal, a critério do titular da ação penal, perante o órgão jurisdicional competente, em nada compromete a distinção e separação de atribuições no Processo Penal.

A investigação preliminar é um procedimento de natureza administrativa e preparatória, decerto destinada à identificação de elementos informativos sobre autoria e materialidade de delitos, mas que não se confunde, ou mesmo se comunica, com o posterior e eventual exercício da ação penal pelo Ministério Público, ou o efetivo julgamento pelo órgão jurisdicional competente.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 132)

Ademais, ainda sobre o termo “sede ou dependência” previsto no artigo 43 do RISTF, Ministro Fachin proferiu voto estendendo o conceito existente para além das dependências físicas, incluindo, portanto, todo o território nacional:

“Ainda, o art. 43 do RISTF prevê, como exigência cumulativa, que o fato que justifica o exercício da competência deve ocorrer na “sede ou dependência do Tribunal”. No entanto, o caráter difuso dos crimes cometidos por meio da Internet, cuja escala mundial foi reconhecida legalmente (art. 2º, I, da Lei n. 12.965/2014), permite estender o conceito da sede do Tribunal, uma vez que o STF exerce sua jurisdição “em todo território nacional (CF, art. 92, §2º)”, como, aliás, evidenciou a necessidade contingencial decorrente da pandemia.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020, p. 65)

Também corroborou com o argumento o Ministro Barroso, aduzindo que:

“A ideia de sede ou dependência no mundo contemporâneo já não significa mais dentro de um espaço físico determinado. E, portanto, ataques virtuais ao Supremo Tribunal Federal, via internet, via rede mundial de computadores, e os múltiplos instrumentos que a rede mundial oferece – vão do WhatsApp, passam pelo YouTube, Instagram, Facebook –, todos eles permitem que se amplie a ideia de sede e dependência para significar tudo aquilo que, de alguma forma, chegue ao Tribunal, agredindo-o, sem que necessariamente se exija que alguém tenha fisicamente invadido as dependências do prédio. Portanto, ao analisar o art. 43, assento que “sede, ou dependência”, não exclui, no mundo contemporâneo, a possibilidade de que esses ataques ao Supremo sejam por via virtual e que se considere que isso tenha ocorrido efetivamente dentro do Supremo Tribunal Federal.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 169)

Por outro lado, o ministro Alexandre de Moraes aduziu que além da hipótese de instauração de inquérito sob o artigo 43 do RISTF, há o parágrafo primeiro do supracitado dispositivo regimental em que autoriza a instauração do inquérito. Vejamos:

“Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

A segunda hipótese é autônoma em relação à primeira:

Art. 43. (...) § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

A primeira hipótese prevista no *caput* são infrações penais na sede ou dependência do Tribunal que envolvam autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição.

Em todos os demais casos, que não sejam na sede ou dependência do Tribunal, mas envolvam autoridades ou pessoas sujeitas à sua jurisdição, o Presidente pode tanto determinar a instauração de inquérito quanto requisitar autoridade competente. São duas as hipóteses em que o Regimento Interno - que, repito, tem substrato constitucional e *status* de lei ordinária - autoriza essa possibilidade e permite expressamente ao Presidente que ele mesmo exerça a presidência do inquérito ou delegue essa atribuição a outro Ministro. ” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2020, p. 89. *Grifos nossos*)

Assim, conforme Moraes, o argumento de instauração de inquérito com base no artigo 43, parágrafo primeiro do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal exige que haja o envolvimento de autoridades ou pessoas sujeitas à jurisdição da Corte, conforme previsto taxativamente no inciso I do artigo 102 da CRFB/1988. Não obstante, a portaria nº 69, de 2019 não traz o rol de possíveis investigados que possuem o foro de prerrogativa de função que justificaria a atuação investigatória *ex officio* do Poder Judiciário Brasileiro, mas, na verdade, traz o rol de vítimas de ameaças e ofensas.

(...) O Supremo Tribunal Federal tem jurisdição em todo o território nacional e seus Ministros, órgãos do Tribunal, representam institucionalmente essa mesma abrangência. É atribuição do Presidente zelar pela intangibilidade das prerrogativas da Corte e de seus Membros. E aí, na alínea c de sua manifestação: O Inquérito 4.781 trata de vazamento de informações e documentos sigilosos, bem como da existência de esquemas de financiamento de divulgação em massa desses conteúdos em redes sociais, tudo com o intuito de atribuir a prática de atos ilícitos a Membros da Corte, em prejuízo da independência do Poder Judiciário e do Estado de Direito. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020, p. 94)

Ademais, justificou que a literalidade do texto provocaria uma ineficácia na proteção das garantias institucionais em razão de condicionar a repressão apenas aos órgãos essencialmente acusatórios:

“(...)Uma interpretação literal do art. 43 do RISTF, que retirasse de seu alcance os atos praticados em ambiente virtual com o objetivo de desrespeitar e embaraçar o funcionamento da CORTE, resultaria na proteção deficiente às garantias funcionais de seus magistrados, condicionando a repressão dessas condutas, exclusivamente, à atuação eventual de outros órgãos persecutórios.”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020, p. 140)

Acerca da obediência ao juiz natural, a maioria da Corte compreendeu que não houve ofensa, uma vez que o investigado que não for detentor da prerrogativa de funções, o inquérito será remetido para o juízo competente. Além disso, considerou que vige a teoria do “juízo aparente” para embasar a condução do inquérito pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Portanto, até o momento de conclusão dessa fase informativa, a competência pode persistir com o Supremo Tribunal Federal, aplicando-se a teoria do “juízo aparente”, conforme precedentes de ambas as Turmas do Supremo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020, p. 69)

Consoante ao juiz natural, o relator do acórdão ratificou que o sistema da livre distribuição do processo seria a maneira mais coerente com a democracia e a imparcialidade. Apesar disso, reputou constitucional a delegação por designação realizada pelo Presidente Dias Toffoli ao Ministro Alexandre de Moraes, uma vez que observou apenas os ditames do artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

“(...) concluo que a delegação, nestes termos, pode afastar a distribuição por sorteio, por conseguinte, a distribuição de modo aleatório entre todos os Ministros do Tribunal. Em casos tais, embora legítimas as duas vias (delegação por designação e distribuição via sorteio), a regra do art. 43 não prevê a distribuição ou a redistribuição entre todos os Ministros.

(...)

Destarte, se mantida a constitucionalidade da Portaria enquanto constitucional o artigo 43 do Regimento Interno, ao menos no estado atual da matéria, não se impõe a redistribuição do inquérito, nos termos atuais do RISTF.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020, p. 72)

Contudo, a argumentação do respeitável ministro não encontra respaldo nas normas regimentais do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o artigo 43 do Regimento Interno apenas prevê a possibilidade de delegar a atribuição de instaurar, e não de presidir um inquérito. A possibilidade de designação se dá apenas para escrivão, desde que sejam do quadro de servidores do Tribunal. *In verbis*:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, **o Presidente instaurará inquérito**, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou **delegará esta atribuição a outro Ministro**.

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

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito **designará escrivão dentre os servidores do Tribunal**. (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 1980, p. 51. *Grifos nossos*)

Desse modo, o inquérito nº 4.781/DF deveria observar os ditames previstos no artigo 66 do Regimento Interno, em que explana a distribuição por sorteio ou prevenção

Art. 66. A distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado, acionado automaticamente, em cada classe de processo. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 38, de 11 de fevereiro de 2010)

§ 1º O sistema informatizado de distribuição automática e aleatória de processos é público, e seus dados são acessíveis aos interessados. (Incluído pela Emenda Regimental n. 18, de 2 de agosto de 2006)

§ 2º Sorteado o Relator, ser-lhe-ão imediatamente conclusos os autos. (Incluído pela Emenda Regimental n. 18, de 2 de agosto de 2006) Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 1980, p. 69. *Grifos nossos*)

Apesar da declaração de constitucionalidade do Inquérito nº 4.781/DF pela maioria da Corte - 10 votos a um -, é necessário destacar o voto do Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio Mello, em que demonstrou descontentamento com a existência de um inquérito instaurado de ofício por meio de um ato individualista, oportunidade em que o intitulou como “*inquérito natimorto*” e “*inquérito do fim do mundo, sem limites!*”, pois não possui maneiras de salvá-lo, ainda que haja anuência da Procuradoria-Geral da República, em razão do evidente desrespeito ao sistema penal acusatório que possui evidente esteio na Constituição Federal de 1988.

O Ministro Marco Aurélio corroborou com o entendimento inicial da ex-procuradora-geral da República e aduziu ser inadmissível a existência de um órgão do Poder Judiciário concentrar as funções de investigador, acusador e, posteriormente, julgador, haja vista prejudicar a existência da imparcialidade durante a ação de recebimento da denúncia e do ato de julgamento, uma vez que cria-se uma pré-concepção acerca dos fatos que o próprio receptor da futura ação penal corroborou para a colheita.

Nesse sentido, afirma Raquel Dodge que a razão de ser do sistema acusatório se encontra na existência da imparcialidade no ato de julgar, permitindo que o acusado tenha real possibilidade de modificar a opinião do julgador utilizando-se da ampla defesa e do contraditório. Assim,

“A razão de ser do sistema acusatório baseado na separação de funções estatais é muito relevante. Se o órgão que acusa é o mesmo que julga, não

há garantia de imparcialidade e haverá a tendência em condenar o acusado, o que estabelece a posição de desvantagem do acusado para a partida da ação penal.

Por mais que se lhe assegure direito de defesa, o modelo inquisitorial diminui a confiança e a credibilidade no sistema de Justiça. O juiz confirmar na sentença sua própria acusação é variável que não pode ser descartada no sistema inquisitorial.

Logo se percebe que a finalidade que alimenta o sistema acusatório é a necessidade de se garantir que investigados e acusados, em processo penal” – Tornaghi costumava dizer que inquérito é processo penal e não, como normalmente rotulamos, autos de inquéritos – “sejam julgados por um juiz neutro e imparcial, livre de pré-compreensões decorrentes da sua prévia atividade de preparar a investigação ou a acusação.” (MPF, 2019)

Acerca da designação do relator do inquérito sem submissão à sorteio ou distribuição, o Ministro da Corte Suprema considerou que restou configurado a existência de um tribunal ou juízo de exceção:

“Foi o que eu disse: não pode a vítima instaurar inquérito. Uma vez formalizado requerimento de instauração de inquérito, cumpre observar o sistema democrático da distribuição, sob pena de passarmos a ter, como disse, juízo de exceção, em contrariedade ao previsto no principal rol das garantias constitucionais da Carta de 1988.”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2020, p. 301)

Dessa forma, apesar da constitucionalidade do Inquérito nº 4.781/DF, verifica-se que embora tenha ocorrido tentativa de justificar com base na legalidade os motivos da permanência da investigação pelo Supremo Tribunal Federal, é clarividente que há ofensa aos preceitos constitucionais pertinentes ao Estado Democrático de Direito e ao êxito da aplicação da lei pelo Poder Judiciário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência do Inquérito nº 4.781/DF, instaurado pela Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019, com fundamento no artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), a fim de investigar *fake news*, denúncias caluniosas, ameaças e infrações contra a honra e a segurança dos onze ministros da Suprema Corte, dos seus familiares e do Supremo Tribunal Federal (STF, 2019), apesar da declaração de constitucionalidade, é notória a desconformidade com os ditames constitucionais e processuais penais que vigem para manter a existência e garantia de um devido processo legal.

Em primeiro plano, nota-se que o fundamento legal utilizado para a instauração do inquérito de ofício pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, é um regimento interno que foi recepcionado pela Suprema Corte como lei ordinária, o qual foi publicado em 1980 - isto é, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da consagração do sistema acusatório penal.

Conforme fora exposto, a partir da promulgação da Constituição Federal houve ratificação expressa da existência de um sistema penal acusatório no Brasil, o qual considera o sujeito investigado como detentor de direitos que devem ser observados, assim como a existência de um juiz imparcial para aplicar a lei, a fim de que não haja arbitrariedades, injustiças ou anseios pessoais que prejudique o momento de dizer o direito.

Como consagração do sistema acusatório, houve a inovação legislativa com a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) da figura do Juiz das Garantias no artigo 3º-A do Código de Processo Penal que, apesar de encontrar-se suspenso por decisão liminar do Ministro Luiz Fux, evidencia as raízes acusatórias no sistema processual penal vigente no ordenamento pátrio.

Dentre dos vários princípios basilares do sistema penal acusatório encontra-se a existência de um devido processo legal, obediência à legalidade estrita vigente à época dos fatos, a observância do juiz natural, bem como da

imparcialidade do julgador para que se garanta a eficácia do direito à ampla defesa e contraditório do acusado.

Além disso, veda-se a criação de Tribunais ou Juízes de Exceção para que os indivíduos não sejam investigados e punidos por quem não é previamente competente para dizer o direito, em respeito ao princípio da dignidade humana.

Para a eficácia da existência do sistema acusatório no Brasil, a Magna Carta consolidou a separação de funções de investigar, acusar e julgar ao imputar ao Ministério Público a função privativa de promover a ação penal (art. 129, incisos I e VIII, ambos da CRFB/1988), visando a garantia da imparcialidade do julgador no processo e, como mencionado, a real existência da garantia do contraditório e da ampla defesa ao acusado.

Nesse ínterim, a utilização do artigo 43 do RISTF no âmbito das investigações criminais ofende diretamente a eficácia de um futuro processo penal justo, tendo em vista que fere a imparcialidade que é exigida pela Constituição Federal ao permitir que os futuros julgadores de uma eventual formação de uma ação penal possuam liberdade para elaborar as provas que irão embasar a exordial acusatória.

Nesse sentido, apesar dos votos dos ministros da Suprema Corte, ambos aduzindo que artigo 129, inciso I, da Constituição Federal confere privativamente ao *Parquet* apenas a função de promover a ação penal, concluindo que nada elide que haja investigação criminal oriunda do Poder Judiciário, o argumento não possui fundamento legal compatível com a Constituição Federal e processual penal, tendo em vista que, em face da obediência à legalidade estrita, bem como em respeito ao preceito maior de garantia aos princípios, normas e direitos fundamentais, deve-se garantir meios que o acusado possua uma investigação em busca da verdade real, ausente de interesses pessoais envolvidos, ainda que não haja vedação expressa na Constituição Federal.

No caso em estudo, a busca pela verdade real se encontra prejudicada, tendo em vista que os ministros-investigadores são as próprias vítimas das práticas

dos crimes contra a honra e ameaças contra a integridade física. Desse modo, são diretamente interessados no feito e, portanto, tendem a investigar os fatos para que se confirme a existência e a autoria dos crimes.

Além disso, os atuais ministros-investigadores serão incumbidos de julgar eventual ação penal que seja ofertada com base nas provas que o Supremo Tribunal Federal colheu. Assim, a imparcialidade exigida pelo sistema penal acusatório como forma de garantia de existência real de poder de influenciar a decisão do magistrado por meio de ampla defesa e do contraditório é prejudicada, tornando a aplicação da lei arbitrária e eivada de interesses pessoais, assim como ocorre em regimes ditatoriais.

Nesse ínterim, o Código de Processo Penal veda, em seu artigo 252, inciso IV, do Código de Processo Penal que o juiz que possua interesse no feito deve ser afastado, abarcando, assim, os Ministros da Suprema Corte em que, ao mesmo tempo, são vítimas e investigadores.

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

(...)

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

Diante do exposto, nota-se que, para a garantia de eventual ação penal em conformidade com o processo penal constitucional, o Ministério Público ou a Delegacia de Polícia Federal investigar os fatos e crimes expostos pelos ministros e familiares, nos termos do artigo 129, inciso VIII, da Constituição Federal em que prevê que o *Parquet* - órgão precipuamente acusador - “*requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais*”.

É importante destacar que a fundamentação de Alexandre de Moraes para consagrar a constitucionalidade da instauração de *ex officio* de um inquérito dotado de investigação criminal se baseou em eventual inércia dos órgãos acusadores para iniciar as investigações, motivo pelo qual não teria restado outra alternativa senão

utilizar-se do artigo 43 do RISTF para “*zelar pela integridade das prerrogativas da Corte e de seus membros*”, a fim de garantir a existência da Constituição Federal e da Justiça Constitucional (STF, 2020, pág. 132)

Todavia, ressalta-se que a utilização do artigo 43 não pode prevalecer em face dos ditames constitucionais, sobretudo no que tange à separação de funções dos órgãos - investigar, acusar, defender e julgar. A Suprema Corte deveria obedecer e proteger a Carta Magna, nos termos do *caput* do artigo 102, da Constituição Federal de 1988, de modo a utilizar os meios legais compatíveis com a atual Carta Magna e com o sistema penal acusatório, o qual explanam que o Poder Judiciário é inerte e apenas deve se manifestar quando for provocado.

Assim, compreende-se que o Supremo Tribunal Federal usurpou a competência do Ministério Público na função prevista no inciso I e VIII do artigo 129, da Carta Magna e invadiu a função de investigar e acusar, prejudicando a garantia de um posterior julgamento justo e imparcial.

Os eminentes ministros, ao interpretarem o artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para considerarem constitucional o Inquérito nº 4.781, agiram de forma equivocada, tendo em vista que em uma leitura atenta nota-se que o supracitado artigo permite, sim, que haja a instauração de inquérito no âmbito administrativo utilizando-se do poder de polícia, contudo, desde que ocorram na sede ou dependências físicas do Tribunal, independentemente se a pessoa que está sob a jurisdição do Supremo esteja sendo autor ou vítima da perturbação à ordem da Corte.

Rememora-se, assim, o teor do referido dispositivo “*Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.*”

Assim, a ação dos ministros em ampliar o sentido das palavras “sede ou dependência” na sede do inquérito 4.781/DF, com o claro intento de abarcar o âmbito das redes sociais em razão das propagações das *Fake News* (objeto do

referido inquérito objeto da ADPF), trata-se de uma ação carregada de perigo e de arbitrariedade, em razão da inexistência de previsão legal prévia.

Para que houvesse uma extensão dos sentidos das palavras condizente com os dias atuais e, conseqüentemente, a inclusão da propagação das *fake news* direcionadas às figuras dos Ministros da Corte e/ou aos seus familiares como ações realizadas na sede ou nas dependências do Supremo, o Regimento Interno deveria ser modificado sob seus viés legal, e não jurisprudencial, a fim de aclarar o alcance dos termos “sede” e “dependência” e ser aplicado após a sua vigência, isto é, não retroagindo aos fatos pretéritos à alteração, em respeito à irretroatividade que seja maléfica aos réus.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal não possui respaldo infralegal ou constitucional para a instauração do Inquérito nº 4.781/DF, uma vez que versa sobre fatos externos e alheios à sede ou dependência da Corte. Assim, nos termos da ADPF nº 572:

“Conclui-se, por evidente, que investigações por fatos externos (mesmo que ofensivas à honra de integrantes da Corte Suprema), ações externas ou invasivas nas garantias fundamentais dos investigados estarão fora das possibilidades conferidas ao poder de polícia do STF, pois aí será necessária a atuação da polícia judiciária e do Ministério Público.” (ADPF, 2019, pág. 09)

Desse modo, a atuação de estender os conceitos de “sede” e “dependência” para o âmbito da *internet*, bem como aos aplicativos de transmissão de mensagens instantâneas - *Whatsapp*, *facebook*, *twitter* e *telegram* - demonstram resquícios de um Tribunal de Exceção, em que a competência do Tribunal foi criada após a ocorrência do fato, sem qualquer previsão legal.

Além disso, como já fora mencionado, a portaria nº 69, de 14 de março de 2019, assim como o despacho inicial do relator Ministro Alexandre de Moraes, foi vasta, de modo a não especificar ou indicar um indício da ocorrência de algum fato ilícito ou pessoa detentora de prerrogativa de foro em específico a ser objeto de investigação *ex officio*, motivo pelo qual carece de justa causa para existir no âmbito jurídico.

Assim, embora tenha sido declarada a constitucionalidade do Inquérito nº 4.781/DF pelo Supremo Tribunal Federal, ressalta-se que o documento não possui fundamentação legal vigente e coerente com o sistema penal acusatório brasileiro, tendo em vista que o Poder Judiciário - órgão essencialmente julgador -, dotado de inércia, não poderia ter atuado *ex officio* para investigar atos ilícitos ou pessoais. A prejudicialidade à imparcialidade é clarividente, tendo em vista que o futuro órgão acusador corrobora para a construção das provas que serão utilizadas pela acusação (Ministério Público) para formar a *opinio delicti* e elaborar a exordial acusatória requerendo a condenação.

Dessa forma, resta-se prejudicada a real eficácia das leis vigentes no Direito Processual Penal, tendo em vista que o mesmo órgão que iniciou uma investigação de teor criminal estará dotado de pré-concepções que adquiriu conforme obteve contato durante a fase pré-processual. Por conseguinte, a imparcialidade não estará presente - igualando-se aos regimes ditatoriais em que a figura do acusado se restringia a um objeto de provas, isto é, destituído de direitos processuais e constitucionais -, de modo que não haverá a aplicação concreta e real do princípio da ampla defesa e do contraditório, cerceando o direito constitucional e processual de possuir um julgamento justo e imparcial.

Assim, considera-se o Inquérito nº 4.781/DF, instaurado pela Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019 inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise N. Série Carreiras Federais - Processo Penal. Grupo GEN, São Paulo, 2014.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALVES, Marcos Antônio Sousa; MACIEL, Emanuela Ribeiro Halfed. O fenômeno das fake news: definição, combate e contexto. Revista Internet & Sociedade. São Paulo, v.1, n. 1, p. 144-171, jan. 2020, p. 8. *Grifos nossos*

AVENA, Norberto. Processo Penal. 14 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro. Editora Elsevier. 2004.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 1980.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 22.238-RJ. Rel. Roberto Barroso.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Carvalho, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal / Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. – 6. ed., rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro”.

Estatuto da Advocacia dos Advogados do Brasil (EAOAB). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm.

DUSSEL, Enrique Domingos. Filosofia da Libertação – crítica à ideologia da exclusão. São Paulo: Paulus, 1995.

FERNANDES, Antônio Scarance F. *Processo penal constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES, R. R. C. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Curitiba.

JÚNIOR, Aury Celso Lima L. *FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021.

JÚNIOR, AURY LOPES. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

LINHARES, Emanuel A.; SEGUNDO, Hugo de Brito M. *Democracia e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Grupo GEN, 2016.

Lopes Jr., Aury *Direito processual penal / Aury Lopes Jr.* – 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. Aury Celso Lima Lopes Junior. São Paulo: Saraiva 2020.

MANS, M. (junho, 2018). *A Era da Pós Verdade*. Revista BR, ed. 14, ano 9.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. amp. e atual. Salvador, JusPODIVM, 2019.

Mendes de Almeida Jr., João – *O Processo criminal Brasileiro*. Rio de janeiro, Typografia Baptista de Souza, 1920, 1º volume.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional (Série IDP. Linha doutrina)*. Editora Saraiva, 2022.

Meneses, J. P. (2018). *Sobre a necessidade de conceptualizar o fenómeno das Fake News*. Observatório (OBS*), *Special Issue*, vol. 12, n.º 4.

Metrópoles. STF manda revista tirar do ar matéria sobre o presidente da Corte. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/justica/stf-manda-revista-tirar-do-ar-materia-sobre-o-presidente-da-corte#:~:text=O%20ministro%20do%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20%28STF%29%20Alexandre,A%20decis%C3%A3o%20passou%20a%20valer%20nesta%20segunda-feira%20%2815%2F04%2F19%29.>>

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Manifestação de arquivamento do inquérito n. 4.781. 2019.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 38. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. Os sistemas Processuais Penais. 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Processual Penal. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. 24ª ed. rev. atual. ref. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

PLANALTO. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

PRADO, Luiz R. Direito Penal Constitucional - A (Des)construção do Sistema Penal. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 17. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. São Paulo]: Grupo GEN, 2023.

Revista *Crusoé*. Procurador da Lava Jato denuncia o "mais novo golpe" do STF. Disponível em: <https://oantagonista.uol.com.br/brasil/procurador-da-lava-jato-denuncia-o-mais-novo-golpe-stf/>.

Revista *Crusoé*. "O amigo do amigo do meu pai." Disponível em: <https://crusoe.uol.com.br/edicoes/50/o-amigo-do-amigo-de-meu-pai/>

REX, Danielson Felipe. O princípio do contraditório no inquérito policial: por um sistema processual penal efetivamente acusatório. UNIJUÍ. Santa Rosa/RS. 2016.

RIBEIRO, M.M, & Ortellado, P. (2018a). O que são e como lidar com as notícias falsas. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*

Souza, Willian Lira de. Sistemas Processuais Penais. 2005.

STF – Pleno – RE 639138, Rel. Min. Gilmar Mendes, Red. p/Acórdão Min. Edson Fachin, j. 18-8-2020; STF – 1ª T. ARE 1008625 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17-3-2017; STF – Rcl 44376, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 3-11-2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 572. Rel.: Min. Alexandre de Moraes.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.