



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

GRADUAÇÃO EM DIREITO

CÉSAR DE FARIA NETO

**O ALCANCE DOS PODERES INVESTIGATIVOS DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Salvador

2021

CÉSAR DE FARIA NETO

**O ALCANCE DOS PODERES INVESTIGATIVOS DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção da graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior.

Salvador

2021

CÉSAR DE FARIA NETO

**O ALCANCE DOS PODERES INVESTIGATIVOS DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção da graduação em Direito.

Salvador, 14 de junho de 2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dirley da Cunha Júnior (Orientador) - Doutor
em Direito Constitucional pela PUC-SP
Universidade Federal da Bahia

Prof. Fabiano Pimentel - Doutor em Direito pela
UFBA
Universidade Federal da Bahia

Prof. André Luiz Batista Neves - Mestre em Direito
Público pela UFBA
Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Beatriz pela inestimável ajuda na reta final da elaboração do texto.

À Victória, pela tolerância com minha ausência e compreensão com a presença deste trabalho até nos meus sonhos.

À minha mãe e ao meu pai, pelas leituras e por entenderem que o tema deste trabalho inevitavelmente seria tópico das nossas conversas ao jantar. Deram-me mais luz que muitos dos livros lidos.

Ao prof. Dirley, meu orientador, pelo sempre disposto atendimento ao urgente chamado.

Aos Igor e João, pelas críticas necessárias àquilo que merecia ser criticado.

E, finalmente, aos Miguel de Cervantes, Miles Davis e Tomasi de Lampedusa, pela absoluta genialidade e pelo mágico poder de me fazer escapar um pouco da frieza do Direito.

RESUMO

Este trabalho busca estabelecer o alcance dos poderes investigativos do Supremo Tribunal Federal, exercidos através de portaria que instaurou inquérito de sua própria lavra em março de 2019. Esta Portaria foi alvo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em que questionou-se, além de outros aspectos, sua compatibilidade frente ao sistema acusatório e o alargamento da interpretação do artigo 43 do Regimento Interno, e foi julgada improcedente. Ainda assim, o inquérito continuou dividindo a comunidade jurídica brasileira. Neste contexto, este trabalho visa compreender mais a fundo o sistema acusatório, através da narrativa histórica que o acompanha e do tratamento dado a ele pela doutrina e pelo ordenamento jurídico brasileiro. Tendo esta pesquisa como base, faz-se a análise do acórdão da ADPF 572, em que o STF debruçou-se sobre estas questões, extraindo-se dele: os argumentos que dizem respeito à compatibilidade do inquérito com o sistema acusatório, os argumentos que trazem referenciais teóricos para justificá-lo, e os argumentos que impõem requisitos para sua realização. Conclui-se pela inconstitucionalidade do inquérito; mas, uma vez que este não é o entendimento do STF, a partir das razões apresentadas no acórdão referido, são elencados os seguintes limitadores a estes poderes: a excepcionalidade, a instrumentalidade para proteção institucional, a subsidiariedade, a limitação territorial e quanto à pessoa.

Palavras-chave: Sistema acusatório; inquérito judicial; Supremo Tribunal Federal; Regimento Interno

ABSTRACT

This work seeks to establish the reach of the investigative powers of the Brazilian Supreme Court, exercised by it through an act, in its own accord, in March 2019. The act that established the investigations had its constitutionality questioned, through reasoning that, beyond other aspects, it was incompatible in regards to the accusatorial system and that its interpretation of Article 43 of the Court's Internal Regulations was too broad. The action was held inadmissible. Nevertheless, this work seeks to deeper comprehend the accusatorial system, through the historical narrative that follows it and the treatment given to it by Brazilian scholars and legislation. In light of this research, it analyses the judgment of the constitutional action that questioned the start of the inquiry, in which the Court addressed these issues, extracting from it: the arguments that pay respect to the compatibility of the inquiry with the accusatorial system, the arguments that bring doctrinal references to justify it, and the arguments that impose the requirements for its realization. Thus, reaching the conclusion for its unconstitutionality. However, once this is not the understanding of the STF, through the reasons presented in the referred judgment, the following limitations to its investigative powers were extracted: exceptionality, instrumentality for institutional protection, subsidiarity nature, and territorial and person related limitations.

Key-words: Accusatorial System; judicial inquiry; Brazilian Supreme Court, Supreme Court's Internal Regulations.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STF	Supremo Tribunal Federal
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
PGR	Procurador(a) Geral da República
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
CPC	Código de Processo Civil
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
RE	Recurso Extraordinário
MP	Ministério Público
LOMAN	Lei Orgânica da Magistratura

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	8
2.	SISTEMA ACUSATÓRIO.....	9
2.1.	BREVE INCURSÃO HISTÓRICA.....	11
2.1.1	Grécia.....	12
2.1.2	Roma.....	13
2.1.3	Idade Média.....	17
2.1.4	Common Law britânico medieval.....	19
2.1.5	França Napoleônica.....	21
2.2	SISTEMAS PROCESSUAIS NA DOUTRINA BRASILEIRA.....	22
2.3	O SISTEMA BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	31
3.	A ADPF 572 E O ALCANCE DOS PODERES INVESTIGATIVOS.....	41
3.1	ARGUMENTOS DE COMPATIBILIDADE.....	47
3.1.1	Recepção constitucional do Regimento Interno.....	47
3.1.2	Não monopólio investigativo pela Polícia e Ministério Público.....	51
3.1.3	(Qual?) Sistema acusatório.....	57
3.2.	ARGUMENTOS-REQUISITOS.....	64
3.2.1	Excepcionalidade.....	64
3.2.2.	Instrumento de defesa institucional.....	69
3.2.3.	Subsidiariedade.....	73
3.2.4.	Perspectivas Teóricas.....	77
3.2.4.1.	<i>Democracia militante.....</i>	<i>77</i>
3.2.4.2.	<i>Poderes implícitos e contempt of court.....</i>	<i>81</i>
3.2.5	Ampliação da definição de sede do tribunal.....	88
3.2.6	Ampliação do escopo quanto às pessoas envolvidas.....	92
4.	CONCLUSÃO.....	96

1. INTRODUÇÃO

Através da Portaria nº 69, em março de 2019, o Supremo Tribunal Federal causou perplexidade e dividiu opiniões entre a comunidade jurídica brasileira¹ ao instaurar um inquérito judicial, procedimento desconhecido pelos operadores do Direito no Brasil, conduzido pelo Ministro Alexandre de Moraes. O inquérito tinha como objeto a apuração da ocorrência de notícias fraudulentas, denúncias caluniosas e ameaças dirigidas contra os ministros da Corte.

Enquanto muitos viam a Portaria como eivada de vícios incontornáveis, despotismo inquisitorial, que afrontaria a Constituição e o sistema acusatório; outros a enxergavam como instrumento necessário para a defesa do Tribunal e da própria democracia, em meio a um momento de intensa turbulência política.

Neste contexto, foi ajuizada uma arguição de descumprimento de preceito fundamental contra a portaria instauradora do controverso inquérito nº 4781, oportunidade em que o STF pôde se manifestar acerca dos dispositivos que fundamentaram o início das investigações e sobre a constitucionalidade deste tipo de procedimento. O Tribunal decidiu pela improcedência da ação de controle de constitucionalidade e pelo prosseguimento das investigações; sem realizar, contudo, interpretação que determinasse qual o alcance dos poderes investigativos da Corte.

Frente a tal quadro, este trabalho busca aclarar quais os limites e a extensão desses poderes, e quais seus eventuais conflitos frente à Constituição Federal. Para isto, será necessário explorar mais a fundo a ideia de sistema acusatório, suas características, definições e posição no ordenamento jurídico.

¹ STRECK, Lenio Luiz et al. Ainda sobre o inquérito judicial e o sistema acusatório. **Conjur**, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-05/opiniao-ainda-inquerito-judicial-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 08 de abr. de 2021; MACHADO, Leonardo Marcondes; BALDAN, Edson Luís. Inquérito supremo e revolta ministerial: inquisitorialidade na investigação criminal. **Conjur**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abri-19/opiniao-anomia-inquisitorialidade-inquerito-aberto-stf>>. Acesso em: 08 de abr. de 2021; ROSA, Alexandre Moraes da; MOREIRA, Rômulo de Andrade. Antes e depois da (in)validade da investigação de ofício do STF. **Conjur**, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-09/rosa-moreira-invalidade-investigacao-oficio-stf>>. Acesso em: 08 de abr. de 2021.

Ancorando-se nos resultados desta pesquisa, realizar-se-á análise do acórdão firmado no julgamento da ADPF 572, avaliando-se os argumentos mobilizados com vistas a elucidar a controvérsia acerca da constitucionalidade de inquérito conduzido pelo Supremo, e buscando sistematizar qual o alcance dos poderes investigativos reconhecidos pelo Tribunal no precedente.

2. SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório nem sempre foi chamado assim. Os manuais clássicos tratavam-no de processo acusatório², forma acusatória³, sistema acusatório⁴, dentre outras titularizações. De fato, a categoria possui uma denominação um tanto quanto elástica, mas, nos últimos anos, tem se consolidado utilizar a nomenclatura sistema acusatório.

Na noção de sistema, está contida a ideia de partes conjugadas e relacionadas visando a um objetivo, com um núcleo principiológico e valorativo que o caracteriza como tal e que cumpre a função unificadora das partes isoladas, coordenando-as.

Desta forma, classicamente, no sistema acusatório, seria a Constituição que informaria e daria legitimidade ao processo penal, enquanto instrumento de aplicação do Direito objetivo através da atividade jurisdicional, que tem como fim último a “aplicação justa das normas de Direito Penal à uma pretensão fundada em fato penalmente relevante, que constitua objeto da função jurisdicional.”⁵

Noção semelhante de sistema pode ser encontrada, por exemplo, nas lições de Paulo Rangel⁶ e Fabiano Pimentel⁷, que destacam a noção de sistema jurídico enquanto

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 113.

³ TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo penal**: vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 468

⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**: vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1965. p. 63

⁵ *Ibid.*, p. 60.

⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013. p. 47

⁷ PIMENTEL, Fabiano. **Processo Penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 95

conjunto de regras e princípios coordenados, intimamente relacionados com o momento político do Estado, que, no caso dos sistemas de processo penal, dão o caráter das normas e de sua aplicação nos processos penais.

Por outro lado, Pereira Coutinho vai buscar na ideia de sistema da filosofia Kantiana fundamento para suas investigações acerca dos sistemas processuais. A concepção se aproxima das noções anteriores de coordenação e finalidade, mas se diferencia pelo sistema ser unificado por uma ideia única, definida fora do sistema, ou, em termos kantianos, aprioristicamente.

Para ele, sistema era o conjunto de elementos colocados em relação sob uma **ideia única**. Ela, por sua vez, seria determinada pela finalidade do conjunto e estaria colocada como princípio de ligação entre os elementos integrantes, logo funcionaria como um princípio unificador, reitor da conexão e, como tal, dado a priori.⁸

A ideia central unificadora das partes coordenadas em cada um dos sistemas processuais penais seria: o princípio inquisitivo, nos sistemas inquisitivos, e o princípio dispositivo, nos acusatórios. A vantagem aqui é o estabelecimento de um critério único para distinguir os diferentes sistemas, de acordo com seu princípio unificador.

Apesar de utilizarem nomes distintos ou definições específicas da categoria sistema, ressaltando um ou outro aspecto de sua composição, os autores fazem referência a um objeto teórico semelhante quando falam acerca do sistema acusatório em abstrato. Este objeto é fruto de uma narrativa histórica que ressalta as características de diferentes formas de administrar o processo penal em momentos distintos da história do Ocidente. É a ela que este trabalho se reporta para iniciar a caracterização dos sistemas de processo penal.

⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**. vol. 46, n. 183, p. 108. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>>. Acesso em: 26 de mar. de 2021.

2.1. BREVE INCURSÃO HISTÓRICA

Inicialmente cabe ressaltar, conforme lição de Geraldo Prado⁹, que a mirada ao passado em busca de esclarecimento sobre os sistemas processuais está permeada pela visão contemporânea acerca da resolução de problemas penais. Divide o autor as formas de resolução deste tipo de conflito entre duas grandes famílias que consiste naquela que enfatiza a composição do conflito e noutra que realça a punição do infrator.

O referido autor ressalta, sem projetar juízo de valor, que práticas relacionadas à primeira família, de composição do conflito, são fruto das condições materiais daquelas sociedades estudadas, especialmente de sua instabilidade, que tornam vantajosas aquelas resoluções que mantêm coeso o grupo social. Neste sentido, deve-se compreender que práticas concebidas pelos contemporâneos como irracionais, tais como o duelo, jogos e ordálias, podem muito bem ter cumprido funções de estabilização do conflito de forma mais vantajosa que a apuração dos fatos e aplicação de uma penalidade.

Ilustração interessante trazida pelo autor, lembrando lição de Foucault¹⁰, é aquela da Ilíada, em que Menelau contesta a vitória de Antíloco na corrida de carros no contexto dos jogos funerais de Pátroclo, amante de Aquiles. O rei de Esparta afirma que Antíloco não havia dado a volta no ponto adequado do circuito. Apesar de haver um fiscal acompanhando a prova, Menelau não o chama e recorre a um juramento, que é suficiente para fazer Antíloco recuar, estabilizando a situação.

Apesar de alguns autores iniciarem a exposição por civilizações mais antigas¹¹, como o Egito, a narrativa geralmente começa expondo o sistema processual penal de Grécia e Roma, passa pela Idade Média e pelos desenvolvimentos do *Common Law*, avança com as mudanças do período das revoluções inspiradas pelo Iluminismo e se

⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 117-119.

¹⁰ Ibid., p. 119.

¹¹ Ibid. p. 125.

encerra com o sistema napoleônico. Este recorte ilustra, grosso modo, a divisão entre Antiguidade, Idade Média e Modernidade.

Expor-se-á, então, esta narrativa, pois a história que interessa a este trabalho é justamente aquela contada pelos processualistas para fundamentar as noções de sistema acusatório e inquisitório.

Uma última nota metodológica é importante: será utilizada denominação “processo penal” dos diversos períodos, em que pese seja sabido que a distinção entre Direito material e processual não fora ainda desenvolvida em alguns momentos objeto da análise. Contudo, embora não se tivesse a clareza conceitual, havia procedimento para impor penas a condutas consideradas lesivas, e é a esse procedimento e ao sistema que ele integra, que será feita referência daqui em diante.

2.1.1 Grécia

As considerações sobre o processo penal na Grécia tomam como modelo o processo da democracia ateniense.¹² É importante dizer que o mundo grego era constituído por cidades estado com organização política e jurídica distintas, que, rigorosamente, não comportaria esta espécie de generalização, pois seria absurdo considerar a democracia ateniense como modelo para a tirania de Dionísio de Siracusa, ou para o estado militar espartano, por exemplo.¹³ Contudo, reitera-se, a história que será contada é a história dos processualistas.

Nesta perspectiva, o processo penal ateniense tinha estrutura acusatória. Nele havia distinção entre delitos públicos e privados, o processo era eminentemente oral e público, presentes acusação e defesa, que argumentavam nesta ordem, e havia

¹² Por todos, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 101.

¹³ Sobre o mundo grego em mais profundidade, consultar: JAEGER, Werner. **PAIDEIA**: A formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

participação dos cidadãos como julgadores dos processos, que o faziam por livre convencimento, voto secreto e sem desempenhar função instrutória.

Diversos eram os tribunais competentes para as ações penais na Atenas clássica. Tourinho Filho¹⁴ destaca o Areópago, situado em montanha de mesmo nome e imortalizado pela trilogia esquiliana sobre os feitos de Orestes, que detinha competência para julgar homicídios dolosos; o Tribunal dos Efetas, que julgava os homicídios involuntários e não premeditados; a Assembleia do Povo, que julgava crimes políticos graves; e o Tribunal dos Heliastas, que contava anualmente com mais de seis mil membros, convocados por sorteio entre os cidadãos atenienses, e que assumia a competência para o restante dos crimes.

Geraldo Prado¹⁵ afirma que o sistema ateniense tinha seu prestígio derivado justamente da acusação popular, que nos crimes públicos era facultada a qualquer cidadão. O procedimento era iniciado pela acusação dirigida ao Arconte, espécie de Ministro de Estado da época, que em seguida convocava o tribunal competente. Nesta etapa geralmente se exigia indícios do crime, apresentação de testemunhas e depósito de caução pelo acusador.¹⁶ As partes, então, apresentavam suas provas, “não incumbindo ao tribunal a pesquisa ou aquisição de elementos de convicção”.¹⁷ Ao final, a decisão era proferida publicamente.

Em síntese, são características desse modelo: a oralidade, a publicidade, o exercício do contraditório, a divisão de competências, a participação popular e a inércia dos julgadores.

2.1.2 Roma

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103.

¹⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 129.

¹⁶ MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas. p. 13.

¹⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 128.

A história de Roma pode ser dividida entre três períodos distintos, decorrentes de sua estrutura política. Inicialmente, o governo tinha forma monárquica, que foi substituída pela República Romana e, por fim, instaurou-se o Império.

Durante a fase monárquica, não havia formalidades para restringir a autoridade do rei ou magistrado, que "exercia a justiça criminal com intensa discricionariedade"¹⁸, através da concentração de todos os poderes na figura de uma só autoridade. Bastava a *notitia criminis* para o início do procedimento denominado *inquisitio*, em que o magistrado, com poderes ilimitados, os *coercitio*, buscava as provas e decidia pela condenação ou absolvição do investigado. O "procedimento" nesta fase era denominado *cognitio* e tinha caráter inquisitorial.

Aury Lopes Jr. destaca que logo ocorreram alterações, pois o sistema processual era considerado "insuficiente, escasso de garantias, especialmente para as mulheres e para os que não eram cidadãos (...) e acabou sendo uma poderosa arma política nas mãos dos magistrados."¹⁹

A primeira alteração a este procedimento foi a adição da possibilidade de o cidadão romano recorrer ao povo através do recurso da *provocatio ad populum*, que tinha efeito suspensivo, como forma de conter comportamentos autoritários perpetrados pelos magistrados responsáveis pelos casos penais.²⁰ Neste recurso, o magistrado deveria apresentar as provas coligidas para proferir a condenação aos comícios do povo, formado pelas cúrias, centúrias e tribos; ao senado, em caso de crimes políticos; ou, posteriormente, aos magistrados em comissão, que julgavam por delegação do senado ou do povo.²¹

Os magistrados em delegação eram denominados *quaestiones*, e surgiram no período dos comícios justamente pelo aumento do número de causas penais a serem julgadas, que haviam se tornado impossíveis de serem apreciadas unicamente pelos

¹⁸ MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas. p. 14.

¹⁹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 171.

²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103.

²¹ MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas. p. 14.

comícios do povo.²² Eram inicialmente instituídas temporariamente, mas, no século segundo a.C., foram tornadas *quaestiones perpetuae*.

As *quaestiones* eram compostas por um *praetor* ou *quaesitor* e pelos *judici jurati* convocados por ele. Ao *praetor* cabia fazer um juízo preliminar das acusações, definir quem seria o acusador e conferir-lhe poderes investigativos, além de presidir os trabalhos na sessão de julgamento. O acusador tinha que prestar uma caução no momento de oferecimento da acusação, os julgamentos eram realizados publicamente e o voto mantido secreto.²³

Estas alterações foram transformando o processo romano e consolidando as *queastione perpetuae* até que ele se tornasse aquele denominado *accusatio*, característico da República Romana. Na *accusatio*, perfectibilizou-se a passagem da acusação das mãos dos magistrados para qualquer cidadão romano de reputação ilibada. Assim, como diz o nome, o sistema era acusatório.

Hélio Tornaghi descreve o modelo dizendo que, depois de realizada a *accusatio*, ao responsável pela acusação eram conferidos poderes instrutórios através de uma *lex*, para realizar as diligências investigatórias, em presença do acusado, se este desejasse. Ambos poderiam se fazer presentes junto a companheiros, denominados *comites*, para fiscalizar a realização da colheita de provas, que cabia unicamente a eles, sem iniciativa do magistrado. O processo era contraditório do início ao fim e marcado pela oralidade e publicidade.²⁴

Central nesse momento, conforme destacado por Demczuk de Alencar é perceber “como corolário da separação entre acusador e juiz, o reforço da imparcialidade do julgamento na medida em que aos jurados competia “apenas” o exercício da função jurisdicional estritamente considerada.”²⁵

²² BARROS, Marcos Antonio de. Procedimento penal acusatório das “*quaestiones perpetuae*”: fonte da soberania dos veredictos do Tribunal do Juri. **Justita**, São Paulo, nº 178, abr./jun., 1997.

²³ ALENCAR, Cláudio Demczuk. Os períodos do processo penal romano e seus respectivos procedimentos. **Revista CEJ**, Brasília, ano XVI, nº 58, p. set./dez., 2012. P. 67-68.

²⁴ TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo penal**: vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 470-471.

²⁵ ALENCAR, Cláudio Demczuk. Os períodos do processo penal romano e seus respectivos procedimentos. **Revista CEJ**, Brasília, ano XVI, nº 58, p. set./dez., 2012. p. 67.

Aos jurados, conferia-se a possibilidade de votar pela absolvição, condenação, ou *non liquet*, que ensejava devolução pelos jurados do processo à fase instrutória para coletar elementos que tornassem a decisão possível. Não havia mais possibilidade de recurso, e a confissão, realizada a qualquer tempo, encerrava o processo com condenação.

Hélio Tornaghi²⁶ ressalta algumas características negativas do sistema acusatório romano republicano, destacando a impunidade de alguns criminosos, por permitirem acompanhar toda a investigação desde seu início; a facilitação da acusação falsa; o desamparo dos fracos, fruto da iniciativa privada das acusações; a deturpação da verdade, pois somente poderia ser possível obter a versão das partes dos fatos ocorridos; e a impossibilidade eventual de julgamento, vez que frequentemente se entendia pelo *non liquet*.

Com o fim da República e instauração do Império, foi se operando nova e última transformação no sistema processual penal romano. Neste momento, as competências para investigar e julgar casos penais foram sendo transferidas para funcionários do imperador. No início subsidiariamente, para crimes e condutas consideradas lesivas, mas não abarcadas pelas *quaestiones*, por fim alcançando toda e qualquer infração penal.

O procedimento deste período, marcadamente inquisitorial, destaca-se pela concentração na mesma pessoa das atribuições de investigar de ofício - assessorado por *curiosi*, *nunciatores*, *stationarii* - acusar e realizar o julgamento. O objetivo aqui era buscar mais que a verdade das provas em contraditório que se obtinha na *accusatio*.²⁷ Neste procedimento foi adotada a modalidade escrita e introduziu-se a tortura no sistema romano. Havia possibilidade de recurso, que podia chegar até o prefeito do território, que julgava como se o imperador fosse.²⁸

Dessa forma, pode-se perceber, *grosso modo*, que institutos processuais de diferentes origens coexistiram no percurso da história romana, e que, a cada forma

²⁶ TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo penal**: vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 471.

²⁷ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 172

²⁸ ALENCAR, Cláudio Demczuk. Os períodos do processo penal romano e seus respectivos procedimentos. **Revista CEJ**, Brasília, ano XVI, nº 58, p. set./dez., 2012. p. 69.

de governo do Estado Romano, didaticamente, a doutrina designa um correspondente sistema processual penal. Em ordem cronológica, na Monarquia, inquisitório, na República, acusatório e, no Império, inquisitório.

2.1.3 Idade Média

Com a queda do Império Romano, houve intensa fragmentação da autoridade e da aplicação do direito, sendo a Igreja o centro de poder unificador do período. Através das invasões realizadas pelos povos germânicos, o Direito sofreu influência da cultura destes povos. As práticas germânicas dos jogos, ordálias e duelos foram paulatinamente cristianizadas e incorporadas pelo Direito Medieval, combinadas ao sistema inquisitorial legado do Império Romano.²⁹

Lembra Antônio Machado que neste período concorriam três construções jurídicas diferentes, o Direito Romano, o Germânico e o Canônico, que formavam o Direito Comum que disciplinava a justiça punitiva europeia.³⁰ Associada à pluralidade de fontes com origens distintas, havia a pluralidade de justiças criminais, divididas entre senhoriais, eclesiásticas, reais e municipais.

Mais adiante, as alterações da realidade social através das fundações de entrepostos comerciais, de burgos e caravanas mercantis, comumente compostas por judeus ou árabes em meados do ano mil, impulsionaram a transformação do sistema de imposição de penas. Combinadas com estas mudanças, o surgimento de doutrinas distintas da oficial, em oposição à Igreja, fez com que ela se movimentasse e tomasse algumas medidas.

A reação por parte da Igreja iniciou-se pela equiparação do crime de heresia ao de lesa majestade e culminou na criação dos Tribunais Inquisitoriais. Diversos

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.106.

³⁰ MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas. p. 18.

instrumentos normativos foram expedidos neste período, conforme lição de Coutinho, sobre o Concílio de Trento (1215) e atos subsequentes:

O Concílio faz a sua opção (o pano de fundo era a manutenção do poder); e o novo sistema paulatinamente assume sua fachada, constituindo-se os Tribunais da Inquisição, com base efetivamente jurídica, pela Constitutio Excomuniamus (1231), do Papa Gregório IX, para consolidar-se com a Bula Ad extirpanda, de Inocêncio IV, em 1252.³¹

Características do processo no Tribunal do Santo Ofício Ibérico, um dos mais importantes tribunais inquisitoriais, comumente usado como modelo do processo inquisitorial, são: a concentração dos poderes nas mãos do Inquisidor, que julga, acusa e investiga, abandonada a ideia de partes; o tratamento do investigado como objeto de investigação; o sigilo; a supremacia da confissão sobre as outras provas; uma espécie de método processual dedutivo, em que se buscava confirmar a hipótese prévia dos inquisidores através da coleta de provas, muitas vezes utilizando-se de meios violentos.

Antônio Machado explica o procedimento nos seguintes passos: denúncia secreta, sem revelação ao acusado do conteúdo da acusação; instauração do processo com subsequente prisão e sequestro de bens do réu; inquirição das testemunhas e do réu, nesta última com possibilidade de uso de métodos violentos; exame da culpabilidade do réu pela Mesa do Despacho, com prolação da sentença impondo as penas correspondentes, que podiam ser de penitências, flagelações públicas, degredo, prisão, trabalho forçado e até morte; por fim o auto-de-fé, onde se lia e executava a sentença em praça pública.³²

³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 17 de mar. de 2021.

³² MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas. p. 21.

Roman Borges³³ ressalta, em contrapartida, que essa leitura do processo inquisitorial é essencialmente baseada nas práticas referendadas por Gregório IX, para a perseguição dos cátaros, cristãos dissidentes do sul da França e do procedimento ibérico do Tribunal do Santo Ofício, com a Mesa do Despacho e autos-de-fé. Nesse sentido, há de se lembrar que houve diversas inquisições que, embora similares, tinham características próprias, e foram levadas a cabo por ordens distintas e em territórios distintos.

Também lembra a autora que os métodos de tortura eram prática comum entre as fragmentadas jurisdições criminais do período, incluindo as seculares, vez que o modelo inquisitivo espalhou-se da Igreja para a esfera temporal. Exemplo é a legislação francesa, já do século XVII - quando o poder secular dos monarcas absolutos era incontestável e o sistema inquisitório o acompanhava - a qual regulava como seria o processo da tortura, “desde o momento de aplicá-la até os instrumentos, o tamanho da corda, o peso dos chumbos e outros detalhes sórdidos”.³⁴

Em resumo, o sistema processual do período medieval foi considerado inquisitorial por excelência, praticado no âmbito da Igreja e difundido na esfera do poder secular. Suas características principais foram: a concentração de poderes nas mãos do inquisidor ou juiz, que podia agir de ofício; o sigilo; a forma escrita; a não punição de denúncias caluniosas; a inexistência de contraditório. Muitas vezes, essas características eram acompanhadas da prova tarifada, da primazia da confissão e, lamentavelmente, da prática da tortura.

2.1.4 Common Law britânico medieval

O Sistema processual penal do Common Law britânico tem suas origens políticas na conquista da ilha pelo rei Guilherme da Normandia, em 1066. À essa conquista,

³³ BORGES, Carla Maria Roman. Um olhar par além dos sistemas processuais penais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, **Revista dos Tribunais LTDA**, ano 21, vol. 104, set./out., 2013. p. 154.

³⁴ *Ibid.*, p. 155.

sucederam tensões entre o poder central do rei e seus correligionários frente à justiça dos nobres e da igreja, que governavam anteriormente no território inglês. O sistema acusatório foi adotado pelos reis em contraponto à inquisitorialidade das outras autoridades inglesas, visando ao enfraquecimento dos antigos poderes.

Jacinto Coutinho³⁵ ressalta que o Common Law, com a estrutura que se conhece hoje, aparece no reinado de Henrique II, no século XII. Este monarca desmilitarizou os barões feudais, garantindo a segurança dos territórios através de mercenários e milícias financiados pelo pagamento de tributos destes barões, além de reestruturar o sistema de justiça. Inicialmente, os casos eram julgados por uma corte real, sediada em Westminster, que, com o tempo, foi se especializando e dividindo-se em cortes especiais.

O procedimento criminal observava o seguinte rito: havia a provocação por um acusador ao *justice of peace*, pedindo uma ordem de detenção, de forma a citar o acusado. Feito um juízo de admissibilidade prévio, o magistrado emitia um *warrant* contra o acusado. Era, então, submetido o caso ao *grand jury*, para manifestar-se sobre a procedência da acusação, por maioria absoluta. O acusado, por fim, era apresentado ao *petty jury*, onde podia confessar. Se não o fizesse, o júri reunia-se, isoladamente, mas podendo comunicar-se entre si, e eram analisados os elementos de prova e decidido o caso.³⁶

A ideia de identificar os julgamentos do rei com o entendimento do povo reunido em júri foi instrumento útil para fortalecer a autoridade e a simpatia do povo para com o monarca. Mais tarde, em 1215, já num contra-ataque dos nobres contra o rei, no reinado de João Sem-Terra, é assinada a Magna Carta, que prevê direitos fundamentais para os acusados, e contém o embrião do *fair trial*. Especialmente “nenhum homem livre será preso ou despojado ou colocado fora da lei ou exilado, e não se lhe fará nenhum mal, a não ser em virtude de um julgamento legal dos seus

³⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 17 de mar. de 2021.

³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 110.

pares ou em virtude da lei do país".³⁷ Em território inglês, o conflito entre os poderes parece fazer emergir instituições que os limitam e são vantajosas para a população.

O modelo do *common law* deste período é considerado acusatório, ou adversarial, pela doutrina que identifica as seguintes características principais: contraditório e igualdade de partes; juiz inerte quanto à produção de provas; forma oral; processo público; participação dos cidadãos nas decisões, conferindo-lhes legitimidade.

2.1.5 França Napoleônica

Pode-se pensar a modernidade como iniciada quando das revoluções liberais, na segunda metade do século XVII. Inconformados com o antigo regime, pensadores como Beccaria, Voltaire e Rousseau impulsionaram a retórica antiabsolutista e abriram espaço para alteração radical da paisagem política europeia.

Uma das vertentes deste movimento foi a crítica ao sistema processual penal inquisitório, identificado com o antigo regime e repleto de violência em sua aplicação, seguida da proposição de sua substituição por um modelo acusatório, menos cruel e inspirado pelos tribunais ingleses e pela Roma Republicana.³⁸

Na França, palco da mais inflamada das revoluções liberais, após a reação e estabilização do regime sob o comando de Napoleão, o sistema foi alterado para um modelo que é descrito muitas vezes como sistema misto. Neste sistema, há uma primeira fase, denominada instrução, conduzida por um juiz-instrutor, sigilosa e escrita, onde há a coleta dos elementos caracterizadores da infração, da culpabilidade e das qualificadoras. Posteriormente, realizava-se um julgamento público, com contraditório perante um juiz ou júri.

³⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 17 de mar. de 2021.

³⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 53.

Elementos deste sistema espalharam-se pela Europa através das conquistas napoleônicas, com mais ou menos matizes acusatórios ou inquisitoriais.³⁹ Sua possibilidade de configurar-se como modelo autônomo será considerada mais à frente neste trabalho.

2.2. SISTEMAS PROCESSUAIS NA DOUTRINA BRASILEIRA

É desta narrativa histórica que se retira a matéria de que são construídas as categorias de sistema acusatório e inquisitório. Importante notar que a definição de um dos sistemas desvela as propriedades do outro, vez que estão em uma relação de antagonismo. Portanto, na oposição entre eles é possível compreender melhor a composição de cada um.

Frederico Marques distingue os sistemas inquisitivo e acusatório com base na relação entre as partes, relembrando o *actum trium personarum*. No sistema acusatório, deve haver acusação, defesa e juiz, todos pessoas distintas que, em sua relação, dão movimento ao processo. Marca do sistema inquisitorial seria a concentração das atividades de investigação, acusação e julgamento na mesma pessoa. Esta característica, por sua vez, torná-lo-ia incompatível com as garantias individuais e da imparcialidade. Complementa afirmando que as partes têm de estar em pé de igualdade frente ao julgador que deve manter-se imparcial.⁴⁰

Sobre a oralidade, a publicidade e livre convencimento, geralmente presentes na caracterização dos sistemas acusatórios, diz o autor que são vinculados ao sistema por contingência histórica e, portanto, não compõem seu núcleo distintivo, apesar de estarem intimamente relacionados. O sistema inquisitório teria como características "periféricas" a forma escrita, o sigilo e a prova tarifada.⁴¹

³⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 154

⁴⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**: vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1965. p. 63.

⁴¹ *Ibid.*, p. 64-70; TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo penal**: vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 468-469.

Hélio Tornaghi tem como centro da distinção o mesmo critério, de divisão das tarefas processuais entre três órgãos diferentes. Chama de formas secundárias a oralidade e a publicidade frente à forma escrita e ao sigilo, posto que compatíveis com ambos os sistemas processuais penais, ainda que as primeiras estejam mais vinculadas ao modelo acusatório e as segundas, ao inquisitorial. O sistema misto seria aquele dividido em duas partes, de caráter inicialmente inquisitorial e, em fase posterior, acusatória.⁴²

Outros autores partilham da visão clássica de Marques e Tornaghi, colocando, como centro da distinção entre os sistemas, a questão da divisão de funções, às vezes combinada com algum outro aspecto. Pacelli afirma:

No sistema acusatório além de se atribuírem a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação

Já no sistema inquisitório, como o juiz atua também na fase de investigação, o processo se iniciaria com a notitia criminis, seguindo-se a investigação, acusação e julgamento.⁴³

Tourinho Filho⁴⁴ traz um rol mais extenso de traços marcantes de cada sistema, listando para o sistema acusatório: a exigência do contraditório; a existência de partes em pé de igualdade, tanto de direitos como de deveres; a publicidade dos atos processuais; a divisão das funções processuais entre órgãos distintos, não cabendo ao julgador iniciar os processos *ex officio*, e sim ao Ministério Público e, subsidiariamente, ao ofendido; forma oral ou escrita.

Para o sistema inquisitorial, o autor elenca como fundamentais a não existência do contraditório, que implica na não igualdade entre as partes, e a concentração das

⁴² Ibid., p. 468.

⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10.

⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.114.

funções de acusar, defender e julgar na mesma pessoa: o juiz. O processo é secreto e escrito.⁴⁵

Para o autor, o sistema misto seria composto de três etapas: a investigação preliminar, a instrução preparatória e a fase de julgamento. As duas primeiras teriam caráter inquisitorial, enquanto a última seria acusatória.

Na mesma linha, Mougenot⁴⁶ caracteriza os sistemas processuais através de um complexo de características que, combinadas, originariam um ou outro tipo de organização, ainda que seja feita opção por destacar uma ou outra.

As principais características elencadas são, para o sistema acusatório, a separação entre acusação, investigação e julgamento, o contraditório e ampla defesa, a imparcialidade do julgador e a igualdade de partes.

Como alternativa crítica destas visões - que traziam ou um complexo de critérios ou a separação entre as funções de julgar, acusar e investigar como fundamentais para distinguir e caracterizar os sistemas - Jacinto Coutinho⁴⁷ propõe uma leitura a partir do conceito kantiano de sistema e das lições de Franco Cordero.

A noção kantiana de sistema - elementos coordenados sob a tutela de um princípio unificador e a priori - implica em haver, para cada um dos sistemas, um único princípio unificador que o caracteriza e individualiza: para os sistemas acusatórios, o princípio dispositivo e, para os inquisitórios, o inquisitivo.

Em que pese a exata conceituação destes princípios ser considerada irrealizável pelo autor, por ter estrutura de mito, de significante primeiro, daquilo que ocorre antes da linguagem começar a fazer sentido, é possível compreendê-los através da análise do rito, decorrente e estruturado por este significante primordial.⁴⁸

⁴⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.114-115.

⁴⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 72-73.

⁴⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Observações sobre o processo do sistema acusatório e a defensoria pública. **Revista da Defensoria Pública da União**. Brasília, nº 14, jul./dez., 2020. p. 64-66.

⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, ano 30, nº 30, 1998. p. 164.

É nesta perspectiva que identifica o autor a centralidade da questão da gestão da prova para a caracterização dos princípios dispositivo e inquisitivo. Sobre eles, afirma:

A diferenciação destes dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério de gestão da prova. Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução de um fato pretérito crime, através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador.⁴⁹

Fredie Didier explica, tratando dos princípios dispositivo e inquisitivo, que o termo princípio não se refere à espécie normativa, mas sim tem sentido de “fundamento”, “orientação preponderante”. Nesta perspectiva, identifica o respeito ao princípio dispositivo na atribuição às partes “das principais tarefas relacionadas à condução e à instrução do processo”.⁵⁰ Já o princípio inquisitivo implica “na maior atribuição de poderes ao juiz.”⁵¹

Neste sentido, o sistema inquisitivo tem como traço definidor a extrema concentração de poder nas mãos do magistrado, o qual detém a gestão da prova. O acusado se torna mero objeto de investigação, depositário da verdade sobre os fatos ocorridos, que, portanto, deve prestar contas ao julgador.

No sistema acusatório, a gestão da prova está sob domínio das partes, que apresentam suas razões ao juiz, preservando-se, dessa forma, a sua imparcialidade no desenho da estrutura, tornando-o mais apto a decidir de forma justa.

No sistema inquisitório, a própria organização do processo penal - concentrando a gestão da prova nas mãos do juiz - torna impossível a preservação da imparcialidade, vez que eles são obrigados a criar hipóteses prévias ao julgamento e decidir, com base nelas, o direcionamento das investigações ou da instrução. Este estado de

⁴⁹ Ibid., p. 165.

⁵⁰ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 123

⁵¹ Ibid.

coisas configura para os juízes a formação de, na famosa expressão de Franco Cordero, quadros mentais paranoicos. Embora longo, o trecho é muito elucidativo:

Com efeito, empurrar o juiz para o conhecimento por sua própria iniciativa significa, pelo menos, exigir dele uma decisão sobre o caminho a seguir e, não raro, uma decisão prévia sobre a questão – ou mesmo sobre todo o caso penal –, em verdadeira antecipação do resultado. E isso, em geral, ele não faz por mal (embora possa fazê-lo), mas pelo simples fato de pensar como pensa a civilização ocidental, ou seja, de forma analítica, o método aristotélico que se adotou, de regra, após São Tomás de Aquino; no caso – como é nítido – deformando a lógica. Se assim é – e é mesmo –, o resultado, como síntese, vem antes das premissas ou, pelo menos, de uma delas. Eis por que Cordero a chamou de lógica deforme, em face d' il primato dell'ipotesi sui fatti. Isso, na aparência (mas é só aparência), ajudaria a investigação (quem sabe colocando o juiz mais próximo do fato), mas sviluppa quadri mentali paranoide, como diz o próprio Cordero. Por primário, ele não está querendo dizer que os juízes, em tais circunstâncias, são paranoicos; e sim que se desenvolvem quadros mentais semelhantes àqueles desenvolvidos pelos paranóicos, os quais acreditam serem reais as meras imagens que têm nas suas cabeças. Justo nesse lugar – quem sabe –, do ponto de vista subjetivo, está a grande invenção dos que projetaram o sistema inquisitório (gente que conhecia muito Aristóteles): partir do resultado, desde antes tendo capturado quem se encontra ali (naquele lugar); e mesmo que ele não queira ou não saiba.⁵²

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr.⁵³ entende pela insuficiência da separação entre as funções para classificar um sistema como acusatório ou inquisitório, pois, devido às complexas estruturas da fenomenologia processual, é possível haver processo com partes e de caráter inquisitorial. Importante lembrar que o *Ordonnance Criminelle*, de caráter inquisitorial e em pleno regime absolutista sob o reinado de Luís XIV, caracterizava-se pela estrutura de partes.⁵⁴ A efetiva distinção, então, reside na titularidade da gestão da prova.

⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Observações sobre o processo do sistema acusatório e a defensoria pública. **Revista da Defensoria Pública da União**. Brasília, nº 14, jul./dez., 2020. p. 66.

⁵³ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 105.

⁵⁴ PASSOS, Paulo Cezar dos. **Uma visão crítica da iniciativa acusatória**. 167 f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, 2007. p. 60-61.

Não se pode desconsiderar a complexa fenomenologia do processo, de modo que a separação das funções impõe, como decorrência lógica, que a gestão/iniciativa probatória seja atribuída às partes (e não ao juiz, por elementar, pois isso romperia com a separação de funções). Mais do que isso, somente com essa separação de papéis, mantém-se o juiz afastado da arena das partes e, portanto, é a clara delimitação das esferas de atuação que cria as condições de possibilidade para termos um juiz imparcial. 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.**⁵⁵ (grifo nosso)

Importante notar que a concepção esposada por estes autores implica na impossibilidade de existência de um sistema misto. Inicialmente por contradição lógica, visto que não há um terceiro princípio unificador. Fenomenologicamente, os autores diagnosticam que a ideia do sistema misto seria somente um disfarce da inquisitorialidade do sistema. As condenações ocorreriam de fato com base nos elementos coligidos inquisitorialmente, e a fase acusatória seria mera pantomima. Ou pior, aparência que legitima o processo inquisitorial, monstro de duas cabeças:

No mesmo sentido, Ferrajoli diz que o Código Napoleônico de 1808 deu vida a um “monstruo, nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo, que fue el llamado proceso mixto”.

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão.⁵⁶

O diagnóstico é correto, não havendo contradição com o fato de que os sistemas, enquanto descritos idealmente, não se encaixam perfeitamente às realidades processuais. Isto porque elementos de ambos ocorrem simultaneamente no desenho

⁵⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 185.

⁵⁶ Ibid., p. 186.

dos processos penais mundo afora. Contudo, isto não significa dizer que o sistema tem natureza mista, que, no fundo, é nada dizer. Um sistema processual material, ou tem natureza inquisitória, ou acusatória, não obstante alguns elementos do sistema oposto ocorrerem em sua estrutura.

Geraldo Prado também parte em busca da caracterização dos princípios unificadores, que para ele seriam identificados como “as regras do jogo” e os fins que o processo pretende realizar. O sistema inquisitório “se satisfaz com o resultado obtido de qualquer modo, pois nele prevalece o objetivo de realizar o Direito penal material”. Por outro lado, o sistema acusatório “é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir que define o horizonte do mencionado processo”.⁵⁷

Procura o autor compreender os sistemas na estrutura estática e dinâmica do processo, ou seja, além de investigar a estrutura normativa, também observa a atuação dos atores processuais, vinculados aos fins e meios possíveis para atingi-los, dialeticamente relacionados. Neste sentido, chega à conclusão que:

(...) a função predominante do processo inquisitório consiste na realização do direito penal material. O poder de punir do Estado (ou de quem exerça o poder concretamente) é o dado central, o objetivo primordial (...) equivale a dizer que o juiz cumpre função de segurança pública no exercício do magistério penal.⁵⁸

O princípio acusatório se afirma de forma antagônica ao sistema inquisitivo, tanto em relação à função dos juízes, os meios, como em relação aos fins. No sistema acusatório, separam-se as funções de julgar e acusar para “deslocar o juiz para o centro do processo, cuidando de preservar a nota de imparcialidade que deve marcar a sua atuação.”⁵⁹

⁵⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 172.

⁵⁸ Ibid., p. 173.

⁵⁹ Ibid.

Khaled Jr. partilha deste entendimento acerca da centralidade do papel do juiz e de seus poderes de gestão da prova na caracterização dos sistemas, fazendo importante destaque acerca da relação da produção da verdade ou do saber sobre o fato ocorrido com os sistemas processuais.

A obsessão pela verdade não deve conduzir à assunção de um papel de investigador por parte do juiz. Ele deve dar por conclusa sua ambição de verdade apesar da existência de lacunas, o que deve implicar obrigatoriamente na absolvição do réu, de acordo com o princípio constitucional da presunção de inocência.⁶⁰

No mesmo sentido, Geraldo Prado, novamente invocando a figura de Foucault:

Michel Foucault irá anotar aí o dado marcante que está como na base ou essência dos procedimentos inquisitoriais: a “busca da verdade” que substituirá os desafios ou provas a que se submetiam as pessoas, nos reinos bárbaros, para o que nos interessa configurou o início da “história política do conhecimento”, ou, de acordo com nosso ponto de vista, o emprego político do conhecimento que é fabricado e servirá para definir relações de luta e poder.⁶¹

Esta relação íntima entre a verdade que é produzida no processo e as formas legítimas de obtê-la são importantes na caracterização dos sistemas, pois o sistema acusatório necessariamente terá de se contentar com a verdade das partes, aquela produzida em contraditório e igualdade frente a um juiz o máximo imparcial possível, sob pena de descaracterizar-se, se o magistrado se propõe, ele mesmo, a investigar com o pretexto de obter a verdade real.

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro),

⁶⁰ KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório. **Revista Civitas**. Porto Alegre, vol. 10, nº 2, mai./ago. 2010. p. 305.

⁶¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 138.

especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema.⁶²

Diante deste panorama, a conclusão é a de que os sistemas processuais e, em especial, o sistema acusatório possui várias características que os informam, contudo, por sua natureza sistemática, estas características - oralidade, publicidade, contraditório, verdade processual, livre convencimento motivado - estão todas integradas por uma ideia ou princípio que costuma-se denominar princípio dispositivo ou acusatório. Esta noção revela a impossibilidade da concepção de um sistema misto, pois não se vislumbra a existência de um princípio unificador misto, que coordene o sistema.

Este princípio dispositivo deve ser buscado no rito, nos desdobramentos do sistema através do tempo e na sua concretização. Entretanto, conforme bem marcado por Coutinho, a definição ou conceito do princípio está fora do sistema, a priori. Como quando Kant buscava entender a forma transcendental do conhecimento humano a partir da estrutura do ato de conhecer, seus requisitos e suas categorias.⁶³ Apesar da imagem recorrente, quando se fala do tema e ilustrar o método, de um homem afogando-se e, ao mesmo tempo, tentando erguer-se pela gola da camisa, é possível obter bons resultados.

Dessa maneira, para desvelar esse princípio que escapa aos olhos, é necessário reunir alguns elementos que, isolados, podem não fazer o sistema coordenar-se, mas, juntos, façam intuir este princípio coordenador. São eles o núcleo visível do sistema.

A síntese comparativa entre os sistemas exposta por Renato Brasileiro⁶⁴ fornece um bom ponto de partida, permitindo que, complementada com a exposição realizada até

⁶² LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 181.

⁶³ KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

⁶⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: vol. único. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 41.

aqui, sejam identificados os elementos que compõem o núcleo duro visível do sistema acusatório:

- A) a separação entre as funções de julgar, acusar e investigar, preservando a imparcialidade do juízo;
- B) a substituição do princípio da verdade real por um noção de verdade possível, qualificada pelo contraditório e a ampla defesa;
- C) gestão da prova posta na mão das partes, com poder de influência no resultado final do processo;
- D) Preocupação finalística com a preservação dos direitos e garantias do acusado, legitimando a persecução penal, em oposição à mera aplicação do Direito objetivo.

2.3. O SISTEMA BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A pergunta sobre qual é o sistema adotado pelo Brasil em matéria processual penal, em verdade, são duas perguntas. Uma é: qual o sistema que a Constituição definiu, o modelo que traçou e com qual sistema os direitos e garantias que ela definiu estão em harmonia? A outra é: qual o sistema aplicado diariamente nas delegacias, fóruns e tribunais Brasil afora?

As respostas dos doutrinadores podem ser a uma ou outra dessas perguntas contidas no mesmo enunciado. Respondendo ao segundo questionamento, Hélio Tornaghi⁶⁵ afirma, seguido por Mougenot⁶⁶, que nosso sistema é misto, dada a natureza bifásica da persecução penal, iniciada no inquérito, de natureza acusatória, e finalizada no processo, onde predomina o princípio acusatório.

⁶⁵ TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo penal**: vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 480.

⁶⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 75.

Já Frederico Marques⁶⁷, com base nas previsões da Constituição anterior da “plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela” e da “instrução criminal contraditória”, ou seja, afirmando o modelo constitucional, afirma que o sistema é acusatório.

Tourinho Filho, escrevendo sob a égide da atual Constituição, afirma que nosso sistema é acusatório com laivos de inquisitividade, acusatório heterodoxo, destacando a dissonância entre os princípios do nosso sistema penal e alguns dos poderes dados aos juízes pelo código de processo.⁶⁸

De fato, frente aos princípios postulados na Constituição de 88, é evidente que ali se desenha um sistema acusatório. Diz Machado:

A partir do momento em que a Constituição Federal entregou as funções de investigar à polícia judiciária (art.144); encarregou o Ministério Público (art.129,I) ou o particular (art.5º, LIX) das funções de acusar; atribuiu ao Poder Judiciário a competência para o julgamento das causas criminais (arts.92 a 126); assegurou a imparcialidade dos juízes (art. 95, parágrafo único); garantiu o direito de defesa e o contraditório (art.5º, LV); e decretou a publicidade dos atos judiciais como regra (art 5º, LX), não há dúvida de que consagrou o princípio do processo acusatório, enquanto processo de partes, com a rigorosa separação entre as funções de investigar, acusar defender e julgar.⁶⁹

Como visto anteriormente, a separação de funções de investigar, acusar e julgar, prevista constitucionalmente, é uma das características principais do sistema acusatório. Contudo, de forma a concretizar o princípio acusatório e não macular esta separação das funções, é necessário que a gestão da prova esteja nas mãos das partes. É isto que garante a imparcialidade do julgador, constitucionalmente prevista,

⁶⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**: vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1965. p. 63.

⁶⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.118.

⁶⁹ MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas. p. 11.

especialmente por não vinculá-lo a nenhuma hipótese no andar da marcha processual (e pré-processual).

No mesmo sentido, Fabiano Pimentel destaca que não há espaço para o sistema inquisitório no texto da Carta de 88, ressaltando também outras previsões, como a necessidade de fundamentação das decisões, a divisão dos poderes e o devido processo legal.⁷⁰

O devido processo legal está garantido no inciso LIV do art. 5º da Constituição, onde afirma-se que "ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Por tratar-se de uma cláusula geral, Scarance afirma que ele funciona como um espaço para que a experiência histórica e as conquistas de garantias no processo sejam acumuladas e incorporadas no corpo da Constituição, "serve para que, por meio de construções doutrinárias e jurisprudenciais, se dê assento constitucional às garantias não expressas".⁷¹

Também pode ser caracterizado como uma garantia alargada, vez que várias outras previsões constitucionais integram seu conteúdo.⁷² O contraditório, por exemplo, tanto como oportunidade de pronunciar-se sobre as questões surgidas no processo quanto como possibilidade de influência na decisão do juiz, é uma concretização do devido processo legal. Decorrente direta desta dimensão substancial do contraditório é o dever de fundamentação das decisões, previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição, que impõe a consideração dos argumentos apresentados pelas partes para tornar motivada a decisão, num sentido ou noutro. Nesta lógica, costura-se a teia de relação entre os princípios e garantias constitucionais processuais, sempre ancorados no devido processo legal.

Luiz Flávio Gomes reconhece a natureza de cláusula aberta do direito/garantia do devido processo legal e, ao elencar as garantias mínimas relacionadas com o

⁷⁰ PIMENTEL, Fabiano. **Processo Penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 97.

⁷¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 48.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 57.

processo, começa justamente pela modelo acusatório.⁷³ Nesta perspectiva - que encara o sistema acusatório como conquista civilizacional e o devido processo legal como o espaço onde estas conquistas são acumuladas - é legítimo entender que o sistema acusatório concretiza o devido processo legal, obtendo status de conquista permanente. Sobre a permanência de concretizações do devido processo, Didier Jr:

Ao longo dos séculos, inúmeras foram as concretizações do devido processo legal que se incorporaram ao rol das garantias mínimas que estruturam o devido processo. (...) Nem será lícito retirar agora os direitos fundamentais já conquistados; vale, aqui, o princípio de hermenêutica constitucional que proíbe o retrocesso em tema de direitos fundamentais.⁷⁴

As ideias de devido processo penal e de sistema acusatório se relacionam bem com a própria estrutura democrática e de Estado de Direito instituídas na Constituição brasileira. É assim, pois os autores consideram que o único sistema processual que efetivamente garante a participação das partes e a imparcialidade do juiz, e, portanto, concretiza a ideia democrática no corpo do processo, é o sistema acusatório. Geraldo Prado diz, apoiando-se em Ada Pellegrini:

Deve-se, pois, à concepção ideológica de um processo penal democrático, a assertiva comum de que a sua estrutura há de respeitar, sempre, o modelo dialético, reservando ao juiz a função de julgar, mas com a colaboração das partes, despindo-se, contudo, da iniciativa da persecução penal. A estrutura sincrônica dialética do processo penal democrático considera, pois, metaforicamente, o conceito de relação angular ou triangular e nunca de relação linear, sacramentando as linhas mestras do sistema acusatório. Ada Grinover percutientemente aduziu que no Estado de Direito não há outro processo senão o acusatório, escorado na distribuição das principais funções processuais entre três sujeitos, de modo a

⁷³ GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional e democrático de direito e o devido processo criminal**. In: DIDIER JR, Fredie (Cord.); JORDÃO, Eduardo Ferreira (Cord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador, Jus Podivm, 2017. p. 540.

⁷⁴ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 67.

dispensar o juiz da iniciativa da perseguição penal e garantir a sua imparcialidade.⁷⁵

A própria legitimidade das decisões num estado de direito democrático está vinculada às garantias estabelecidas na Constituição, ao devido processo legal e à efetiva participação dos cidadãos na construção da decisão. Não é à toa que o Júri, ou seja, a transmissão da função de julgar diretamente aos cidadãos, é uma instituição comum nos sistemas acusatórios. O sistema também pode ser visto como espécie de garantia democrática epistêmica, vez que o saber sobre os fatos litigiosos, do qual resulta a sentença, deve ser obtido mediante meios adequados à ordem constitucional, com participação efetiva das partes.

Desta forma, será legítima a atividade jurisdicional penal, porque terá sido possível conferir à sentença a qualidade de haver apreendido o tipo de verdade que pode ser constatada de modo mais ou menos controlável por todos, mas isso só acontecerá se forem satisfeitas as garantias do juízo contraditório, oral e público, isto é, na vigência do sistema acusatório. A legitimidade do exercício do poder, cujo berço é a soberania popular, é a fonte da Democracia.⁷⁶

O tratamento dado ao acusado no sistema acusatório, que o considera parte, garantindo sua presunção de inocência e sua participação no contraditório, frente a juiz imparcial que não o investiga, é harmônico com o princípio fonte dos direitos fundamentais no nosso sistema, a dignidade da pessoa humana.

Um processo penal justo (ou seja, um due process of law processual penal), instrumento garantístico que é, deve promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, **como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo**, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microsistema (contraditório,

⁷⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 71.

⁷⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 74.

isonomia, imparcialidade, inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais.⁷⁷

Não obstante a retidão destas posições, é necessário compreender que a atual Constituição convive com um código de processo que iniciou sua vigência em 1941, sob o regime Vargas e inspirado pelo código italiano fascista, inclusive já revogado, e que possui dispositivos de caráter inquisitorial. Este choque normativo é complementado por uma cultura punitivista e que muitas vezes encara o juiz, não como fiador das garantias dos acusados e julgador imparcial, mas como agente de segurança pública.

Geraldo Prado pondera que, em que pese a Constituição tenha adotado o sistema acusatório ao consagrar a separação das funções, o contraditório e ampla defesa, o devido processo legal, a presunção de inocência, o juiz natural e a imparcialidade:

(...) se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a teoria da aparência acusatória.⁷⁸

No mesmo sentido, Khaled tece crítica às práticas realizadas diariamente no cotidiano da persecução penal, que revelam caráter inquisitorial, evidenciado nas transações informais realizadas anteriormente ao processo, na quantidade de prisões cautelares em cumprimento no país, na atividade probatória dos Juízes e na relevância do inquérito para a atividade jurisdicional, mesmo considerando que:

⁷⁷ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição: Modificando Paradigmas. **Revista eletrônica de direito processual**, vol. 3, 2009 p. 130. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/22179>>. Acesso em: 28 mar. de 2021.

⁷⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 300.

(...) a previsão constitucional é de um processo acusatório, onde a titularidade da ação penal pertence exclusivamente ao Ministério Público (salvo casos de iniciativa privada); já ao juiz – enquanto juiz natural – cabe o papel de garantidor dos direitos fundamentais do acusado no processo.⁷⁹

Na mesma vertente, Aury Lopes Jr. afirma que o sistema adotado no Brasil é inquisitorial, ou neoinquisitorial, a despeito das previsões constitucionais que desenham um sistema acusatório, pois diversos artigos do código de processo conferem poderes instrutórios ao juiz, como o art. 242, que permite a decretação de busca e apreensão de ofício; o art. 196 que faculta ao juiz realizar interrogatório de ofício e a qualquer tempo; e o art. 156, que confere ao juiz poderes de determinar diligências para sanar dúvida sobre questão relevante.⁸⁰

Jacinto Coutinho⁸¹, da mesma forma, entende que o sistema brasileiro definido pelo código em sua concretude é inquisitorial, vez que composto por uma fase inquisitiva, o inquérito, que conta com participação do juiz inclusive para determinar produção de prova de ofício, art. 156; e posterior fase acusatória em que os elementos colhidos no inquérito podem ser utilizados como meio de prova e de tomada da decisão do juiz, com a vedação de não poderem ser os únicos elementos que informam a sentença (situação que pode ter sido alterada pelo novo art. 3º-C, que prevê o acautelamento dos autos do inquérito em cartório, sem envio ao juiz da instrução, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas; conforme lição de Nucci).⁸² Para o autor, dizer sistema misto é o mesmo que dizer sistema inquisitório. Sobre o CPP, afirma:

Pesa, nele, em todos os quadrantes, a sobreposição de funções do órgão jurisdicional e do órgão de acusação. Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a

⁷⁹ KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório. **Revista Civitas**. Porto Alegre, vol. 10, nº 2, mai./ago. 2010. p. 303.

⁸⁰ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 47-48.

⁸¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**. vol. 46, n. 183, p. 111. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>>. Acesso em: 26 de mar. de 2021.

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 48-49.

prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despidendo o órgão acusatório.⁸³

Algumas alterações trazidas pela lei 13.964/19, chamada pacote anticrime, contribuem na revisão de alguns dispositivos do código de processo penal que são dissonantes com o sistema acusatório, como por exemplo: a alteração do procedimento do arquivamento, presente no art. 28; a retirada da possibilidade de o juiz decretar cautelar de ofício, o art. 282; a expressa previsão da audiência de custódia, no art. 310; a introdução do juiz de garantias, nos artigos 3º-B e seguintes. É no art. 3º-A, confirmando o que se disse até aqui sobre sistema acusatório, que se afirma:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

O entendimento de sistema acusatório esposado pelo legislador na letra deste dispositivo - reconhecendo explicitamente a necessária conexão entre ele e a gestão da prova - vem em apoio ao afirmado neste trabalho, que elenca como um dos núcleos visíveis, manifestação do princípio que caracteriza o sistema acusatório, a titularidade da gestão da prova na mão das partes.

Cabe lembrar que, ao tempo da redação deste trabalho, a referida lei está em vigor, contudo resta suspensa por medida cautelar a eficácia das normas presentes nos artigos 3º-A, e subsequentes; art. 157, §5; art. 28, caput e art. 310, §4.⁸⁴ Renato Brasileiro, sobre a suspensão da eficácia do art. 3º-A, comenta com surpresa a suspensão de sua eficácia, por não guardar relação com a implantação do juiz de

⁸³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**. vol. 46, n. 183, p. 111. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>>. Acesso em: 26 de mar. de 2021.

⁸⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime**: Comentários à Lei Nº 13.964/19 - artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 87.

garantias - alvo da decisão cautelar - somente tendo expressado em diploma legal aquilo que a Constituição já previa:

A despeito de o art.3º-a ter sido introduzido no Código de Processo Penal pela Lei n 13.964/19 no capítulo denominado “Juiz das Garantias”, ao lado, portanto, dos arts. 3º-b, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F, com eles não guarda nenhuma relação. Trata-se, na verdade, de uma mera ratificação da estrutura acusatório do nosso processo penal, em fiel conformidade com o art.129, inciso I, da Constituição Federal, do que deriva a conclusão de que seria vedada qualquer iniciativa do juiz na fase de investigação, bem como a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Daí a nossa surpresa com a decisão proferida pelo Min. Luiz Fux por ocasião da medida cautelar nos autos das ADI`s 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.⁸⁵

Enfim, não obstante o realismo de diversos autores ao mostrar as contradições na aplicação do código de processo frente ao sistema desenhado na Constituição, o fato dela ter eleito princípios e garantias de caráter acusatório é uma conquista e um instrumento eficaz na luta para afastar as disposições do código que não se adequam ao sistema proposto, fortalecido pela posição do Legislador nos artigos citados da Lei 13.964. Na cirúrgica colocação de Renato Brasileiro⁸⁶:

De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração do modelo fascista italiano. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. **São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988.**

⁸⁵ Ibid., 90.

⁸⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: vol. único. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 41.

Nesta perspectiva, a realidade fática observada no processo penal cotidiano brasileiro, com todas as suas máculas inquisitoriais, não pode ser óbice para o reconhecimento do sistema acusatório assegurado pela Constituição, detentora da supremacia na aplicação do direito; devendo ser repelidas disposições inquisitoriais ainda presentes no código de processo ou em leis especiais, preservando-se o sistema desenhado por ela. Ou seja, o sistema eleito pela Constituição, a partir dos seus preceitos, é o sistema acusatório, e isto basta!

Dito isto, faz-se um parêntese para discutir outro tipo de entendimento, que defende poder-se obter os efeitos de considerar o sistema desenhado pela Constituição como acusatório, sem necessariamente fazer uso desta noção. É o que defende Moraes da Rosa⁸⁷, ao propor o abandono das categorias de sistemas de processo penal, por serem eivados de controvérsia e pela inevitável coexistência de institutos provenientes de ambos os sistemas em abstrato, num determinado sistema particular.

Advoga o referido autor pela substituição destes significantes primeiros - ou ideias ordenadoras - na estruturação do pensamento sobre o processo penal pelo princípio do devido processo penal substancial combinado com a presunção de inocência. Roman Borges⁸⁸ também considera as categorias de sistema ineptas, por inadequação para lidar com os novos desafios provenientes da incorporação de institutos de justiça negociada e por não ter sua fundamentação histórica a devida precisão historiográfica.

É razoável entender que, do princípio do devido processo legal, fundamento dos demais princípios constitucionais processuais, seja possível extrair - sem muita controvérsia - diversas normas que compõem o sistema acusatório: como o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do julgador; sem necessidade de falar em sistema acusatório. Também dele emana a noção de proporcionalidade, que resolve diversas questões jurídicas espinhosas no cotidiano dos tribunais, com base nos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

⁸⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. Devido processo (penal) substancial: 25 anos depois da CR/88. **Revista Brasileira de Direito IMED**, vol. 9, nº 1, jan./jun. de 2013. p. 33-34.

⁸⁸ BORGES, Carla Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, **Revista dos Tribunais LTDA**, ano 21, vol. 104, set./out., 2013.

Em outra perspectiva, pode-se considerar, inclusive, que o próprio sistema está contido na previsão, informando-a e concretizando seus sentidos.

Em verdade, fazer um apelo ao devido processo legal, em matéria penal, sem se utilizar da ideia de sistema acusatório não é tarefa fácil. Isto porque trata-se de um princípio amplo, como já dito, que comporta as conquistas processuais produto do desenvolvimento histórico-jurídico. Referenciar a história do devido processo legal - penal - é, no Brasil, narrar a alternância dialética entre os sistemas acusatório e inquisitivo e suas manifestações, numa história que, grosso modo, consideramos nossa.

Nesta perspectiva, para nós, a carne do conceito de devido processo legal não vem - não parece possível que um dia venha - da assimilação da história da interpretação do princípio nos tribunais ingleses e americanos, sua origem genética. Não é a nossa história. O senso comum histórico do jurista brasileiro - corruptela da expressão de Warat - entende nosso Direito como fruto do desenvolvimento histórico dos sistemas em conflito através de uma narrativa - iniciada na Grécia antiga e que prossegue indefinidamente - da qual somos, ou pelo menos nos consideramos, herdeiros. É essa narrativa que tem a força necessária para desempenhar a função de significante primeiro, de ideia ordenadora, na nossa estrutura processual penal.

Tecidas estas considerações e aclarados os sentidos que habitam na noção de sistema acusatório, suas características, princípios e manifestações; proceder-se-á à análise da ADPF 572, com vistas a compreender qual o alcance dos poderes investigativos do Supremo Tribunal Federal.

3. A ADPF 572 E O ALCANCE DOS PODERES INVESTIGATIVOS

Ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade contra a Portaria que instaurou o Inquérito 4781 - também conhecido como inquérito das *fake news*, que conta com relatoria do Ministro Alexandre de Moraes - a Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental 572 e seu julgamento são documentos fundamentais para compreender a abrangência dos poderes investigativos do Supremo Tribunal Federal.

Ainda que tendo como objeto a Portaria, a ADPF, em seu julgamento, deu oportunidade para que os Ministros analisassem mais detidamente a compatibilidade do inquérito com o sistema acusatório e quais os seus limites legais, vinculados especialmente ao art. 43 do Regimento Interno do Tribunal.

Isto porque a Portaria 69/2019, instauradora do inquérito, fundamenta a possibilidade da investigação justamente neste artigo do Regimento Interno do Tribunal, também mencionando o art. 13 do mesmo diploma legal. O art. 13 diz que é atribuição do presidente da Corte velar pelas prerrogativas do Tribunal. O art. 43 seria, então, um desdobramento deste dever, através da possibilidade, pelo próprio presidente, de instauração de inquérito, que pode ser presidido por ele mesmo ou atribuída a presidência a outro Ministro. É importante trazer o conteúdo do artigo no corpo do texto, vez que ele é objeto central dos debates acerca do alcance dos poderes investigativos do STF.

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.

Da leitura inicial do artigo, pode-se perceber a conjunção entre três requisitos necessários para instauração do inquérito judicial, quais sejam: a) a ocorrência de infração à lei penal; b) na sede ou dependência do Tribunal; c) envolvendo autoridade ou pessoa sujeita à jurisdição do Tribunal. O parágrafo primeiro traz uma complicação ao prescrever uma cláusula aberta, onde não há clareza quanto ao referente da expressão “nos demais casos”. No julgamento, os ministros ampliaram o sentido desta norma para abarcar casos que não digam respeito somente a estas três condicionantes, vez que as condutas investigadas ocorreram na internet.

A ADPF questionou - além de questões vinculadas ao objeto do procedimento investigativo e à liberdade de expressão - a constitucionalidade do inquérito frente a eventual conflito com o sistema acusatório e com o artigo do regimento citado anteriormente, alegando que o procedimento afronta as limitações quanto ao local do fato e quanto às pessoas envolvidas, presentes no caput do referido artigo. Pontua o Ministro Fachin, no relatório, sobre a arguição:

Assevera que o art. 43 do Regimento Interno do STF, citado para fundamentar a Portaria, trata do poder de polícia interno, havendo sido regulamentado pela Resolução n.º 564/2015, **exigindo que o fato ocorra na sede do Tribunal e, cumulativamente, envolva autoridade ou pessoa sujeita à jurisdição do STF**. Ambos os requisitos estariam ausentes, a ensejar, não a atuação do Judiciário, mas, nos moldes de um sistema acusatório, da polícia judiciária ou do Ministério Público.

Haveria, assim, ofensa ao preceito fundamental da **Separação dos Poderes (CFRB, art. 60, §4º, III), não tendo o Judiciário, salvo algumas exceções, competência estabelecida no art. 102 para conduzir investigações criminais**. Cita, ainda, ofensa ao art. 5º, XXXV, da CFRB, ao qual chama de proteção judicial efetiva, ao art. 5º, XXXVII e LIII, garantia do juiz natural, e ao art. 5º, LV, devido processo legal. Ressalta **o caráter inquisitivo do inquérito instaurado**, o que, além da Constituição, ofenderia princípios internacionais que impõem o sistema acusatório.⁸⁹

Inicialmente, os votos indicavam que seria realizada interpretação conforme a Constituição, com objetivo de delimitar quais os sentidos autorizados das normas do regimento que permitem a instauração e presidência de inquéritos pelo Tribunal, sanando a dúvida quanto ao alcance da norma regimental e na tentativa de harmonizar o dispositivo com o sistema acusatório. Contudo, tal intenção não foi levada a cabo, com o argumento de que o inquérito em análise estaria de acordo com todas as disposições constitucionais, tornando desnecessária a interpretação conforme:

⁸⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 18 de jun. de 2020.

Nessa ordem de ideias, comungo da compreensão então manifestada pelo eminente Ministro Moreira Alves no sentido de que **supérfluo lançar mão da técnica da interpretação conforme a Constituição para afirmar o óbvio**: necessidade de assegurar a participação do Ministério Público, de observar a Súmula 14 desta Casa e as liberdades de expressão e de manifestação, nos termos constitucionais, e de se ater ao objeto autorizado regimentalmente para o inquérito.⁹⁰

A não realização da interpretação conforme traz alguns problemas para o exame dos fundamentos, dos requisitos e dos limites considerados pelo Supremo para a instauração de inquéritos de sua própria lavra. Isto porque, os ministros, ainda que concordando quanto à improcedência dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade da Portaria, e, por conseguinte, do próprio inquérito, divergiram em suas fundamentações quanto ao alcance dos poderes investigativos do Tribunal.

Por sua vez, o Ministério Público sustentou algumas posições distintas no decorrer do processamento da ação de controle de constitucionalidade.

Sob o comando da então Procuradora Geral da República Raquel Dodge, o Ministério Público argumentava pela inconstitucionalidade do inquérito por: incompatibilidade com o sistema acusatório e com o devido processo legal; dilatação do sentido da norma do art. 43 do RISTF para além de suas possibilidades semânticas e não cumprimento de seus requisitos; por conter vícios formais como designação do Ministro Relator, que feriria o princípio do Juiz natural, e por não haver delimitação das condutas efetivas a serem investigadas.

A divergência chegou ao ponto de haver requerimento de arquivamento do inquérito, prerrogativa do MPF, rejeitado pelo Ministro relator da investigação. As razões da PGR para o reconhecimento da inconstitucionalidade do inquérito foram:

- (i) a decisão que determinou de ofício a instauração do Inquérito e designou seu relator, ao não observar o princípio da livre distribuição e lhe dar poderes instrutórios, quebrou a garantia da imparcialidade judicial no exercício da jurisdição criminal, além de obstar o acesso do titular da função penal, que é o Ministério Público, à investigação. Na

⁹⁰ WEBER, Rosa. p. 23. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 18 de jun. de 2020.

sequência, os atos judiciais instrutórios da investigação e determinantes de diligências investigativas **também não observam o sistema penal acusatório e a Constituição**. Tais atos divergem da regra do juiz natural, que se estabelece mediante prévia distribuição aleatória do inquérito (artigo 5º-LIII-CF).

(ii) a portaria de instauração do Inquérito 4781 não se refere à indício que defina a competência do Supremo Tribunal Federal para instaurar e supervisionar a investigação, **pois não aventou a possibilidade de envolvimento de pessoa com foro por prerrogativa de função no STF**; nem se refere a ato que pudesse ser correlacionado ou ser resultante do exercício de suas funções, conforme delimitação jurisdicional no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937;

(iii) a portaria que instaura o inquérito não especifica objetivamente os fatos criminosos a apurar, nem quando e **onde ocorreram**, tampouco quais seriam as “notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi e injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares.”⁹¹

Posteriormente, já sob o comando do PGR Augusto Aras, o Ministério Público alterou seu posicionamento e entendeu pela possibilidade de investigação realizada pelo Supremo, desde que observadas as garantias constitucionais dos acusados e do próprio Ministério Público e tendo como objetivo somente garantir a independência do Tribunal. Poderia o Supremo Tribunal Federal instaurar inquéritos desde que haja:

(...) adequação do inquérito previsto no art. 43 do RISTF com a Constituição Federal e as leis vigentes, apontou-se que não de ser adotadas as seguintes medidas de conformação procedimental:

1) há de se franquear ao Ministério Público a constante participação no procedimento investigativo visando à proteção de direitos e garantias fundamentais dos investigados e a colheita de indícios e provas;

2) ressalvadas as diligências em curso, há de ser reconhecido aos defensores o direito de, “no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” (Súmula Vinculante 14);

⁹¹ MPF. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 3 maio de 2019.

3) as medidas investigativas sujeitas à reserva de jurisdição (quebra de sigilo, busca e apreensão, vedação de uso de redes sociais etc.), se não requeridas pelo Ministério Público, hão de ser submetidas previamente ao seu crivo.⁹²

Cumulativamente, o procedimento deve referir-se, exclusivamente, à garantia da independência e atuação regular dos tribunais:

As hipóteses admitidas no ordenamento para a investigação criminal por tribunais têm por fundamento apenas a garantia de condições de atuação e funcionamento independente do Poder Judiciário.⁹³

A ADPF foi julgada improcedente, por dez votos a um, com divergência do Ministro Marco Aurélio, não obstante a diferença entre as fundamentações quanto aos critérios utilizados para se instaurar inquéritos pela Corte, já que considerada desnecessária a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição.

Pois bem, nos votos proferidos durante o julgamento, algumas posições básicas foram adotadas pelos ministros, que estabeleceram os requisitos creditados como cumpridos ou dispensáveis para instauração de inquérito, bem como argumentaram pela sua compatibilidade com o sistema acusatório. Entre estes requisitos e argumentos, alguns se caracterizam por estarem presentes na maioria dos votos e outros por esposar sentidos divergentes, o que não foi empecilho para a decisão de improcedência da ADPF.

Cabe fazer, então, uma distinção entre os posicionamentos que buscam afastar a incompatibilidade entre o sistema acusatório e inquérito judicial, são os argumentos de compatibilidade; e aqueles que determinam os requisitos para que procedimentos investigativos sejam instaurados, que serão chamados argumentos-requisitos.

Além destas razões no campo do ordenamento jurídico, algumas teorias foram elencadas para fundamentar a instauração do inquérito. São elas a teoria da

⁹² MPF. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 20 fevereiro de 2020.

⁹³ Ibid.

democracia militante, dos poderes inerentes e do *contempt of court*. Cada uma destas posições teóricas será brevemente analisada para verificar sua pertinência no debate.

Antes de passar aos argumentos, cabe dizer que não fazem parte da investigação deste trabalho aqueles que dizem respeito a aspectos contingentes do caso específico, especialmente o debate quanto à liberdade de expressão. Somente são necessárias para o desenvolvimento do trabalho as lições que envolvem a questão formal do alcance dos poderes investigativos do tribunal. Também é válido lembrar que, quando se fala em posições comuns, está sendo excluído o voto divergente do Ministro Marco Aurélio.

3.1 ARGUMENTOS DE COMPATIBILIDADE

Os argumentos de compatibilidade identificados no acórdão, ou seja, aqueles que buscam afastar a incompatibilidade entre o sistema acusatório e o inquérito judicial giram em torno de três eixos: recepção constitucional do RISTF, não monopólio investigativo pelos órgãos regulares e sobre o próprio sistema acusatório.

3.1.1 Recepção constitucional do Regimento Interno

Sete dos onze ministros manifestaram-se expressamente afirmando a recepção das normas do Regimento Interno do Tribunal. Foram eles os ministros Barroso⁹⁴,

⁹⁴ “Apenas relembro, como já foi feito, que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, editado sob regime constitucional anterior, foi recepcionado pela Constituição de 1988 com força de lei.” (BARROSO, Luiz Roberto. p. 3. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 18 de jun. de 2020).

Weber⁹⁵, Lúcia⁹⁶, Lewandowski⁹⁷, Mendes⁹⁸, Toffoli⁹⁹ e Moraes. Argumentam eles, em síntese, que o RISTF foi recepcionado pela atual Constituição, conforme jurisprudência da Corte, e que o foi com status de lei ordinária, frente à competência outorgada pela Constituição anterior ao Supremo Tribunal Federal para legislar em matéria processual.

⁹⁵ “Fundada, a Portaria impugnada, em norma do RISTF, rememoro, como já fizeram os que me antecederam, a compreensão consolidada na jurisprudência da Casa de que os dispositivos regimentais editados com esteio no poder normativo primário conferido ao Tribunal pela Constituição Federal de 1967 - art 115, parágrafo único, alínea c, repetido pela Emenda Constitucional nº 1 de 19692 (art. 120) e pela EC nº 7/1977-, possuem status legal, ainda que formalmente regimentais. O precitado art. 115 da CF/1967, é sabido, prescrevia competir ao Supremo Tribunal Federal, em seu regimento interno, estabelecer “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso”. Ainda que eliminado o poder normativo primário do STF pela Constituição de 1988, quando atribuiu à União - art. 22, I -, a competência privativa para legislar sobre direito processual, já em 1994, tendo como pano de fundo a discussão sobre o cabimento de embargos infringentes na Reclamação 377-El-AgR, de relatoria do Ministro Moreira Alves. placitou o Plenário o entendimento de que “as normas processuais (...) contidas no seu regimento interno foram objeto de recepção pela atual Constituição no que com esta se mostrarem compatíveis (...) como ato normativo com força de lei” (DJ 27.10.1994, destaquei).” (WEBER, Rosa. op.cit., p. 10).

⁹⁶ “Na linha do que já houve em termos de votação, até aqui com o voto de todos, também eu me encaminho no mesmo sentido da validade, primeiro, do art. 43 do Regimento Interno, que, na forma da jurisprudência já assentada até aqui no Supremo Tribunal, tem-se por recepcionado pela Constituição de 1988, não atinge o sistema acusatório nisto que é uma definição de medidas administrativas iniciais a serem adotadas em benefício ou em garantia da independência e da incolumidade dos Senhores Ministros - portanto, dos membros do Poder Judiciário que compõem este Tribunal -, dos seus servidores, do seu serviço em prol dos jurisdicionados, do cidadão brasileiro e dos bens que compõem este acervo no qual se desenvolve essa atividade.” (LÚCIA, Cármen. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 18 de jun. de 2020).

⁹⁷ “Rememoro, ainda, que esta Suprema Corte assentou o entendimento segundo o qual o Regimento Interno foi recepcionado pela Constituição vigente, possuindo força de lei. Isso quer dizer que suas disposições configuram lei em sentido material, ombreado, em termos de hierarquia normativa, com a legislação processual, sobrepujando-a, inclusive, em certos casos, considerada a sua especialidade.” (LEWANDOWSKI, Ricardo. p. 23. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 18 de jun. de 2020).

⁹⁸ “É importante registrar que os arts. 42 e 43 do RISTF foram recepcionados pela atual Constituição com status de lei. Com efeito, o art. 120 da Constituição Federal de 1969 estabelecia ser atribuição do STF definir, por meio do Regimento Interno, as normas sobre o funcionamento dos seus órgãos e o processo para o julgamento dos seus feitos de competência originária e recursal. Essa prerrogativa foi conferida excepcionalmente à Suprema Corte, visto que em relação aos demais Tribunais exigia-se, por exemplo, a edição de lei promulgada pelo Poder Legislativo da União. Portanto, conclui-se que não há qualquer inconstitucionalidade formal entre as normas do Regimento que tratam do poder de polícia da Presidência desta Casa, publicadas em 1980, com o parâmetro constitucional vigente à época deste ato – a Constituição de 1969. Também não se observa qualquer inconstitucionalidade material das referidas normas com a ordem constitucional vigente a partir de 1988, uma vez que o art. 96, I, “a”, da CF/88, prevê que compete aos Tribunais elaborar seus regimentos com normas sobre “o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”. (MENDES, Gilmar. p. 14. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 18 de jun. de 2020).

⁹⁹ “O Regimento Interno do STF foi recepcionado pela Constituição de 1988 com força de lei. O Plenário, na voz do Decano, Ministro Celso de Mello, endossou, em 2018, essa perspectiva.” (TOFFOLI, Dias. p. 23. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 18 de jun. de 2020).

Tomar-se-á, como paradigma para análise, curto trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que sintetiza bem o posicionamento:

O Regimento Interno da CORTE, no que diz respeito à matéria processual, foi editado no exercício de competência legiferante, como então previsto pela ordem constitucional em vigor (art. 119, § 3º, c, da CF/1969), e formalmente recepcionado pela Constituição de 1988 como ato normativo com força de lei.¹⁰⁰

O problema desta argumentação reside no fato de considerar a recepção do Regimento como um todo, além de conferir demasiada importância ao fato de a norma ter entrado em vigor em conformidade com o desenho das competências previsto na Constituição anterior.

O fenômeno da recepção constitucional funciona da seguinte maneira: as normas anteriores à Constituição atual perdem seu fundamento de validade ao ser revogada a Carta sob a qual vigiam. Para continuar vigorando, é necessário que estejam materialmente de acordo com a nova Constituição, de forma que esta passe a ser o seu fundamento de validade. Pouco importa neste fenômeno o fato de a norma ter tido procedimento legislativo adequado e estar de acordo com a divisão de competências da revogada Constituição, elemento que serve somente para informar seu status normativo frente à nova Constituição. Conforme lição de Dirley da Cunha Jr.:

Será recepcionado quando em conformidade material com a nova Constituição, recebendo dela o seu novo fundamento de validade. Assim o princípio da recepção é o fenômeno pelo qual a Constituição nova recebe a ordem normativa infraconstitucional anterior, surgida sob a égide das Constituições precedentes, se com ela tais normas forem substancialmente compatíveis, ainda que formalmente não o sejam.¹⁰¹

¹⁰⁰ MORAES, Alexandre de. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 18 de jun. de 2020.

¹⁰¹ CUNHA JR., Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 210-211.

Nesta perspectiva, o Regimento Interno do Supremo só pode ser considerado recepcionado se materialmente em conformidade com a nova Constituição, entendimento esposado pela jurisprudência do STF. Porém, há mais uma questão. Diplomas normativos como um todo podem ter sido recepcionados, embora dispositivos específicos neles presentes não o sejam. Dessa forma, a análise deve ser feita em relação a cada norma contida no Regimento.

Conforme dito, é o art. 43 do RISTF que atribui poderes investigatórios ao tribunal; no *caput*, para crimes ocorridos na sede do tribunal e envolvendo autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição; no parágrafo único, através de cláusula aberta que confere este poder nos demais casos.

Este artigo, especialmente em seu parágrafo único, está em franca oposição ao sistema acusatório desenhado na Constituição. Inicialmente, por atribuir poderes investigativos a órgão jurisdicional, ferindo a separação de funções, típica dos sistemas acusatórios; e por concentrar a titularidade da gestão das provas em suas mãos, incumbência que, neste sistema, compete à acusação e defesa. Finalmente, ao ensejar, com a expressão “nos demais casos”, a extensão do poder que seria atípico.

A situação se agrava considerando que o próprio tribunal é vítima de crimes que pode investigar e, mais ainda, quando há indiciado que detém prerrogativa de foro. Neste caso, o tribunal, de fato, ao mesmo tempo, investiga e julga caso em que figura como vítima, ultrapassando até mesmo a conformação típica dos sistemas inquisitórios. Mais do que ferir a divisão das tarefas na persecução penal, rompe-se, de forma irreparável, a imparcialidade, afasta-se, irreconciliavelmente, do devido processo legal.

O procedimento indicado pelos princípios estabelecidos pela Constituição para casos em que o tribunal se considera vítima de condutas lesivas, que podem ferir sua independência, integridade ou honorabilidade, é a provocação da Polícia Federal ou do Ministério Pública para investigar e, sendo o caso, denunciar os suspeitos. Tomar para si a iniciativa de investigar estes casos é tornar o Tribunal órgão de segurança

pública, confundir seu papel no sistema, comprometer a legalidade dos processos, enfim, prejudicar a persecução penal.

Portanto, mesmo considerando a adequação formal do diploma à Constituição vigente à época de sua promulgação e o entendimento jurisprudencial sedimentado que o multicitado Regimento foi recepcionado - como de fato o foi em vários de seus dispositivos - a regra específica que confere poderes investigatórios ao tribunal não está em conformidade material com o sistema acusatório previsto na Constituição Federal, e, por conseguinte, *concessa venia*, a posição adotada expressamente por sete dos Ministros da Corte olvida a incompatibilidade material que se encerra naquele dispositivo específico, o qual não tem onde buscar, no particular, seu fundamento de validade. É este o posicionamento do Ministro Marco Aurélio em seu voto, vencido, porém, irretocável:

Acontece que, havendo a Constituição Federal de 1988 consagrado o sistema acusatório, esse artigo não foi recepcionado, tendo, inclusive, parágrafo polivalente, próprio ao sistema inquisitivo e que estaria a autorizar a instauração do inquérito, ainda que não ocorrido o crime no âmbito do Supremo.¹⁰²

3.1.2 Não monopólio investigativo pela Polícia e Ministério Público

Quase todos os votos pela improcedência da ADPF trouxeram o argumento de que investigações podem ser realizadas pelo Supremo Tribunal, vez que o ordenamento jurídico possui várias hipóteses de inquéritos realizados por outros agentes que não as polícias investigativas e o Ministério Público.

De fato, a premissa é verdadeira. Por atribuição constitucional, as polícias federal e civil possuem a função típica de investigar preliminarmente crimes, com objetivo de

¹⁰² AURÉLIO, Marco. p. 4. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 18 de jun. de 2020.

subsidiar a ação penal a ser promovida pelo Ministério Público, de acordo com a divisão de competências instituída no art. 144, CF.

Esta atribuição de realizar a investigação preliminar é comumente chamada pela doutrina de função de polícia judiciária, mas Renato Brasileiro¹⁰³ faz melhor distinção conceitual, denominando-a de função de polícia investigativa, em razão da própria dicção do art. 144, que trata como distintas a função de investigar, atribuição de apurar a ocorrência de condutas criminosas com vistas a subsidiar o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público; e de polícia judiciária, que corresponderia àquela atribuição de auxiliar do Poder Judiciário, ao executar mandados de prisão, busca e apreensão e conduzir coercitivamente testemunhas, por exemplo.

Todavia, esta competência para investigar não é exclusiva da Polícia. Em 2015, no julgamento do RE 593727, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade de o Ministério Público conduzir investigações por conta própria, desde que respeitadas as garantias dos investigados e seus defensores, estabelecendo precedente com repercussão geral.

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa Instituição.¹⁰⁴

Além destes dois órgãos que exercem a atividade investigativa tipicamente, diversos outros realizam diligências investigativas de forma atípica. No âmbito do Poder

¹⁰³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: vol. único. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 109.

¹⁰⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 593.727**. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 14 de maio de 2015.

Legislativo, por exemplo, destacam-se as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), que possuem amplo poder investigatório no decorrer de seus trabalhos. Tourinho Filho¹⁰⁵ ressalta a equiparação de seus poderes com o da autoridade judiciária, pois as CPIs estão autorizadas a determinar quebras de sigilo bancário, fiscal, telefônico e a condução coercitiva de testemunhas.

O próprio CPP resguarda as competências investigativas de outras autoridades administrativas, desde que sejam acometidas por lei, conforme seu art. 4º, parágrafo único.

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

¹⁰⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 233.

Nesta toada, os votos dos ministros Moraes, Barroso, Fachin¹⁰⁶, Weber¹⁰⁷, Lewandowski¹⁰⁸, Gilmar¹⁰⁹, Mello¹¹⁰ e Toffoli¹¹¹ fazem a observação de que a polícia não possui monopólio da investigação criminal e, portanto, o inquérito judicial realizado pelo Supremo teria fundamento legal. Boas ilustrações são os votos dos ministros Moraes e Barroso. O primeiro traz um rol extenso de órgãos que podem investigar, veja-se:

No Poder Executivo, a legislação permite investigações criminais realizadas pela Receita Federal do Brasil (delegacias da Receita e seus Escritórios de Pesquisa e Investigação ESPEIs); pelo Banco Central do Brasil (Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros DECIF). Da mesma maneira, no âmbito do Poder Legislativo há a previsão constitucional de investigações realizadas

¹⁰⁶ “Em regra, é mesmo a Polícia Judiciária quem conduz a investigação, nos termos do art. 144 da Constituição e do art. 4º do Código de Processo Penal, que, no seu parágrafo único, de todo modo dispõe: “A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.” Comentando esse dispositivo, a doutrina afirma (...)” (FACHIN, Edson. p.15. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 18 de jun. de 2020).

¹⁰⁷ “Nesse contexto, em que a regra é a investigação via inquérito policial ordinário, mas admitida pelo sistema a possibilidade de apuração de infrações penais por quem teve a si atribuída por lei igual função - sempre condicionada à preservação do núcleo essencial do sistema acusatório constitucionalmente moldado -, manifesto a compreensão de que o vigente artigo 43 do RISTF, dotado de estatura legal e de higidez constitucional, constitui norma excepcional a atribuir a este STF competência administrativa estrita para inquéritos em que os investigados detenham, ou não, foro por prerrogativa de função, reservado, todavia, friso, às investigações de infrações à lei penal, e não a toda e qualquer Investigação.” (WEBER, Rosa. op.cit., p.13).

¹⁰⁸ “Vale lembrar, nessa linha, que as Comissões Parlamentares de Inquérito, previstas no art. 58, § 3º, da Constituição, são dotadas de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais para a apuração de fatos certos e determinados. Nosso sistema normativo também convive com o poder de investigação da polícia legislativa do Congresso Nacional, quanto a delitos cometidos em suas dependências, atividade, inclusive, reconhecida por Suprema Corte, que jamais a considerou incompatível com o sistema acusatório.” (LEWANDOWSKI, Ricardo. op.cit., p. 11).

¹⁰⁹ “O próprio art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, prevê que o exercício das funções de polícia judiciária poderá ser exercida por outras autoridades administrativas “a quem por lei seja cometida a mesma função”. É com base nessa norma e na ratio subjacente que destaquei, no julgamento do RE 593.727-RG, que tratava dos poderes investigativos do Ministério Público, que não só o Parquet e as CPIs possuíam atribuições de investigação, mas também o COAF (atual UIF), a Receita Federal, o Bacen, a CVM, o TCU, a CGU e o INSS, dentro das estritas balizas legalmente estabelecidas.” (MENDES, Gilmar. op.cit., p. 32).

¹¹⁰ “Cumprir ter em perspectiva que o inquérito penal, sobre o qual os organismos policiais não dispõem de monopólio investigatório (...)” (MELLO, Celso de. p. 5. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 18 de jun. de 2020.)

¹¹¹ “À guisa de exemplo, lembrou o Ministro Gilmar Mendes, em julgado de sua relatoria, “a atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, art. 58, § 3º), os procedimentos administrativos do Conselho de Controle de Atividades Financeiras COAF (Lei 9.613/98), da Receita Federal, pelo Bacen, da CVM, do TCU, do INSS e, por que não lembrar, mutatis mutandis, as sindicâncias e os processos administrativos no âmbito dos poderes do Estado.” (RE nº 593.727-RG/MG, Tribunal Pleno, DJe de 8/9/15)” (TOFFOLI, Dias. op.cit., p. 24).

por comissão parlamentar de inquérito (CF, art. 58, § 3o) e investigações feitas pela polícia legislativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nos casos de crimes cometidos em suas dependências (art. 269 da Resolução 17/1989 Regimento Interno da Câmara dos Deputados). Há, inclusive, no âmbito do Poder Judiciário, outra tradicional hipótese de investigação criminal presidida pelo próprio Tribunal competente para processar e julgar magistrado acusado da prática de infração penal (LOMAN, art. 33, parágrafo único); assim como o inquérito presidido por juiz de direito da vara em que tramita o processo de falência para apuração de infrações falimentares, sem substituição do antigo inquérito judicial falimentar e o inquérito instaurado por tribunais para apuração de infrações à lei penal ocorridas nas sedes ou dependências das Cortes.¹¹²

Já o Ministro Barroso expõe de forma clara o argumento:

Como o Ministro Alexandre de Moraes observou em seu voto, há diversas hipóteses incontestavelmente válidas na legislação brasileira de investigações que são conduzidas não pela polícia, nem pelo Ministério Público, mas por outras instituições. (...) 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.¹¹³

Ainda que a premissa seja verdadeira, dela não se extrai a conclusão. De fato, trata-se de um *non sequitur*, tipo de falácia lógica onde a conclusão não resta autorizada pelas premissas elencadas. Com efeito, a possibilidade de realização de investigações por outros órgãos da estrutura do Estado não se confunde com a possibilidade de o Poder Judiciário realizar inquéritos, considerada sua especificidade, funções típicas e a sua posição no sistema acusatório.

A afirmação do Ministro Barroso de que o sistema acusatório não se aplica na fase do inquérito não se sustenta. Como exposto, a caracterização de um sistema processual penal como acusatório se ampara na posição do Juiz frente à produção

¹¹² MORAES, Alexandre. op.cit.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. op.cit., p.4.

de provas, na separação das funções de acusar e julgar e na abstenção da pretensão de encontrar a “verdade real” pelo julgador, desconsiderando os meios regulares de obtê-la. Nesta perspectiva, inevitável é a conclusão de que o Juiz não deve presidir inquéritos, sob pena de perda da imparcialidade e de afronta ao devido processo legal substancial. Novamente, Lopes Jr. expõe brilhantemente que:

(...) 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.**¹¹⁴

Não obstante estas considerações, no rol de possibilidades investigativas trazido pelo Ministro Alexandre, estão elencadas duas hipóteses de inquéritos realizados por Juízes. A primeira não será discutida, inquéritos judiciais falimentares, porque o instituto resta revogado pela Lei 11.101 de 2005, o que inclusive fortalece a posição de que inquéritos conduzidos pelo Poder Judiciário não são compatíveis com o sistema acusatório.

Já a hipótese do art. 33, parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura é mais problemática. Em seu capítulo acerca das prerrogativas dos magistrados, afirma que:

Art. 33 - São prerrogativas do magistrado:

Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

¹¹⁴ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 185.

Frente às considerações que a produção de provas por magistrados - seja em fase de inquérito, ou durante a instrução de um processo penal - é característica marcante de sistemas inquisitivos, necessário elucidar as razões que fundamentam este dispositivo, para compreender, se, de alguma forma, é possível harmonizá-lo com o sistema acusatório ou reduzir ao máximo seu antagonismo.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar a posição da regra no contexto da LOMAN. Ela está inserida no capítulo que trata das prerrogativas dos magistrados, no título das garantias e prerrogativas dos membros da magistratura. Desta localização é possível extrair sua razão de ser, qual seja, a proteção dos juízes frente a eventual arbítrio, preservando sua independência de forma a garantir a lisura de suas decisões.

Desta premissa, verifica-se, em segundo lugar, que a remessa dos autos de investigação que envolve magistrado ao Tribunal competente para o julgamento não é o mesmo que afirmar que este Tribunal, a partir desta remessa, conduzirá a investigação.

A lógica da regra da LOMAN é de proteção às garantias do magistrado, em esforço conjunto com sua inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, vitaliciedade, todas garantias elencadas no mesmo título que a previsão em análise. Isso significa que a atuação do Tribunal, quando receber os autos da investigação, deve ser a de garantidor e fiscal das atividades investigativas, não de um Delegado de Polícia. Cabe a ele zelar pelos direitos do magistrado investigado, evitando abusos e realizando o controle das medidas sob reserva de jurisdição.

A analogia com a hipótese de condução de investigações pelo Supremo não é perfeita, frente aos abismos entre os tipos de atuação dos Tribunais em cada caso estudado. O que é possível extrair deste argumento em geral e do caso da LOMAN em particular, é que o ordenamento jurídico pátrio estabeleceu, desde que interpretado tendo em vista o sistema acusatório e o desenho constitucional, o necessário acompanhamento por Tribunal ou órgão especial de algumas investigações, atuação absolutamente distinta da condução e presidência de inquéritos.

3.1.3 (Qual?) Sistema acusatório

A maior parte dos Ministros concorda que o sistema previsto na Constituição é o acusatório, ainda que a ele se referindo sob enfoques distintos. Proceder-se-á ao início a análise a partir dos posicionamentos dos Ministros Mendes¹¹⁵, Barroso¹¹⁶, Weber¹¹⁷, Lewandoski¹¹⁸, Toffoli¹¹⁹, Lúcia¹²⁰, que partilham de semelhante concepção.

¹¹⁵ “De forma bastante sintética, o sistema acusatório pressupõe que as funções da acusação e julgamento sejam exercidas por órgãos ou autoridades distintas. No modelo da CF/88, enquanto as autoridades com poderes investigativos detêm a atribuição de condução ou presidência da fase preliminar de investigações, o chamado inquérito policial, cabe ao Ministério Público a iniciativa exclusiva para promover a ação penal pública na forma da lei. Ao Poder Judiciário, incumbe o juízo de recebimento ou rejeição da denúncia e, caso aceita, o processamento e julgamento do processo penal. A despeito da consagração constitucional desse sistema, persistem no nosso processo penal institutos e procedimentos que fogem a uma rígida separação de atribuições do sistema acusatório.” (MENDES, Gilmar. op.cit., p. 28).

¹¹⁶ “Resta saber se ele é válido diante do fato de que a Constituição de 1988 instituiu como regra geral o princípio acusatório, que dá protagonismo ao Ministério Público no processo, sobretudo na ação penal. E aqui também eu penso que não há essa incompatibilidade sistêmica. Embora, de fato, o sistema seja um sistema acusatório e, de fato, o Ministério Público tenha o monopólio da acusação formal, porque é o único titular da ação penal, a Constituição não reserva a privatividade do Ministério Público para a condução da investigação. Pelo contrário, no que se refere a investigação em si, por exceção, o Supremo admitiu que seja conduzida pelo Ministério Público, mas como regra geral ela é conduzida até pela Polícia e não pelo Ministério Público.” (BARROSO, Luís Roberto. op.cit., p.4.)

¹¹⁷ “Nesse contexto, em que a regra é a investigação via inquérito policial ordinário, mas admitida pelo sistema a possibilidade de apuração de infrações penais por quem teve a si atribuída por lei igual função - sempre condicionada à preservação do núcleo essencial do sistema acusatório constitucionalmente moldado -, manifesto a compreensão de que o vigente artigo 43 do RISTF, dotado de estatura legal e de higidez constitucional, constitui norma excepcional a atribuir a este STF competência administrativa estrita para inquéritos em que os investigados detenham, ou não, foro por prerrogativa de função, reservado, todavia, friso, às investigações de infrações à lei penal, e não a toda e qualquer investigação.” (WEBER, Rosa. op.cit., p.13).

¹¹⁸ “Por sua vez, a Carta Política de 1988 consagrou, em matéria de processo penal, o sistema acusatório, atribuindo a órgãos distintos a atribuição de acusar e julgar. O legislador constituinte, nesse sentido, estabeleceu uma rigorosa, mas não absoluta, repartição de competências entre os órgãos que integram o sistema de Justiça. Nessa linha, destaco que tal sistema encontra respaldo em preceitos constantes do art. 5º de nossa Carta Magna, em particular em seus incisos XXXV, (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”) e LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), e nos arts. 129 e 144 (atribuições, respectivamente, do Ministério Público e das autoridades que integram os órgãos da segurança pública). Estas disposições constitucionais, examinadas em seu conjunto, consubstanciam um plexo de garantias cujo objetivo é a mais ampla proteção dos cidadãos quando confrontados com o Estado-juiz.” (LEWANDOWSKI, Ricardo. op.cit, p. 9).

¹¹⁹ “Nessa conformidade, a Portaria GP nº 69/2019, à luz do art. 43 do RISTF, evidência legítima manifestação de vontade do Supremo Tribunal Federal em ver instaurada investigação contra supostos autores de crimes contra a honorabilidade e a segurança da Corte ou de seus membros, o que, repito, não ofende o regramento contido no sistema acusatório imposto pela Constituição Federal de 1988, nem mesmo o postulado da separação dos poderes (CF, art. 2º), sobretudo quando se verifica que as funções de acusar, defender e julgar não estão consubstanciadas unicamente no inquérito. Reitero, o Supremo não vai presidir, denunciar e julgar eventual ação penal a partir do inquérito. A Corte exerce, nesta investigação, papel de mero coordenador quanto à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias necessárias à busca da verdade real, como já afirmei anteriormente.” (TOFFOLI, Dias. op.cit., p. 22).

¹²⁰ “Na linha do que já houve em termos de votação, até aqui com o voto de todos, também eu me encaminho no mesmo sentido da validade, primeiro, do art. 43 do Regimento Interno, que, na forma

O entendimento destes seis ministros acerca do sistema acusatório está vinculado à titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público. Nesta perspectiva, entendem que a condução de inquéritos pelo Tribunal não fere o sistema acusatório, vez que preservada a titularidade da ação penal pelo MP.

O argumento também passa pela afirmação da natureza de procedimento administrativo do inquérito, fase que estaria fora do escopo de incidência do sistema acusatório, e pela reafirmação do já analisado argumento do não monopólio das investigações pelas polícias e Ministério Público.

Como visto, o sistema acusatório não é caracterizado exclusivamente pela separação entre acusação e julgador. A divisão de tarefas é uma das principais características que informa o sistema, mas deve ser aprofundada e garantida através da preservação da imparcialidade pelo afastamento do juiz da gestão da prova, produzida de acordo com os princípios do contraditório e da ampla defesa. Esta rede de princípios, dos quais se derivam outros mais, encontra-se contida no princípio do devido processo legal.

A própria experiência histórica ensina sobre a insuficiência da mera existência de órgão responsável pela acusação para caracterizar sistemas acusatórios. O código absolutista de Luis XIV, as *ordonnance criminelle*, eram de modelo inequivocamente inquisitorial, estatuinto detalhes sordidos para a prática de tortura, a despeito de prever a separação entre órgãos de acusação e julgamento.

Isto posto, a condução de inquéritos pelo Supremo Tribunal não se mostra compatível com as exigências de imparcialidade e com o desenho institucional de separação das funções. Somente a titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público não é suficiente para resguardar o sistema acusatório de eventual mácula. Magistrados não devem conduzir inquéritos no sistema acusatório. Diz Hamilton, mencionado no voto do Min. Gilmar:

da jurisprudência já assentada até aqui no Supremo Tribunal, tem-se por recepcionado pela Constituição de 1988, não atinge o sistema acusatório nisto que é uma definição de medidas administrativas iniciais a serem adotadas em benefício ou em garantia da independência e da incolumidade dos Senhores Ministros - portanto, dos membros do Poder Judiciário que compõem este Tribunal -, dos seus servidores, do seu serviço em prol dos jurisdicionados, do cidadão brasileiro e dos bens que compõem este acervo no qual se desenvolve essa atividade." (LÚCIA, Cármen, op.cit.).

A fase que antecede a ação penal exige o completo afastamento do juiz da persecução criminal em um sistema que pretenda ser acusatório. Em tal etapa do procedimento, só encontra justificativa a presença do magistrado quando pratica atos jurisdicionais que tenham por fim assegurar direitos fundamentais não relacionados, diretamente, com o fato em apuração.¹²¹

Tanto assim é que o pacote anticrime, no art.3º-A, ao determinar que o processo brasileiro tem estrutura acusatória, nega peremptoriamente ao juiz a iniciativa em fase de investigação:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

No mesmo sentido, o parecer da então PGR Raquel Dodge, citado no voto do Ministro Marco Aurélio Mello:

Justamente por isso um pilar do sistema penal acusatório é a baliza de que juízes devem se manter distantes da fase pré processual de coleta das provas necessárias à formação da opinio delicti e à formulação da acusação, nela atuando apenas quando provocados pelas partes, (...) jamais para análise da linha investigativa, ou da conveniência ou oportunidade na produção probatória.¹²²

Com base nestes fundamentos, imperioso objetar a afirmativa que o sistema acusatório somente teria aplicação quando iniciado o processo. Ainda que o inquérito seja, de fato, procedimento administrativo, a participação de magistrados na sua condução implica na perda da imparcialidade, além de macular a divisão de tarefas

¹²¹ HAMILTON, Sérgio Demoro. A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-naciona5.html>. Acesso em: 05 abr. de 2021. p. 3.

¹²² DODGE, Raquel. apud. AURÉLIO, Marco. op.cit. p. 7.

que o sistema requer. A estrutura acusatória, utilizando a expressão do código, impõe-se na persecução penal como um todo, e não consiste unicamente num conjunto de garantias formais a serem observadas quando iniciado o processo, sob pena de desnaturar-se, tornando-se potencial instrumento legitimador da obtenção de provas por meios inidôneos e inquisitivos.

É por esse motivo que alguns autores defendem com base no sistema acusatório e salvo aquelas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, o desentranhamento das peças investigativas dos autos¹²³. Como procedimento administrativo, o inquérito serve para informar a acusação e o juízo inicial do processo (a cargo do juiz das garantias, se tornados eficazes os dispositivos do pacote anticrime), que supervisiona as atividades investigativas de forma a assegurar os direitos e garantias dos indiciados e a legalidade das investigações. São posições esposadas pelo legislador, quando da aprovação da lei 13.964/19, e que estão em vigor, apesar de não produzirem efeitos, como já referido.

Esta separação entre o sistema acusatório na fase processual, inaplicável às investigações, é defendida, ainda mais veementemente, pelos ministros Moraes¹²⁴, Fux¹²⁵ e Mello¹²⁶, que partilham a posição de que o sistema brasileiro seria misto ou

¹²³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 162-166.

¹²⁴ “Esse sistema acusatório consagrado pela Constituição de 1988 concedeu ao Ministério Público a privatividade da ação penal pública, porém sistema acusatório não se confunde com investigações penais. A privatividade da ação penal pública concedida ao Ministério Público pela Constituição de 1988 não se estendeu às investigações penais. A Constituição manteve uma tradição brasileira, a que sempre costumo me referir: um sistema híbrido de persecução penal, mantendo, em regra, os inquéritos policiais, cuja presidência é dos delegados da Polícia Judiciária, Federal ou Civil dos estados. Excepcionalmente, a própria legislação autorizou não só uma ou duas, mas diversas hipóteses de investigações pré-processuais - como a própria investigação pré-processual estabelecida no artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.” (MORAES, Alexandre. op.cit.).

¹²⁵ “Em primeiro lugar, eu gostaria de, sob um outro enfoque, ressaltar que o poder jurisdicional é o poder que encampa também a atividade de aferir a existência de crimes, principalmente quando se trata de poder de defesa da jurisdição. No século passado, Piero Calamandrei foi o maior estudioso da tutela de urgência e admitia que os juízes atuassem ex officio, exatamente para afastar situações de perigo. Então, uma coisa é o juiz aferir a existência de perigo; outra coisa é o juiz iniciar uma ação penal, é o juiz, já nessa fase de inquérito, condenar previamente. Nós estamos numa fase de inquérito, em que não há nem que se falar em violação do princípio acusatório.” (FUX, Luiz. p. 1. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 18 de jun. de 2020).

¹²⁶ “Entendo que prevalece, entre nós, o modelo acusatório misto ou mitigado (Pet 8.803/DF – Pet 8.804/DF – Pet 8.805/DF – Pet 8.806/DF – Pet 8.610/DF, das quais fui Relator, v.g.), que, longe de transformar o Juiz em mero e inerte espectador da cena processual (como ocorreria se vigesse o sistema acusatório puro), investe o magistrado do papel de fiscalizar e superintender a atividade investigatória e a ação processual dos órgãos de persecução penal, devendo atuar nos limites impostos pela própria Constituição e pelas leis, como garante da legalidade da “persecutio criminis”, procedendo, nesse contexto, com o objetivo de evitar abusos e excessos por parte da autoridade

acusatório formal. Argumentam também pela preservação do sistema acusatório, se titularizadas por órgãos distintos as funções de acusar e julgar, repetindo os entendimentos anteriores. Por fim, afirmam que o código de processo e outras leis infraconstitucionais mantêm alguns poderes probatórios nas mãos dos magistrados, que devem deles fazer uso.

Rememorando o desmembramento da indagação sobre qual o sistema brasileiro, verificou-se que ela é, na verdade, o questionamento de qual o sistema constitucionalmente previsto e qual o sistema praticado na realidade brasileira e nas normas infraconstitucionais. O código de processo, em que pese tenha recentemente consignado de forma expressa a adoção da estrutura acusatória e realizado alterações que reforçam esta posição, como a modificação do procedimento de arquivamento de inquéritos e a instituição do juiz de garantias, ainda mantém dispositivos de natureza inquisitorial.

Contudo, a existência destes dispositivos não deve ser compreendida como relativização do sistema acusatório. Devem eles ser interpretados à luz da Constituição de forma a ampliar cada vez mais a abrangência do sistema ali presente, aperfeiçoando-o na prática forense. Novamente, Renato Brasileiro diz que:

(...) não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988.¹²⁷

policial e do Ministério Público, sem prejuízo de exercer poderes instrutórios, considerado o que dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 11.690/2008. (...) Cumpre ter em perspectiva que o inquérito penal, sobre o qual os organismos policiais não dispõem de monopólio investigatório, caracteriza-se como procedimento administrativo destinado a promover a apuração do evento delituoso e a proceder à identificação dos respectivos autores e partícipes, não sendo alcançado, em face de sua natureza pré-processual, pelo sistema acusatório, mostrando-se lícita, inclusive, a instauração de investigação criminal, mesmo que se trate de inquérito de autoria desconhecida, como aquele que foi corretamente aberto por determinação do Presidente do Supremo Tribunal Federal (RISTF, arts. 42 e 43).” (MELLO, Celso. op.cit. p. 28).

¹²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: vol. único. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 41.

Nesta perspectiva, o sistema escolhido pela Constituição é o acusatório e o restante das normas não podem ser utilizadas para distorcê-lo, mas, sim, interpretadas de maneira a harmonizar-se com o sistema. A existência de investigação preliminar por si só não é incompatível com o sistema acusatório, nem o torna misto; sistema que, como visto, não tem princípio unificador próprio e, na maior parte das vezes, é inquisitivo com disfarce acusatório.

O que acontece na investigação preliminar, no contexto do sistema acusatório, é que ela se instrumentaliza para a proposição da denúncia, não devendo ser considerada já na fase instrutória. Mantêm-se unicamente as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.¹²⁸ Será conduzida pela autoridade policial ou ministerial, devendo o juiz atuar unicamente como garantidor dos direitos dos investigados e na análise de medidas cautelares e sob reserva de jurisdição. Não se pode também anular o contraditório nesta fase - que deve ser respeitado, onde não houver dano à investigação; diferido, onde não houver alternativa - assim como o acesso aos autos deve ser franqueado, de acordo com a súmula 14.

Se de outra maneira o for, não se pode falar em harmonia com o sistema acusatório e, sim, em transmutação do sistema para o inquisitivo, em oposição ao modelo constitucional. Como já dito, no próprio código - considerando as alterações propostas pelo pacote anticrime - depois de definida a estrutura acusatória no art. 3º-A, não permite a atuação de magistrado como condutor de inquéritos, reservando a ele, nesta fase, a posição como juiz de garantias. O min. Fachin encerra bem a discussão sobre este tópico, lembrando inclusive a aproximação entre sistema acusatório e democracia:

O argumento recoloca, com acerto, o Ministério Público, no sistema acusatório, como titular exclusivo da ação penal pública. Dentro do sistema constitucional de justiça, a regra é direta: nele, a autoridade policial investiga, o Ministério Público é a parte que acusa e o juiz julga, na ambiência em que interagem, como funções essenciais, a advocacia e as defensorias. (...) Na perspectiva do devido processo penal constitucional, investigar, acusar, defender e julgar são mesmo afazeres de funções distintas. Nas democracias, reitero, há mesmo um sistema de justiça a ser preservado, incluindo-se a advocacia

¹²⁸ PIMENTEL, Fabiano. **Processo Penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 147-149.

(pública e privada), as defensorias, o Ministério Público e o Judiciário.¹²⁹

Contudo, o entendimento final do Supremo Tribunal foi pela possibilidade de harmonização do inquérito judicial realizado por ele, uma vez recepcionados os dispositivos do Regimento, e a preservação do sistema acusatório. É dele a última palavra sobre a constitucionalidade das normas no Direito brasileiro, o supremo privilégio de errar por último.¹³⁰ Contudo, definiram exigências a serem cumpridas para que se instaure este procedimento, o qual deve ser considerado excepcional, e que podem servir como baliza para compreender os limites e o alcance dos poderes investigativos do Tribunal, preservando, ao máximo possível, o combalido sistema acusatório.

3.2. ARGUMENTOS-REQUISITOS

Os argumentos requisitos são aqueles que, argumentando pela possibilidade de o STF conduzir investigações, acabam estabelecendo limites para o próprio exercício deste poder. Por conveniência argumentativa também serão analisados neste item as perspectivas teóricas elencadas.

3.2.1 Excepcionalidade

¹²⁹ FACHIN, Edson. op.cit., p. 25.

¹³⁰ FARIA JR., César. O supremo privilégio de errar por último. Revista Colunistas de Direito do Estado, nº 85, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/cesar-faria/o-supremo-privilegio-de-errar-por-ultimo>>. Acesso em 16 abr. de 2021.

Visão compartilhada por diversos ministros, quando da votação da ADPF, trata da excepcionalidade da medida, em virtude da gravidade dos fatos investigados e da sua natureza.

Uma vez que não cabe ao Poder Judiciário investigar, se existe a possibilidade de fazê-lo, as razões apresentadas para a efetiva instauração de inquérito tem de ser especialmente contundentes e fundadas numa excepcionalidade, numa tentativa de preservar o Sistema Acusatório, a Imparcialidade, a Separação de Poderes, o Devido Processo Legal, enfim, a Constituição da República.

Aquele que julga não deve investigar, menos ainda acusar, eis a premissa da isenção, sinônimo de independência. Ao fazê-lo, como permite a norma regimental, esse exercício infrequente e anômalo submete-se a um elevado grau de justificação e a condições de possibilidade sem as quais não se sustenta.¹³¹

A ideia de excepcionalidade do caso em concreto é rapidamente captada. O objeto do inquérito, nos termos indicados em despacho do ministro Alexandre de Moraes é:

O objeto deste inquérito é a investigação de notícias fraudulentas (fake news), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.¹³²

¹³¹ FACHIN, Edson. op.cit., p. 11.

¹³² MORAES, Alexandre. apud. MENDES, Gilmar. op.cit., p. 4.

De fato, ainda que seja comum, até mesmo desejável, que a atuação da Suprema Corte e de seus membros seja alvo de constante escrutínio e debate no espaço público nacional, visto que suas decisões têm potencial de alterar, de forma contundente, a própria vida dos cidadãos, as condutas acima descritas ultrapassam o limite do debate saudável, ao se mostrarem como ataques sistemáticos, que questionam a própria existência do tribunal e oferecem risco efetivo à integridade física de seus integrantes.

Este tipo de campanha virtual de ataques à honra e ao papel do Supremo Tribunal Federal é um fenômeno da realidade brasileira que reverbera eventos ocorridos em todo o mundo. É resultado da entrada nos domínios digitais da antiga guerra cultural ou disputa pela hegemonia, e caracterizado pelo progressivo afastamento de posições mais ao centro do espectro político, através do uso intencional¹³³ das novas ferramentas tecnológicas por agentes políticos, potencializado pelo próprio desenho das redes sociais com seus algoritmos e bolhas de eco.¹³⁴

A internet como espaço de comunicação política já tem até uma história própria, passando de uma fase de euforia, quando foi percebida como instrumento para o reforço da democracia e ampliação da participação política, até os dias de hoje; em que é vista ainda com algum potencial democrático, mas tendo como características fundamentais a facilidade da disseminação de notícias falsas e de *hate speech*¹³⁵ e a ampliação da polarização política, culminando com o aumento da popularidade de visões extremistas.

Parece evidente que não há fuga do ambiente digital como uma das arenas fundamentais dos conflitos políticos, e que, com sua lógica própria de navegação dos algoritmos¹³⁶ e falta de confiabilidade das fontes, as técnicas do combate ideológico nas plataformas tendem a posturas que não privilegiam uma ética do debate público.

¹³³ EMPOLI, Giuliano da. **Os Engenheiros do Caos**. 1. ed. São Paulo: Vestígios, 2020.

¹³⁴ SANTAELLA, Lúcia. **A pós-verdade é verdadeira ou falsa?** Barueri: Estação das Letras e Cores, 2019. p. 13-28.

¹³⁵ GOMES, Wilson. **Internet e participação política em sociedades democráticas**. Disponível em: <<http://www.gepicc.ufba.br>>. Acesso: 02 de maio de 2021.

¹³⁶ BRANCO, Sérgio. Fake news e os caminhos para fora da bolha. **Interesse Nacional**, São Paulo, ano 10, nº 38, ago./out. 2017.

Movimentos de caráter populista souberam bem utilizar-se deste novo ambiente, mas seus opositores também já se movimentam para combater nas trincheiras virtuais.¹³⁷

Novos desafios são postos ao poder judiciário frente a estes fenômenos sociais, que demandam o melhor do esforço e da inteligência jurídica para podar os excessos que constituam infração à lei, sem transformar o judiciário no guardião da verdade, coisa que não é e não pode ser. Contudo, estas importantes questões podem ser postas de lado para se avançar no exame da questão do alcance dos poderes investigativos do Supremo Tribunal Federal.

Isto porque, ainda que gerados por este novo ambiente de instabilidade que é a Internet, os fatos que são alvo da investigação do tribunal não dizem respeito a qualquer tipo de notícia falsa ou campanha de difamação. O objeto da investigação são ataques realizados diretamente contra o Tribunal e seus Ministros, buscando solapar a instituição. A excepcionalidade aqui não se trata do resultado da nova dinâmica da disputa política presente nas redes, que, atualmente, não se pode mais tratar como excepcional. Excepcional é a falta de apreço à democracia, o empenho em atacar sistematicamente uma instituição central para seu funcionamento, as constantes ameaças a seus integrantes.

Nesse sentido, este requisito, elencado por quase todos os Ministros que entenderam pela improcedência da ação constitucional, salvo os votos dos Ministros Lewandowski e Fux, cumpre a função de limitar profundamente o alcance dos poderes investigativos do Tribunal. A investigação só se justificaria, excepcionalmente, devido à natureza dos fatos investigados, que atentam contra a própria existência do Supremo, sua independência e sua atuação, e a integridade física e psíquica de seus membros. Se admitida, a instauração de inquérito é função atípica e extraordinária no âmbito do Poder Judiciário, reservada excepcionalmente para caso de preservação de sua própria atuação. Neste sentido, paradigmático o voto da Min. Rosa Weber:

¹³⁷ BRUNO, Fernanda; ROQUE, Tatiana. **A ponta de um iceberg de desconfiança**. In: Pós Verdade e Fake News: Reflexões sobre a guerra de narrativas. BARBOSA, Mariana (Org.), 1. ed. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

E mais: enquanto norma de absoluta excepcionalidade, o art. 43 em apreço não pode ter sua aplicação ampliada para abarcar toda e qualquer infração praticada em território nacional em que vítima, em caráter individual, integrante do Supremo Tribunal Federal. Interpretado em seu contexto de excepcionalidade, ao dispositivo veicula relevantíssimo instrumento voltado à preservação da independência, da autonomia e, em última análise, da própria existência do Poder Judiciário. Sua vulgarização descaracterizaria a condição de recurso extremo, de que se pode valer esta Suprema Corte como medida de autodefesa, na preservação do próprio Estado Democrático de Direito.¹³⁸

A excepcionalidade das investigações é, então, o primeiro argumento arregimentado durante o julgamento da ADPF para justificar a continuidade das investigações, mas que pode funcionar como requisito na determinação do alcance dos poderes investigativos do Tribunal. A ideia é vinculada a duas outras: a razão de ser do art. 43, o objetivo visado pela norma, que é de salvaguardar a independência, os trabalhos e a própria existência do tribunal; e a ideia de um juízo de proporcionalidade, que obriga eventual inquérito a passar pela análise dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹³⁹ Deste modo, eventos comuns não podem dar ensejo a inquérito realizado pelos tribunais, condicionado a uma espécie de lesividade anormal da conduta objeto de investigações para que seja iniciado.

O Ministro Fachin¹⁴⁰ fala em rígido escrutínio no uso do instrumento previsto no art. 43, de forma a preservar preceitos fundamentais. A análise da excepcionalidade, tanto do objeto de investigação - destacada no voto, por exemplo, do Min. Barroso¹⁴¹ - quanto do ato de investigar, vez que função atípica, é o primeiro passo deste dever.

¹³⁸ WEBER, Rosa. op.cit., p. 33-34.

¹³⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 57-60.

¹⁴⁰ “O art. 43 do Regimento Interno é, assim, **regra excepcional** que confere ao Judiciário função atípica na seara da investigação, de modo que, a fim de preservar preceitos fundamentais, dentro os quais, o princípio da separação dos poderes (CFRB, art. 60, §4º, III), impende ter um rígido escrutínio do seu emprego.” (FACHIN, Edson. op.cit., p. 34)

¹⁴¹ “(...) parece-me próprio delimitar, de uma maneira categórica e bem definida, qual é o objeto desse inquérito, porque todos nós devemos convir que esse inquérito é uma providência excepcional.” (BARROSO, Luiz Roberto. op.cit., p. 8).

3.2.2. Instrumento de defesa institucional

Em conjunto com a excepcionalidade, os ministros consideram que, para que ocorra investigação pelo Supremo Tribunal Federal, a conduta objeto do inquérito deve ter como objetivo minar a independência do Tribunal, a condução de seus trabalhos, enfim, sua própria existência.

Esta condição é resultado de uma interpretação do Regimento que enxerga o art. 43 tendo como *mens legis* justamente a proteção institucional do Tribunal, ainda que o tenha feito destacando ilícitos ocorridos na sua sede. Nesta visão, o condicionamento ao local indica, na verdade, a razão de ser da norma em proteger o tribunal frente a graves crises institucionais. Esta é a posição dos ministros Alexandre¹⁴², Mello¹⁴³ e Weber, que servirá como ilustração:

Com efeito, o art. 43 do RISTF, segundo penso, diz com hipótese de grave crise institucional. A prática de crime na “sede ou dependência” do órgão de cúpula do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido do processamento e do julgamento de demandas de natureza penal envolve, por si só, cenário fático no mínimo incomum, para não dizer excepcional, extremado ou limítrofe. O resguardo da existência dos Poderes constituídos é vetor nuclear da República Federativa do Brasil, que, na falta de qualquer deles, terá tolhida sua condição jurídica elementar, encartada já no artigo inaugural de nossa Carta fundante, a saber, a de se constituir em Estado Democrático de Direito.¹⁴⁴

¹⁴² “A competência concedida ao Presidente do Supremo Tribunal Federal pelo Regimento Interno diz respeito à matéria, não ao local. Qual matéria? A proteção institucional do Supremo Tribunal Federal e de seus Ministros, independentemente do local da prática da infração penal. Se for nas dependências, aplica-se o caput do art. 43. Se for fora das dependências, aplica-se o § 1º, não se sustentando a afirmação de existência de limitação territorial do Presidente do Supremo Tribunal Federal para exercer essa competência.” (MORAES, Alexandre. op.cit.).

¹⁴³ “Daí a razão de ser das normas fundadas nos arts. 42 a 47 do RISTF, que outorgam ao Supremo Tribunal Federal uma função extraordinária e atípica que visa a conferir-lhe a especial atribuição de apurar e de neutralizar, quando for o caso, qualquer estado de lesão, real ou potencial, à sua independência, que traduz uma das mais expressivas e essenciais prerrogativas dessa instituição fundamental da República, tornando efetiva, desse modo, a necessária proteção à ordem democrática, à estabilidade do Estado de Direito e à integridade do próprio Supremo Tribunal Federal” (MELLO, Celso de. op.cit., p. 9).

¹⁴⁴ WEBER, Rosa, op.cit., p. 14.

Este posicionamento é, por um lado, problemático, pois interpreta a norma do Regimento ampliando a competência investigativa do Supremo para - apoiado no parágrafo único e no deslocamento na interpretação da norma da extensão territorial demarcada pelo *caput* para o bem jurídico tutelado - alcançar atos fora da hipótese fática descrita no *caput* do art 43.

O apoio no parágrafo único não está de acordo com os caminhos traçados pelo próprio Supremo, através da edição da Resolução 564/2015, que restringe a norma do Regimento, tornando-a mais harmoniosa com o sistema acusatório, ao diminuir o escopo do parágrafo único do art. 43, concedendo ao Presidente do Tribunal unicamente a possibilidade de requisição de inquérito às autoridades competentes, não havendo hipótese de instauração de inquérito judicial no parágrafo único:

Art. 2º. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro ministro.

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

Por outro lado, a noção de que os poderes investigativos do tribunal restringem-se a atos que dizem respeito à sua proteção institucional limita o alcance dos poderes do tribunal, atenuando a lesão ao sistema acusatório, ao excluir de sua competência crimes que não estejam vinculados à preservação das garantias do Supremo enquanto instituição. Crimes isolados contra honra de ministro ou ameaças, sem que estejam coordenadas a um ataque massivo ao Tribunal, estão fora do alcance da norma, na perspectiva de que caberia ao tribunal investigar somente crimes que digam respeito a sua defesa institucional, para preservar sua independência. É esta

a face do posicionamento que ressaltam os ministros Fachin¹⁴⁵, Lúcia¹⁴⁶, Mendes¹⁴⁷, Toffoli¹⁴⁸ e Barroso, tomado aqui como paradigma:

Em segundo lugar, tampouco faz parte do inquérito, assim eu penso, a apuração de todo e qualquer crime contra a honra de Ministros do Supremo. Crimes contra a honra de Ministros do Supremo como fatos individualizados e isolados também têm jurisdição e local próprio, tipificação própria e não são competência investigativa do Supremo Tribunal Federal, em linha de princípio. **Aliás, como regra geral, um crime contra Ministro do Supremo Tribunal Federal não reclama um inquérito específico.**

(...)A mim me parece – e aqui em linha de concordância com o que expressou em seu voto o Ministro Edson Fachin, apenas dizendo com outras palavras – perfeitamente legítima a instauração de inquérito para apurar ataques massivos, orquestrados e financiados com propósitos destrutivos da instituição Supremo Tribunal Federal, com propósitos intimidatórios dos seus Ministros, inclusive, como lembrou

¹⁴⁵ “(...) penso que o seu objeto deve-se limitar a manifestações que denotam risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça a seus membros e, assim, risco aos Poderes instituídos, ao Estado de Direito e à democracia. Atentar contra um dos Poderes, incitando o seu fechamento, a morte, a prisão de seus membros, a desobediência a seus atos, o vazamento de informações sigilosas não são, enfim, manifestações protegidas pela liberdade de expressão. Nem de longe, no entanto, sentidos ou práticas podem implicar violação à própria Constituição e seus preceitos fundamentais. A defesa institucional que pode legitimar o artigo 43 em pauta tem cabimento restrito às hipóteses de inércia ou omissão de atuação própria do Ministério Público ou mesmo da polícia judiciária, e se limita a bens jurídicos institucionais. É que não há (nem pode haver) defesa da Constituição contra a Constituição. A defesa institucional há de ser, sempre, nas balizas da legalidade constitucional.” (FACHIN, Edson. op.cit., p. 52).

¹⁴⁶ “Não é parte, assim, desse inquérito, nem poderia, a apuração de qualquer expressão livre do que se pensa, do que se imagina, do que se propõe, mas os atos que atentam contra as instituições que garantem as liberdades, como são as instituições do Poder Judiciário. Também tenho, como o Ministro Luís Barroso afirmou, que não é parte do inquérito, também não poderia, a apuração de crimes específicos contra atos específicos de um ou outro juiz, porque estes teriam para si outro caminho se não fosse aquilo que se volta contra toda a instituição.” (LÚCIA, Cármen, op.cit.).

¹⁴⁷ “Destaque-se que essa atribuição investigativa deve ser exercida de forma constitucionalmente orientada para os casos de crimes que afetem, ainda que indiretamente, o núcleo das competências do STF, previsto no art. 102 da CF/88: o livre e independente exercício das funções de controle de constitucionalidade, da proteção dos direitos e garantias fundamentais e das regras do jogo democrático. (...) Por isso, exige-se que esses crimes, ainda que praticados contra Ministros, servidores ou seus familiares, tenham por objetivo constranger o funcionamento da instituição e dos valores que ela representa.” (MENDES, Gilmar, op.cit., p. 22).

¹⁴⁸ “A instauração deste inquérito se impõe e se impõe não porque o queremos, mas porque não podemos banalizar ataques e ameaças a este Supremo Tribunal Federal, Guardião da Constituição da República. Trata-se de prerrogativa e de reação institucional necessária em razão da escalada das agressões cometidas contra o Tribunal, seus membros e os familiares desses, às quais a Corte não pode renunciar, em especial quando se verifica a inércia ou a complacência daqueles que deveriam adotar medidas para evitar o aumento do número e da intensidade de tais ataques.” (TOFFOLI, Dias. op.cit., p. 11).

Ministro Alexandre de Moraes, de ameaça, não apenas aos Ministros, mas às suas famílias, mulheres e filhos.¹⁴⁹ (grifo nosso)

A colocação do Ministro Barroso é oportuna. De fato, crime contra Ministro do Supremo, ou de qualquer tribunal, não requer inquérito específico. O procedimento é o mesmo para crime cometido contra qualquer cidadão da República: investigações pela polícia ou MP; denúncia ao primeiro grau, ou, se for o caso, ao foro competente para julgar o autor. Como se sabe, a competência por prerrogativa de foro não é definida com base na vítima do crime, e sim, na do autor do delito.

Uma vez compreendida esta dupla face da noção que inquérito conduzido pelo Supremo diz respeito à preservação das prerrogativas, independência, existência do Tribunal - limitado pela natureza do bem jurídico ofendido por eventual conduta; ampliado ao pôr de lado a limitação em razão do local, expressamente prevista no caput do art. 43 do Regimento Interno e na Resolução 564/15 - é necessário perceber o conflito subjacente entre o sistema acusatório, tal como entendido neste trabalho, e a defesa institucional do Tribunal, ambos presentes na Constituição.

É inegável que o Tribunal não deve ser constrangido ilegalmente no desenvolvimento de suas atividades, muito menos questionada sua existência. Também não se menospreza a gravidade dos ataques realizados à Corte, aos quais deve ser dada resposta adequada pelo Estado. Contudo, não se pode olvidar que a legitimidade do poder judiciário no Estado de Direito, uma vez que não é obtida através do voto, realiza-se através do cumprimento das leis e da Constituição, da investidura, da adoção dos procedimentos adequados, da fundamentação de seus posicionamentos, da preservação dos direitos fundamentais.¹⁵⁰

Nessa perspectiva, fica claro que, em que pese a gravidade da situação, não pode o Tribunal utilizar-se de meios inadequados a fim de preservar-se, sob pena de fazê-lo perdendo sua legitimidade, afrontando à Constituição. Como bem dito pelo Min. Marco Aurélio, “em Direito o meio justifica o fim, jamais o fim ao meio utilizado”.¹⁵¹

¹⁴⁹ BARROSO, Luiz Roberto. op.cit., p. 8 e 14.

¹⁵⁰ CUNHA JR., Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 175.

¹⁵¹ AURÉLIO, Marco. op.cit., p. 2.

Além disso, num caso concreto, para afastar ou limitar a incidência de algum direito fundamental é necessário realizar um juízo de proporcionalidade¹⁵², que leve em conta a ideia da unidade da Constituição e da impossibilidade de, ao priorizar determinado bem jurídico, anular a proteção a outro constitucionalmente protegido. Deve-se sempre buscar a menor restrição possível, a alternativa menos gravosa.¹⁵³

Nesse sentido, com base no princípio da proporcionalidade, considerada a possibilidade de universalização da argumentação, não se vislumbra ter havido devida atenção à proporcionalidade em sentido estrito, que impõe a rigorosa ponderação das normas em jogo e o equilíbrio entre os direitos preteridos e os fins perseguidos.¹⁵⁴ Não fica claro se a intervenção do Supremo frente ao sistema acusatório e seus corolários, através da investigação efetivamente conduzida por magistrado, queda justificada, vez que possível resultar numa condenação criminal questionável, rompida a estética da imparcialidade¹⁵⁵ - especialmente pois, no quadro da proteção institucional, o supremo é necessariamente a vítima do crime que investigará - podendo, no limite, chegar a minar até a própria legitimidade do Tribunal.

Também não se percebe satisfeito o subprincípio da necessidade da medida, uma vez que existem órgãos capazes de realizar a investigação sem ferir a divisão de tarefas dentro do sistema acusatório, seus freios e contrapesos, quais sejam o Ministério Público e as Polícias Investigativas; capazes de preservar o Tribunal enquanto instituição, cumprindo as finalidades pretendidas pelo inquérito judicial, sem afrontar o sistema acusatório e nem macular o STF com a mancha de inquisitorialidade.

3.2.3. Subsidiariedade

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luís Roberto (Org.), 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 362-363.

¹⁵³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 59.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 225.

¹⁵⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 99.

Talvez em implícita atenção ao subprincípio da necessidade, os Ministros Fachin e Mendes¹⁵⁶ elencaram mais uma condição para a instauração de inquéritos pelo Supremo. Trata-se da inércia ou omissão da atuação do Ministério Público ou da Polícia na investigação de eventual conduta lesiva ao Tribunal, enquanto instituição. Nas palavras do Ministro Fachin:

A defesa institucional que pode legitimar o artigo 43 em pauta tem cabimento restrito às hipóteses de inércia ou omissão de atuação própria do Ministério Público ou mesmo da polícia judiciária, e se limita a bens jurídicos institucionais. É que não há (nem pode haver) defesa da Constituição contra a Constituição. A defesa institucional há de ser, sempre, nas balizas da legalidade constitucional.¹⁵⁷

Esta subsidiariedade do inquérito judicial é uma tentativa de harmonizar a divisão das funções no sistema acusatório previsto na Constituição, num juízo mais proporcional, somente havendo razão de o Tribunal se movimentar, quando os órgãos regulares de investigação não o fizerem.

Porém, há algumas questões a serem enfrentadas nesta posição. A inércia dos órgãos investigativos pode ser vista sob dois ângulos. Pode consistir na ausência de investigações, pela Polícia Federal ou Ministério Público, simplesmente por não terem conhecimento dos fatos. Há de se considerar se realmente há inércia nesta situação, vez que não houve notícia, provocação que fizesse o órgão investigativo atuar. Nesta situação, o comportamento mais adequado, sabendo o Tribunal da ocorrência de

¹⁵⁶ “Outro critério importante que deve justificar a instauração desses inquéritos judiciais é a regra da subsidiariedade: quando a apuração de crimes cometidos contra a Corte for realizada pelos órgãos de investigação, entendendo que não cabe ao Tribunal instaurar uma investigação paralela. Essa conclusão decorre de duas razões, uma de ordem normativa e outra de ordem prática: a primeira é que tal atribuição constitui uma função atípica do Tribunal, tal como ocorre com as funções de julgamento do Congresso Nacional (arts. 51, I, e 52, I, da CF/88) ou as funções normativas do Executivo (arts. 62 e 84, VI, da CF/88); a segunda é que a realização dessas investigações demanda tempo e recursos do Tribunal que podem e devem, na medida do possível, ser direcionados ao exercício de suas típicas funções institucionais.” (MENDES, Gilmar. op.cit., p. 22).

¹⁵⁷ FACHIN, Edson. op.cit., p. 34.

ilícitos contra ele, é o de realizar comunicação, procedimento análogo ao da hipótese do art. 46 do Regimento, para casos de desobediência ou desacato.

Art. 46. Sempre que tiver conhecimento de desobediência a ordem emanada do Tribunal ou de seus Ministros, no exercício da função, ou de desacato ao Tribunal ou a seus Ministros, o Presidente comunicará o fato ao órgão competente do Ministério Público, provendo-o dos elementos de que dispuser para a propositura da ação penal.

Por outro lado, pode-se imaginar a inércia do órgão investigativo, ao haver comunicação de eventual ilícito, sem que sejam tomadas medidas para investigar os fatos mais a fundo, ou proposição de denúncia pelo órgão ministerial. Nestes casos, havendo a comunicação e a ausência de iniciativa, o Tribunal realmente ficaria desprotegido frente a ataques institucionais. Por esta razão, os Ministros entenderam pela possibilidade de instauração de inquérito.

Em que pese ser essa uma larga limitação ao exercício do poder investigativo pelo Tribunal, vislumbram-se ainda outros meios de ação possíveis para conter ofensas ao tribunal, sem que seja instaurado inquérito pelo Supremo, que parecem ser procedimento mais adequado a adotar-se em homenagem ao subprincípio da necessidade e ao sistema acusatório.

Numa interpretação sistemática do artigo 43, parágrafo único, já transcrito neste trabalho, com o, polêmico, artigo 5º, II do Código de Processo Penal¹⁵⁸, apresenta-se a possibilidade de o Tribunal, ciente da existência de condutas que procuram atingi-lo institucionalmente, requisitar a instauração de inquérito pela Polícia.

Cabe lembrar que requisição é diferente de requerimento ou comunicação, consiste numa ordem emanada pela autoridade judiciária no sentido de iniciarem-se os procedimentos para elucidar fato potencialmente delituoso. Veja-se que, nesta linha

¹⁵⁸ Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:
II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

de ação, nenhum Ministro conduzirá investigação, somente determinará sua deflagração em casos específicos de dano institucional.

Uma vez instaurado inquérito por autoridade competente, a Polícia Federal, conforme a estrutura de freios e contrapesos derivada do sistema acusatório, deverá coletar as informações e realizar todas as diligências necessárias para elucidar o caso. Não pode a Polícia arquivar inquéritos por contra própria. Ao fim das investigações, os autos deverão ser remetidos ao órgão acusatório competente para verificar se é caso de denúncia ou arquivamento.

Este procedimento tem ainda mais uma vantagem. Em caso, improvável, de falta de diligência por parte da Polícia Federal na coleta dos materiais necessários ao oferecimento da denúncia, pode o Supremo Tribunal Federal recorrer ao Ministério Público, que aqui atua como controlador externo da atividade policial, nos termos do art. 129, VII, para que verifique o andamento da investigação, impulse a sua marcha e promova a requisição de diligências ou até um procedimento próprio. Ao fim, o *parquet* manifestar-se-á acerca da denúncia ou do arquivamento, com possibilidade de recurso à cúpula do órgão, encerrando a fase investigatória.

Nesta hipótese, ainda que haja uma manifestação prévia pela instauração de investigações, que, como instrumento de informação da peça acusatória, indica certa inclinação pelo oferecimento de posterior denúncia, desenvolve-se um procedimento bastante menos lesivo ao sistema acusatório, e mais respeitoso ao princípio da proporcionalidade.

Por fim, na preocupante hipótese de ocorrência de ataques ao Supremo Tribunal Federal enquanto instituição, requisitada a instauração de inquérito, sem que providências sejam tomadas nem pela Polícia, nem pelo Ministério Público, inegável tratar-se de caso de grave crise político-institucional, com risco de rompimento do próprio Estado de Direito, que dirá do sistema acusatório, que torna inviável, então, a possibilidade de fazer ciência.

Feitas estas considerações, deve-se entender que a subsidiariedade proposta pelo STF, ainda que não completamente adequada, haja vista existirem outras

possibilidades de ação pelo Tribunal para defender-se de ataques institucionais, é valioso requisito para a demarcação dos poderes no contexto do julgado em análise.

3.2.4. Perspectivas Teóricas

Compreendidos os requisitos elencados até aqui, cumpre analisar, ainda que brevemente, a doutrina da democracia militante e os institutos do *contempt of court* e dos poderes inerentes, para verificar sua adequação à discussão proposta.

3.2.4.1. Democracia militante

Neste contexto de justificação para a condução de inquérito pelo Supremo Tribunal Federal com base numa definição de sistema acusatório que privilegia a separação formal entre acusação e julgador, e argumentando com base na excepcionalidade da medida, na função de preservação institucional e pelo caráter subsidiário do procedimento, a teoria da democracia militante foi mobilizada pelos Ministros Fachin e Mendes.¹⁵⁹ Diz o Ministro Fachin:

Essa ordem de ideias ecoa o que Karl Loewestein chamava de democracia militante (*streitbare Demokratie*), mas, ao invés de simplesmente abolir grupo ou partidos, como às vezes é lida a tese do constitucionalista alemão, elas restringem sua aplicação aos atos que, abusando dos direitos e garantias protegidos pela Constituição, invocando-os a pretexto de ideologia política, visam abolir ou restringir direitos de determinadas pessoas ou grupos. (...) Quem quer que os pratique precisa saber que enfrentará a justiça constitucional. Quem

¹⁵⁹ “A título de exemplo, a Alemanha é caracterizada, por muitos autores, como uma democracia militante. Nesse sentido, de acordo com Ronald Krotoszynski, “qualquer discurso que tenha por objetivo a destruição do governo democrático não possui qualquer proteção de acordo com a Lei Fundamental”. Foi com base nessa ideia que o Tribunal Constitucional Federal alemão decretou, por exemplo, o banimento dos Partidos Socialista e Comunista alemães, que foram considerados como plataformas para a atuação do Partido Nazista e para a adoção de projetos políticos e ações contra a ordem constitucional estabelecida.” (GILMAR, Mendes. *op.cit.*, p. 10).

quer que os pratique precisa saber que o Supremo Tribunal Federal não os tolerará.¹⁶⁰

A noção de democracia militante foi cunhada por Karl Loewenstein, em dois artigos publicados em 1937 intitulados “*militant democracy and fundamental rights*”. Nestes textos o autor alemão demonstra preocupação com o sucesso da “técnica facista” em fazer política de massa, através da subversão das proteções democráticas e do abuso de direitos civis e políticos.¹⁶¹ Dessa forma, propõe o estudo e a adoção de medidas para preservar as democracias, ainda que sejam medidas que limitem o exercício de direitos característicos de sociedades democráticas.

Nesta perspectiva, propõe o autor a adoção, em tempos de risco à democracia, de restrições a direitos civis, especialmente ao direito à liberdade de expressão; à livre associação; ao uso de uniformes e formação de grupos para-militares; e defende a perda de direitos políticos por indivíduos que os utilizem para minar a democracia e até a possibilidade de fechamento de partidos antidemocráticos.¹⁶²

Alessandra Pearce¹⁶³, em dissertação de mestrado acerca da democracia militante e banimento de partidos, instrumento paradigmático de sua aplicação mais intensa, ressalta que a noção alterou-se desde o tempo de Loewenstein, especialmente devido ao desenvolvimento na ideia de democracia de um modelo procedimental para a de democracia material. Neste quadro, existe hoje a possibilidade de banimento de partidos - na Alemanha por exemplo - ainda que com critérios rigorosos, para aqueles que ofendem outros bens jurídicos além do clássico procedimento democrático, buscando proteger também alguns direitos e garantias fundamentais inerentes à democracia material. Exemplo elencado por ela deste tipo de banimento é caso *Refah*, partido fundamentalista islâmico turco, que teve como uma das justificativas

¹⁶⁰ FACHIN, Edson. op.cit., p. 28-29.

¹⁶¹ LOWESTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. **The American Political Science Review**, vol. 31, nº 3, jun. de 1937. p. 417-432. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1948164?origin=JSTOR-pdf&seq=1>>. Acesso em: 20 de abr. de 2021.

¹⁶² LOWESTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, II. **The American Political Science Review**, vol. 31, nº 4, jun. de 1937. p. 417-432. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1948103>>. Acesso em: 20 de abri. de 2021.

¹⁶³ MONTEIRO, Alessandra Pearce de Carvalho. **Democracia militante na atualidade: o banimento dos novos partidos políticos democráticos na Europa**. 131 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2015.

para manutenção de seu banimento pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) a defesa que fazia da discriminação com base na religião - sustentada pelo partido através de rígida adoção da *sharia* - com criação de classes distintas de cidadãos, ofendendo direitos fundamentais assegurados pela democracia turca.¹⁶⁴

Desse modo, a noção de democracia militante hoje é vinculada a possibilidade de limitação de direitos civis, tendo como medida paradigmática e de maior gravosidade o banimento de partidos políticos¹⁶⁵, desde que adotado procedimento adequado para a aplicação das sanções, através de critérios racionais.

Neste sentido a análise de Ulrich Wagrاندl,¹⁶⁶ pesquisador do *Max Planck Institute*, sobre os precedentes do TEDH acerca da proibição do abuso de direitos humanos, baseado no art. 17 da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹⁶⁷, instrumento da democracia militante. Afirma o jurista austríaco que a proibição de abusar dos direitos humanos, e, portanto, de excluir a proteção dos que o fazem, pressupõe uma autocontradição performativa (*performative self contradiction*). Esta categoria, extraída da teoria dos atos de fala, *speech acts*, formulada por Searle e Austin, faz referência a uma enunciação que está em contradição com o conteúdo enunciado. Dito de outra maneira, a forma da expressão contradiz o seu conteúdo, o que é enunciado contradiz as condições para a enunciação. Bom exemplo de autocontradição performativa que abusa dos direitos humanos seria uma publicação jornalística propondo a proibição da edição de jornais, ou uma marcha pelo fim do direito de manifestação.

Munido desta ferramenta teórica, faz o magistrado uma análise dos julgados da Corte quanto ao banimento de partidos, verificando a exigência, para caracterizar um abuso de direitos humanos, que o Direito utilizado para minar os outros direitos seja exercível. É possível utilizar-se da liberdade de expressão para, inclusive, atacá-la; mas não é possível, por definição, abusar do direito de não ser torturado, utilizá-lo

¹⁶⁴ Ibid., p. 52-53.

¹⁶⁵ BOURNE, Angela K.; BÉRTOA, Fernando Casal. Mapping militant democracy. **European constitutional law review**, mai. de 2017.

¹⁶⁶ WAGRاندL, Ulrich. The prohibition to abuse one's human rights: A theory. **Eur Law J.** 25:577–592, 219. Disponível em: <<https://doi.org/10.1111/eulj.12349>>. Acesso em: 28 abri. de 2021.

¹⁶⁷ Article 17: Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention.

para solapar a própria proteção contra a tortura. Sendo exercível, neste sentido específico, um direito humano pode ser abusado, se utilizado com vistas à abolição de direitos civis ou políticos decorrentes dele mesmo, configurando autocontradição performativa. Serve de exemplo o já mencionado caso do banimento do partido islâmico fundamentalista *refah*, que utilizava das proteções concedidas pelas democracias a partidos políticos, liberdade de expressão e de associação, para minar a própria democracia que concede estes direitos. Também pode ocorrer o abuso de direitos humanos quando se faz uso destes direitos, universais por natureza, para excluir determinado grupo de sua fruição, são os ataques à equidade.

Entende o autor que é esse o posicionamento da jurisprudência do TEDH, ainda que nem sempre formulado expressamente desta forma:

Ao olhar para os casos selecionados que lidam com o banimento do partido comunista alemão, os banimentos de vários partidos nazistas na Alemanha e na Austria, o banimento de partidos islamistas radicais na Turquia e na Rússia, mas também casos consistentes em discurso de ódio e negacionismo do Holocausto, bem como para as pessoas que sofreram sanções, estabelecemos o denominador comum entre estes eventos que justifica trata-los todos com a cláusula de abuso do artigo 17. Este denominador comum é a autocontradição performativa.¹⁶⁸ (Tradução nossa)

De volta ao objeto do trabalho, parece que a noção de democracia militante não se encaixa bem como fundamento para a possibilidade de instauração de inquéritos pelo Supremo Tribunal Federal. A teoria está vinculada com a limitação de direitos civis e políticos exercíveis daqueles que são ameaças à democracia, através de critérios bem definidos, não da supressão de garantias processuais. O próprio Ulrich ressalta que, a despeito de perderem a proteção a seus direitos políticos, Kasymakhunov e Saybatalov, líderes do partido fundamentalista islâmico *Hizb ut-Tahrir*, em julgamento

¹⁶⁸ WAGRANDL, Ulrich. The prohibition to abuse one's human rights: A theory. **Eur Law J.** 25:577–592, 219. Disponível em: <<https://doi.org/10.1111/eulj.12349>>. Acesso em: 28 abri. de 2021.p. 591.

do TEDH, não sofreram limitação quanto à garantia do *nula poena sine lege*, de cunho processual.¹⁶⁹

Ainda que se possa argumentar que o Tribunal, ao defender-se contra ataques institucionais, busca conter ameaças antidemocráticas e preservar a Constituição, a analogia não se sustenta. A democracia militante não comporta a supressão de garantias processuais - que como visto não podem ser abusadas - e sim, ao fim de um *fair trial*, permite a limitação de direitos civis e políticos daqueles que incitam ódio, ameaçam a existência do Estado e propagam a violência como instrumento de luta política¹⁷⁰, em suma, aqueles que abusam dos direitos concedidos em uma democracia para solapá-la.

Não é o caso de se negar no Brasil a possibilidade de, em consonância com a teoria da democracia militante, punir aqueles que atuam para desestabilizar a democracia. Entretanto, para fazê-lo, necessária é a passagem pelo único instrumento apto para aplicação de sanções penais no Direito Brasileiro, o devido processo legal.

3.2.4.2. Poderes implícitos e *contempt of court*

Duas outras teorias foram elencadas para justificar e dar sentido à atividade investigativa pelo Supremo Tribunal Federal. Foram elas a doutrina anglo-saxã do *contempt of court*, combinada com a ideia de poderes implícitos, de origem americana. A segunda foi citada expressamente nos votos dos Mins. Lewandowski¹⁷¹

¹⁶⁹ Ibid., p. 586.

¹⁷⁰ MONTEIRO, Alessandra Pearce de Carvalho. **Democracia militante na atualidade: o banimento dos novos partidos políticos democráticos na Europa**. 131 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2015.

¹⁷¹ “E mais: a investigação compreende o exercício de todas as atribuições para apurar efetivamente os fatos, pois elas decorrem da conhecida teoria dos poderes implícitos, que se originou de um caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1819, conhecido como “McCulloch versus Maryland””. (LEWANDOWSKI, Ricardo. op.cit., p. 18).

e Moraes¹⁷², enquanto trataram de ambas em conjunto os Ministros Fachin¹⁷³ e Mendes, que tomar-se-á como paradigma, por traçar a relação entre elas de modo mais didático:

No caso do STF, não se pode ignorar que esse poder de polícia judiciária, previsto pelo art. 43 do RISTF, parece constituir uma importante garantia para coibir crimes que atentem contra o poder constitucionalmente incumbido da defesa dos direitos fundamentais (art. 102 da CF/88) e das regras do jogo democrático, em especial diante do cenário atual de ataques sistemáticos e organizados à Corte.

Analisando-se a questão à luz do direito comparado, na Inglaterra e nos Estados Unidos, a defesa dos Tribunais é realizada através dos instrumentos de contempt of court, que possibilitam aos órgãos judiciais a imposição de sanções civis ou penais em relação a atos que possam ameaçar o adequado desenvolvimento de suas funções. Esse instituto, que foi desenvolvido a partir de uma ideia de inherent power (poder implícito ou inerente), foi incorporado aos Estados Unidos pelo Judicial Act de 1789.¹⁷⁴

A ideia aqui é que o Supremo, para realizar sua vocação institucional de zelar pelos direitos fundamentais, através de sua atividade jurisdicional, quando estiver sob *contempt*, ou seja, face a ataques que perturbem a condução de seus trabalhos e

¹⁷² “O dever institucional do Presidente do STF em zelar pela intangibilidade das prerrogativas da Corte e de seus membros decorre, diretamente, do próprio texto constitucional, como importante garantia da efetividade da Justiça Constitucional, da independência da Magistratura e da cláusula pétreia das Separação de Poderes, constituindo-se verdadeira competência implícita do Chefe do Poder Judiciário. (...) O STF já consagrou, em nosso ordenamento jurídico, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos – inherent powers –, pela qual no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (Myers v. Estados Unidos – US 272 – 52, 118), consagrando-se, por exemplo, e entre nós aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal.” (MORAES, Alexandre. op.cit.).

¹⁷³ “A desobediência à ordem do Tribunal, como anotado, é tão grave que, a depender do sujeito ativo, configura crime de responsabilidade (CR, art. 85, VII). A incitação a essa desobediência ou a negativa da própria autoridade do Tribunal, com a sugestão do seu fechamento ou a ameaça a seus membros também. Descumprir ordem judicial é descumprir a Constituição. Eis o âmbito de proteção contra o “contempt of court” na forma de ‘ataques à Corte’, como assentam os professores Lenio Luiz Streck, Marcelo Cattoni e Diogo Bacha e Silva (em artigo de 28.5.2020, no sítio eletrônico do CONJUR Jurídico, sob o título “Inquérito judicial do STF: o MP como parte ou juiz de garantias?”).” (FACHIN, Edson. op.cit., p.40).

¹⁷⁴ GILMAR, Mendes. op.cit., p. 20.

sejam atentatórios à sua dignidade, teria, necessariamente, através da mobilização da doutrina dos poderes implícitos, o dever de reagir e de fazer cessar os ataques direcionados a si mesmo.

Sobre o *contempt of court*, ensina Araken de Assis que, por um lado, é instituto do *common law* que concede poderes coercitivos e punitivos visando coibir desacatos ao tribunal, seja por ataques diretos a ele, seja por descumprimento de suas ordens; por outro, designa o próprio ato desrespeitoso, chamado pelo mesmo nome:

O instituto do contempt of court tutela o exercício da atividade jurisdicional, nos países da common law, e existe desde os tempos da lei da terra. (...) Como quer que seja, o poder de contempt of court, reconhecido aos órgãos judiciários, nesses países, consiste no meio de coagir à cooperação, ainda que de modo indireto, através da aplicação de sanções às pessoas sujeitas à jurisdição.

Pode-se definir o contempt of court como a ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial.¹⁷⁵

Na mesma linha, Paula Sarno define o instituto como o microssistema de proteção do Poder Judiciário e, também, como o próprio ato que o despreza, ou o desacata:

Trata-se o instituto, em sua essência, de microssistema normativo composto por regras e princípios que vêm garantir a boa administração da justiça e o prestígio do Poder Judiciário. Tem o condão de regradar os atos tidos por *contempt of court*, os quais representam, literalmente, “*desprezo à corte*, ou ainda *desacato ao tribunal*, conduta que constitui ofensa punível de diversas maneiras.¹⁷⁶

¹⁷⁵ ASSIS, Araken de. O Contempt of Court no Direito Brasileiro **Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**. v. 28, n. 111, jul./set., 2003. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis(4)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2021. p. 1-3.

¹⁷⁶ BRAGA, Paula Sarno. **O parágrafo único do art.14 do CPC: um contempt of court à brasileira**. Disponível em: <https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_setembro2008/>. Acesso em: 17 jun. de 2021. p.3.

Este microsistema de punir e coibir o desprezo à corte ou desacato ao tribunal, no *common law*, faz uso, principalmente, como instrumentos de proteção à jurisdição, de multas e prisões, apesar de possuir alguma discricionariedade quanto às medidas. É aqui que se relaciona com a ideia de poderes inerentes, pois, para fazer cessar o *contempt*, nestes sistemas, pode o juiz utilizar-se de diversos meios coercitivos.

É justamente essa convicção de que o Judiciário (Cortes e juízes) detém o exercício de um poder inerente à função jurisdicional (*inherent power*), enraizada na tradição da *common law*, que fundamenta a noção do *contempt of court*. Afinal, negar instrumentos de força ao Judiciário é o mesmo que negar sua existência.

A ideia de *inherent power* possibilita a atipicidade das medidas de *contempt of court*, franqueando ao juiz a escolha do instrumento coercitivo ou punitivo mais eficaz para o cumprimento da decisão judicial e para a administração da justiça de forma eficiente, efetiva e organizada.¹⁷⁷

Até agora a doutrina parece se adequar à possibilidade de instauração de inquéritos pelo STF. Contudo, mesmo na versão anglo-saxã, pode-se verificar a existência de algumas características que afastam a possibilidade da adequação perfeita do uso do instituto à esta finalidade. A primeira é a estreita vinculação do *contempt of court* com a existência de um processo judicial em curso, diz Sarno:

A vetusta doutrina foi originariamente concebida e consagrada nos ordenamentos da família do *common law*, sendo que a sua adoção legitima o uso de métodos de coerção e/ou punição sobre aqueles que desrespeitam a autoridade judicial, “prevenindo e reprimindo os atos de desobediência, desprezo, interrupção, obstrução e impedimento, atuais ou iminentes, das partes ou de terceiros, no curso de um processo judicial, denominados de atos de *contempt of court*.”¹⁷⁸ (grifo nosso)

¹⁷⁷ GIUBERTI, Vander Santos. *Contempt of Court: o que é e o que não é no novo sistema processual brasileiro. Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*. Vitória, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19848>>. Acesso em: 17 jun. de 2021.

¹⁷⁸ Braga, Paula Sarno. *Op.cit.* p.3.

Há, ainda, algumas classificações que ajudam na compreensão do uso do instituto e que aclaram sua pertinência ao caso. Em primeiro lugar, há o *contempt civil*, que busca o cumprimento de uma decisão através da cominação de sanções em caso de descumprimento, como meio de execução indireta. Depois, o *contempt penal*, que busca penalizar aquele que descumpriu ordem no curso do processo, desacatando a corte. Contudo, e mais importante, há o *contempt* direto e indireto, caso o desacato seja ou não realizado na presença do juiz. Sobre esta distinção, Sarno destaca que a modalidade indireta exige maior solenidade procedimental:

O *contempt* é direto quando praticado no tribunal, e indireto se praticado fora dele. Em termos práticos, temos repercussões de cunho processual, quais sejam, o fato de o primeiro poder ser punido sumariamente pelo julgador, sendo que o *contempt* indireto, por sua vez, por ter ocorrido na ausência do juiz, exige maior solenismo procedimental, com todas as garantias inerentes ao processo civil.¹⁷⁹

Compreendidas estas noções, cabe entender a posição da doutrina do *contempt of court* no Direito Brasileiro. Assis¹⁸⁰ indica como primeiras inserções mais efetivas de institutos inspirados no *contempt* aquelas previstas através de alterações nos arts. 601 e 14, V do CPC-73, que tratam dos atos atentatórios à dignidade da justiça, nas fases de conhecimento e execução, respectivamente. No atual Código de Processo Civil, encontram-se nos artigos 77 e 774, culminando multa para o praticante de ato atentatório à dignidade da justiça, em casa fase processual, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis.

É importante notar que a importação de dispositivos inspirados por essa doutrina foi, e deve ser, feita sempre levando em consideração as particularidades do Direito Brasileiro. As diferenças de tradição jurídica são evidentes, começando pelo fato que

¹⁷⁹ Braga, Paula Sarno. Op.cit. p.10.

¹⁸⁰ ASSIS, Araken de. O Contempt of Court no Direito Brasileiro **Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**. v. 28, n. 111, jul./set., 2003. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis(4)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2021.p.11

os juízes e promotores americanos são eleitos, tendo sua legitimidade garantida pelo voto. Ademais, determinar sanções de prisão administrativa em caso de ato atentatório no curso de um processo, enquanto permitida no mundo anglo-saxão, é impossível no ordenamento brasileiro. Aqui, a amplitude dos poderes concedidos - mesmo no processo civil, que incorporou como princípios fundamentais do processo a natureza cooperativa e a boa-fé processual, com maior iniciativa do juiz em garanti-los - é bastante reduzida, sendo somente prevista a possibilidade de aplicação de multa.

A proteção criminal contra o *contempt* no Brasil é regida por alguns tipos penais, como o de desacato, resistência, desobediência, falso testemunho, previstos no Código Penal; alguns tipos da Lei de Segurança Nacional, Lei 7.170/83, como os descritos nos arts. 18, 26 e 27; e em crimes comuns do CP que, se praticados contra a Corte, assumirão essa finalidade. A persecução deve ser feita normalmente, sendo a ideia de *contempt*, aqui, utilizada de forma ampla, referindo-se a instrumentos para tutela da Corte.

Visto isso, da forma que se concretiza a proteção à Corte no Direito Brasileiro - através da proteção penal regular e de poderes conferidos no processo civil - não parece ser possível invocar o instituto para justificar ação investigatória do Tribunal. Se, no sistema do *common law*, que confere aos magistrados amplos poderes, ainda assim faz-se necessária, para atribuir sanções em *contempt* indireto, a existência de procedimento com todas as garantias do *fair trial*; no ordenamento pátrio, a sua invocação como fundamento para investigações judiciais, está além das possibilidades do instituto, justamente por ter sido adotado no Brasil o sistema acusatório - ocupando, portanto, o juiz posição menos ativa no processo penal - e atribuída a investigação criminal aos órgãos especializados.

Em que pese a permissão regimental do art. 43 (tida por este trabalho como não recepcionada), argumenta-se, invocando a doutrina dos poderes implícitos, poder-se extrair do art. 13 do RISTF¹⁸¹ e do art. 102 da CF, a possibilidade de a Corte realizar

¹⁸¹ Art. 13. São atribuições do Presidente: i – velar pelas prerrogativas do Tribunal;

investigações, entendendo-as como instrumento de *contempt of court*. Sobre estes poderes, Bonavides ensina, apoiado em Story:

Sobre o assunto, a regra estabelecida por Story é a de que na interpretação de um determinado poder não se consentirá coisa alguma que possa invalidar ou prejudicar os seus confessados objetivos. Diz o eminente constitucionalista que se as palavras de um texto foram suscetíveis de duas interpretações, de conformidade com o uso e o senso comum, é de rejeitar-se aquela que colide com um ou com todos os objetivos estabelecidos pela norma e a cuja realização ela se propunha, adotando-se, ao revés, a interpretação tendente a promover e preservar os sobreditos interesses em toda a sua inteireza.¹⁸²

Nessa perspectiva, a doutrina dos poderes implícitos é de simples entendimento, consistindo, àquele que é atribuída a consecução de determinados objetivos, na autorização para utilizar diversos meios para atingi-los, inclusive não previstos expressamente, desde que não colidam com outros objetivos visados e sejam compatível com o sistema jurídico.

Quanto à análise específica deste trabalho, incontestemente que, na defesa dos direitos fundamentais e proteção das suas prerrogativas - objetivos concretamente buscados pelo STF - a Corte deve dispor do máximo possível de meios para atingir esse legítimo fim. Isso não deve significar, porém, atribuir poderes tamanhos a instituições que as afastem excessivamente de suas funções, o que pode sacrificar até mesmo o próprio exercício, no caso do Supremo, de sua função maior, o da Jurisdição.

A atividade investigativa realizada por magistrado é nociva à sua atuação jurisdicional, onde deve perseguir a efetivação, ao máximo, dos direitos fundamentais e, mesmo quando exercida por um Juiz o mais isento possível, enseja questionamentos acerca de sua imparcialidade e da observância do devido processo legal.

Em síntese, a ideia de que a Corte tem o poder implícito (ou até explícito!) de investigar crimes realizados contra ela não é compatível com o sistema acusatório,

¹⁸² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 472-473.

que prevê necessariamente o afastamento do magistrado da coleta de provas na investigação. A concretização da proteção à Corte no Direito Brasileiro se dá explicitamente através da possibilidade de agir mais incisivamente dentro do processo civil, em caso de *contempt*, e por meio da tipificação de condutas lesivas ao Poder Judiciário. Não é possível extrapolar estas concretizações, uma vez que não se adaptam ao texto constitucional, e retirar, implicitamente, de uma doutrina alienígena, a possibilidade de agir sem observar direitos e garantias fundamentais. Proceder-se-á, agora, à análise das condições expressamente previstas no art. 43 do RISTF.

3.2.5 Ampliação da definição de sede do tribunal

Duas posições básicas foram adotadas pelos oito ministros que expressamente se manifestaram acerca do limite territorial consignado na norma do art. 43 do RISTF. A primeira, esposada pelos ministros Lewandowski¹⁸³, Lúcia¹⁸⁴, Barroso, Fachin e Toffoli¹⁸⁵, argumenta pela ampliação do conceito de sede do Tribunal por duas razões: a impossibilidade de o legislador prever os desdobramentos tecnológicos que ocorreram desde que o regimento entrou em vigor, devendo a norma ser interpretada

¹⁸³ “Nesse ponto, cumpre assentar que a expressão “sede ou dependência do Tribunal”, prevista no art. 43 do RISTF – e tida na inicial como limitadora das investigações - não pode, à toda a evidência, ser tomada em sua literalidade, sobretudo porque a jurisdição dos Ministros e as ameaças que vêm reiteradamente sofrendo ocorrem sobretudo no ambiente virtual. Não se olvide, ademais, que estes, segundo a Constituição, exercem jurisdição em todo o território nacional, e o fazem, cada vez mais, longe dos respectivos gabinetes e plenários da Casa, por meio de assinaturas eletrônicas, particularmente nesse momento de pandemia decorrente do novo coronavírus.” (LEWANDOWSKI, Ricardo. op.cit., p. 26)

¹⁸⁴ “Não tenho dúvida, portanto, de que, nas circunstâncias a que o art. 43 faz referência, como aqui já afirmado, de “infração à lei penal na sede ou dependência”, há que ser levada em conta interpretação segundo a qual dependência e sede do Supremo Tribunal Federal há de ser considerada nos termos e no tempo que vivemos. Ou seja, mudou o sentido de espaço, hoje nós estamos nos reunindo em julgamento do Plenário em espaços físicos diferentes, mas no mesmo espaço Plenário em que o Colegiado atua.” (LÚCIA, Cármen. op.cit.).

¹⁸⁵ “É preciso, todavia, ir além da *occasio legis*, a fim de, pela interpretação teleológica, buscar a *ratio legis*, seu fundamento racional. (...) Sob essa perspectiva, deve-se ter em mente que o desempenho das funções institucionais do Supremo Tribunal Federal, assim como dos demais integrantes do Poder Judiciário, não se restringe a um mero espaço físico (sede/dependência). ... Ora, se a *ratio* do dispositivo é proteger, do modo mais amplo possível, a autonomia e a independência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação evolutiva e o argumento *a fortiori* não autorizam que esses ataques virtuais múltiplos e coordenados ao Supremo Tribunal Federal permaneçam de fora do campo de abrangência do art. 43 do RISTF.” (TOFFOLI, Dias. op.cit., p. 30)

considerando as alterações profundas da realidade; e o fato de os Ministros exercerem a jurisdição em todo território nacional. Afirma o Min. Fachin:

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.¹⁸⁶

Da leitura do trecho verifica-se que a simples constatação que o STF exerce a jurisdição em todo o território nacional, por si só, não autoriza a ampliação do conceito de sede do Tribunal. Antes da universalização do acesso à internet, de sua disseminação e da sua penetração em todos os aspectos da vida contemporânea, o Supremo Tribunal Federal já exercia a jurisdição em todo o território nacional e o conceito de sede era lido como o espaço físico, onde os Ministros realizavam suas atividades institucionais, em semântica mais direta. A possibilidade de ampliar o escopo do conceito é fruto, conforme ressaltado pelos Ministros, das alterações trazidas pela centralidade do mundo digital na vida contemporânea, e na natureza difusa dos crimes realizados neste universo. Nos termos do Min. Barroso:

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

¹⁸⁶ FACHIN, Edson. op.cit., p. 42.

ataques ao Supremo sejam por via virtual e que se considere que isso tenha ocorrido efetivamente dentro do Supremo Tribunal Federal.¹⁸⁷

Nesta perspectiva, considerando que diversos trabalhos do Tribunal são realizados virtualmente e que várias de suas ordens devem ser cumpridas no mundo virtual, estes ministros compreendem que, se há ataque institucional ao tribunal através do uso da internet, é possível considerar que este foi realizado dentro das “dependências digitais do Tribunal”, por assim dizer, desde que chegue até ele, ou seja, comprometa o desenvolvimento regular de suas atividades. É uma interpretação que busca atualizar o sentido da norma do art. 43 adaptá-la à realidade da atuação do Tribunal no século XXI.

Há mais uma ideia, muito importante, contida no posicionamento destes ministros. Ainda que concordem quanto à finalidade da referida norma - que, como visto, deve cumprir um papel de instrumento de defesa institucional - eles não afastam a limitação territorial presente no dispositivo legal, mas a interpretam de forma a ampliar seu significado. Isto é fundamental, pois, ainda que seja instrumento de defesa do Tribunal, o art. 43 impôs restrições para a instauração e condução de inquéritos pelo STF. Mesmo que se considere a sede como virtual, o esforço hermenêutico para atualizar o conceito de sede e abarcar novas condutas implica na não rejeição dos requisitos propostos pelo caput do art. 43 - infração à lei penal, na sede, envolvendo autoridade sob a jurisdição do Tribunal - frente a posição de, apoiada no parágrafo único e no vocábulo “nos demais casos”, não ser necessário o preenchimento destes requisitos para atingir a finalidade de defender institucionalmente a corte.

Este segundo posicionamento, que, ao ler o artigo 43 do Regimento como instrumento de proteção institucional, ancorando-se na cláusula geral presente no parágrafo único, afasta os requisitos presentes no *caput*, é esposado pelos Ministros Gilmar¹⁸⁸, Weber¹⁸⁹ e Moraes, que o explicita de forma clara:

¹⁸⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *op.cit.*, p. 5.

¹⁸⁸ “No que se refere ao âmbito de incidência dos arts. 42 e 43 do RISTF, fica claro que a interpretação conferida ao dispositivo privilegia não a geografia do crime, mas sim o impacto da eventual infração sobre as funções institucionais da Corte.” (GILMAR, Mendes, *op.cit.*, p. 23).

¹⁸⁹ “O parágrafo primeiro do mesmo dispositivo regimental dispõe, por sua vez, que “nos demais casos [leia-se, quando ausentes as condicionantes], o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou

As duas hipóteses do texto regimental são extremamente claras e cristalinas: (1) “ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal” - prevista no *caput*; (2) “nos demais casos”, prevista no §1º do artigo 43. Em ambas as hipóteses a solução poderá ser a mesma: o Presidente do STF poderá instaurar inquérito sob sua presidência ou delegar esta atribuição a outro Ministro; ou ainda, requisitar a instauração de inquérito policial. A competência concedida ao Presidente do STF pelo regimento interno diz respeito à matéria, qual seja, “proteção institucional do STF e de seus Ministros”, independentemente do local da prática da infração penal; não se sustentando as afirmações da existência de limitação territorial do Presidente do STF ao exercitar essa competência.¹⁹⁰

Não parece ser a melhor exegese do artigo do Regimento considerar que o disposto no seu *caput* é dispensável frente a presença da expressão nos “demais casos” no parágrafo único. Ainda que seja uma possibilidade semântica, é uma interpretação que torna a exceção, regra; a regra, mera letra morta. Ademais, amplia, sem parâmetros objetivos, uma regra de exceção, de difícil harmonização com o sistema acusatório; postura que despreza a noção de proporcionalidade. Relembra o Min. Marco Aurélio, ressaltando a simpatia inquisitorial de dispositivos como o parágrafo em análise:

Empolgou-se no ato, na Portaria editada, o artigo 43 do Regimento Interno do Tribunal. Acontece que, havendo a Constituição Federal de 1988 consagrado o sistema acusatório, esse artigo não foi recepcionado, tendo, inclusive, parágrafo polivalente, próprio ao sistema inquisitivo e que estaria a autorizar a instauração do inquérito,

requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente”. O emprego da conjunção alternativa - “ou” - leva à exegese de que as condicionantes previstas no *caput* do dispositivo não impõem vedação a que, mesmo fora daquelas hipóteses, o inquérito possa ser instaurado sob a jurisdição do Tribunal, se assim entender pertinente a autoridade para tanto legitimada (vale dizer, seu Presidente)...Retomando o raciocínio, ao exame da Portaria 69/2020 da Presidência do STF, anoto que fruto de exegese do critério espacial previsto no art. 43 do RI para que acompanhasse, *pari passu*, o alcance da jurisdição do Tribunal. Nesse giro hermenêutico, os conceitos jurídicos “sede ou dependência do Tribunal” sem dúvida adquirem abrangência nacional, para alcançar todo e qualquer delito que possa ser classificado como atentatório à “honorabilidade e [à] segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”. (WEBER, Rosa. *op.cit.*, p. 11).

¹⁹⁰ MORAES, Alexandre. *op.cit.*

ainda que não ocorrido o crime no âmbito do Supremo (...) (Grifo nosso)¹⁹¹

Esta interpretação também não leva em conta a regulamentação, editada pelo próprio tribunal, na Resolução 564/15, que definiu para as “demais hipóteses” somente a possibilidade de requisição de instauração de inquérito pelo órgão competente.

Ante ao exposto, partindo da perspectiva que o artigo do Regimento foi considerado recepcionado pela Constituição (remete-se à análise em tópico anterior), imperioso - de forma a obter a exegese menos gravosa para o sistema acusatório, que faça mais sentido dentro do contexto do próprio Regimento e das subseqüentes regulações do STF - dar mais razão à posição majoritária que enfrenta a questão da ocorrência de infração na sede do tribunal, ainda que virtualmente, preservando as limitações determinadas no caput do art. 43.

3.2.6 Ampliação do escopo quanto às pessoas envolvidas

O mesmo raciocínio é aplicável quando da análise do terceiro requisito presente no *caput* do artigo 43, qual seja, o envolvimento de autoridade ou pessoa sujeita à jurisdição do STF. Os ministros Gilmar¹⁹² e Moraes entenderam pela desnecessidade da presença desta condicionante, fazendo distinção entre a competência penal originária do Tribunal, prevista na Constituição, e uma outra que diria respeito a inquéritos.

¹⁹¹ AURÉLIO, Marco. Op.cit. p. 4.

¹⁹² “No que se refere às pessoas investigadas, é importante destacar que a atribuição de apurar crimes cometidos contra o Tribunal (arts. 42 e 43 do RISTF) é distinta da competência para julgar autoridades com foro por prerrogativa de função (art. 102, I, “b” e “c”, da CF/88). Na primeira hipótese, a finalidade é apurar se foram cometidos crimes que afetem o funcionamento da Corte, independentemente de terem sido praticados ou não por autoridade com foro por prerrogativa de função.” (MENDES, Gilmar. op.cit., p. 24).

O inquérito não é instaurado em razão de possível caracterização de crimes cuja repressão ocorra mediante ação penal de competência originária da CORTE (art. 102, I, b e c, da CF), mas de crimes que visam a atingir a sua integridade institucional. A prerrogativa de investigar esses fatos não acarreta, por óbvio, qualquer alteração nas regras constitucionais e legais de atribuição de competência para o julgamento de eventuais ações penais que venham a ser propostas pelo órgão ministerial com atribuição para tanto (conforme as características do fato e do sujeito identificados), perante o juiz natural respectivo.¹⁹³

As razões são semelhantes às da posição que diz não ser necessária a ocorrência do crime na sede do Tribunal para instaurarem-se inquéritos. Com fundamento na finalidade da norma - proteger o tribunal institucionalmente - pretende lê-la como uma permissão geral para alcançar este objetivo. Como já visto esta argumentação despreza o próprio texto do Regimento, que estabelece limitações ao exercício desta atribuição excepcional.

Também inverte a lógica do artigo, tornando a exceção do parágrafo único o centro da norma, dispensando o quanto previsto no *caput* do dispositivo. Vale lembrar que o próprio tribunal editou a Resolução 564/15, regulando sua polícia e limitando os poderes concedidos no parágrafo único, permitindo, unicamente, a requisição de instauração de inquérito pelo órgão competente.

Em que pese ser concebível distinguir entre competência investigativa e competência para julgar ações originárias, a lei - ou ato normativo com status legal - que define a excepcional competência investigativa do Tribunal é o Regimento, que expressamente condiciona a amplitude desta competência investigativa àquelas pessoas ou autoridades sujeitas à sua jurisdição. Há aqui uma equivalência, em relação à pessoa, entre as competências penal e investigativa que não se pode desprezar.

¹⁹³ MORAES, Alexandre. op.cit.

Por outro prisma, os ministros Lewandowski¹⁹⁴, Lúcia¹⁹⁵, Fachin¹⁹⁶, Toffoli¹⁹⁷, Mello¹⁹⁸ e Barroso, entendem que a competência investigatória do Supremo Tribunal Federal se limita àquelas pessoas que possuem prerrogativa de foro. Contudo, admitem que a investigação se inicie sem que sejam conhecidos os autores das condutas lesivas, especialmente frente ao anonimato e a massividade dos ataques ao STF neste caso em particular. Uma vez conhecidos estes autores, deve continuar a investigação excepcional somente em relação àqueles que possuem prerrogativa de foro, impondo-se o desmembramento e a remessa, aos órgãos competentes, dos elementos coletados que digam respeito às pessoas que não cumpram este requisito.

O segundo ponto que merece destaque no art. 43 – o primeiro aspecto seria o local – é quem poderia ser o sujeito passivo da investigação. E o art. 43 diz "(...) se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição (...)". Portanto, só será legítimo o inquérito se e quando recair sobre pessoas que estejam sujeitas à jurisdição do Supremo. Mas isso, como regra geral, só se determina ao final da investigação, quando então será o caso de se desmembrar o inquérito, como o Ministro Alexandre descreveu já ter feito anteriormente, em outras 70

¹⁹⁴ "Outra impropriedade constante da inicial, que merece repúdio, consiste na alegação de que o objeto do inquérito precisa ser rigorosamente delimitado, de modo a voltar-se apenas contra autoridade ou pessoa sujeita à jurisdição dessa Suprema Corte. Ora, como é cediço, a autoria dos delitos só pode ser elucidada a partir do desenvolvimento das investigações, sendo certo que a própria PGR assentou, em seus memoriais escritos, que a investigação em andamento restringe-se a autoridades com prerrogativa de foro (fl. 18)." (LEWANDOWSKI, Ricardo. *op.cit.*, p. 27).

¹⁹⁵ "Há de se perguntar a quem interessa ou a quem se refere essa investigação? Mas, como o Ministro Fachin assentou em seu voto e também foi lembrado pelo Ministro Alexandre, pelo Ministro Barroso, de uma forma especial, só ao final de uma investigação, que é possível nos termos postos no Regimento Interno, recepcionado como lei, é que se pode aferir quem é essa pessoa que, eventualmente, possa ter sido atingida e quais as providências a serem tomadas, aí sim, no curso das providências judiciais, se for o caso, a serem adotadas pelo Ministério Público e pelo próprio Poder Judiciário." (LÚCIA, Cármen. *op.cit.*).

¹⁹⁶ "Nessa fase preambular, não é mesmo possível, por ora, identificar todos os sujeitos ativos dos delitos e tampouco o órgão ministerial competente. Reunidos os elementos, como peça informativa que é o resultado de tal procedimento, preservado o acesso devido a todos os interessados, deverá encaminhar-se a notícia ao órgão competente." (FACHIN, Edson. *op.cit.*, p. 44)

¹⁹⁷ "Relevante pontuar, ainda, que somente com o avançar das investigações surge a identificação precisa dos autores dos fatos em apuração, desnaturando-se, dessa forma, a ideia da necessidade premente de que haja autoridade ou pessoa sujeita à jurisdição dessa Suprema Corte para que se deflagre o procedimento." (TOFFOLI, Dias. *op.cit.*, p. 20).

¹⁹⁸ "Impõe-se registrar, ainda, que o eminente Ministro ALEXANDRE DE MORAES, em seu douto e substancial voto, deixou expressamente consignada, com particular ênfase, a circunstância de que, diante da identificação, no curso daquela investigação criminal, de eventuais suspeitos de práticas delituosas correlatas que não detivessem prerrogativa de foro perante esta Suprema Corte, os elementos de informação concernentes a tais suspeitos foram devidamente encaminhados aos órgãos de persecução penal e/ou aos próprios juízos competentes, por entender, acertadamente, pela falta de competência originária do Supremo Tribunal Federal para a continuidade, quanto a esses investigados, do procedimento investigatório." (MELLO, Celso de. *op.cit.*, p. 30).

ocasiões. Tratando-se de investigado que não tenha prerrogativa de foro, não haverá a competência do Supremo e a hipótese será de mandar baixar.¹⁹⁹

Entre as duas posições expostas, esta é a mais coerente com o texto do Regimento Interno e com a divisão de competências prevista na Carta Magna. Por sua vez, a Ministra Rosa Weber expressou posicionamento intermediário, que tem desdobramento interessante. Por um lado, entendeu, como os Min. Moraes e Mendes, pela possibilidade de investigação pelo Supremo de indivíduos que não possuem prerrogativa de foro, com base no parágrafo único do art. 43 e na interpretação da norma como instrumento de garantia institucional. Por outro, não admitiu a autorização pelo Ministro condutor do inquérito de medidas condicionadas à reserva de jurisdição. Tem lógica o argumento, uma vez que, utilizando a distinção proposta pelo Ministro Gilmar, a competência administrativa de investigar concedida pelo art. 43 não se confunde com a competência criminal. A competência administrativa não autoriza a determinação de medidas sob reserva de jurisdição, dependente da titularização de competência judicial.

Manifesto a compreensão de que o vigente artigo 43 do RISTF, dotado de estatura legal e de higidez constitucional, constitui norma excepcional a atribuir a este STF competência administrativa estrita para inquéritos em que os investigados detenham, ou não, foro por prerrogativa de função, reservado, todavia, friso, às investigações de infrações à lei penal, e não a toda e qualquer investigação.(...)E o traço distintivo da investigação administrativa excepcional que o Regimento Interno autoriza ao Supremo Tribunal Federal está, na minha visão, em sua natureza qualitativa. Nela exercendo, o Presidente da Corte - ou o Ministro por ele designado, por delegação (o que por si só dispensa a distribuição, bem explicitou o eminente Relator) -, um papel administrativo, as diligências preliminares realizadas no bojo de tal procedimento encontram seus limites nas medidas que demandem incursão em direitos individuais qualificados pela cláusula de reserva

¹⁹⁹ BARROSO, Luiz Roberto. op.cit., p. 6.

de jurisdição, como em qualquer outro inquérito. Assim, arrecadados elementos indiciários robustos e suficiente para justificar a intervenção sobre tais direitos individuais, há o feito de ser remetido à autoridade judicial competente, sem prejuízo do acompanhamento do resultado das apurações pela Corte, na condição de ofendida/vítima, nos termos da legislação processual ordinária, com ressalva, por óbvio, dos casos em que investigado detentor de prerrogativa de foro no próprio STF.²⁰⁰

4. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, aclarando os resultados da pesquisa, é necessário retomar o itinerário percorrido pelo trabalho, reafirmando os pontos centrais da trajetória, sintetizando a argumentação proposta.

De forma a compreender a problemática do alcance dos poderes investigativos do Supremo Tribunal Federal, frente ao sistema acusatório, explorou-se mais a fundo a doutrina sobre os sistemas processuais, sua narrativa histórica, suas características principais. A partir deste estudo foi possível determinar uma noção de sistema, inspirada pela filosofia kantiana, que pode ser definido como: conjunto de elementos coordenados, formando uma totalidade, que visa cumprir uma finalidade própria, estruturada a partir de um princípio unificador a priori, ou seja, que deve estar fora do sistema.

Partindo desta definição, e informado pela narrativa história, pôde-se compreender que o sistema acusatório tem alguns elementos periféricos - oralidade, publicidade - coordenados por um princípio único, não definível com categorias internas ao sistema, mas intuído através de seus elementos centrais:

- A) a separação entre as funções de julgar, acusar e investigar, preservando a imparcialidade do juízo;

²⁰⁰ WEBER, Rosa. op.cit., p. 13.

- B) a substituição do princípio da verdade real por uma noção de verdade possível, qualificada pelo contraditório e a ampla defesa;
- C) gestão da prova posta na mão das partes, com poder de influência no resultado final do processo;
- D) Preocupação finalística com a preservação dos direitos e garantias do acusado, legitimando a persecução penal, em oposição à mera aplicação do Direito objetivo.

Com base nesta compreensão, observou-se que o sistema acusatório possui guarida na Constituição Federal, considerada a conjunção entre os princípios do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade, da jurisdição, a divisão de competências e funções, a publicidade, os mecanismos de freios e contrapesos, o dever de fundamentação das decisões, enfim, o devido processo legal. Também não se despreza a aproximação do sistema acusatório com o princípio da dignidade humana e a própria democracia.

Feito isto, com firme entendimento que o sistema acusatório não permite a realização de investigações por parte de magistrados, passou-se a analisar o julgamento da ADPF 572, em que o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre a constitucionalidade de, ele próprio, instaurar e presidir inquéritos; entendendo que não havia ofensa à Constituição em fazê-lo.

Os argumentos trazidos à baila pelos Ministros foram divididos em dois grupos, aqueles que dizem respeito à compatibilidade com o sistema acusatório e aqueles que, buscando justificar o inquérito particular objeto de análise, estabelecem requisitos para o exercício deste poder investigativo.

Foram três os denominados argumentos de compatibilidade. Sobre o primeiro, que diz respeito à qual entendimento de sistema acusatório os Ministros se filiam, percebeu-se que, ou tratavam-no insuficientemente como a mera separação da atividade de acusar e julgar, ou defendiam que o sistema adotado pelo ordenamento brasileiro tinha natureza mista, afastando a incidência de implicações do sistema acusatório à fase investigativa. As razões não se sustentam frente à compreensão

deste trabalho de sistema acusatório e dos princípios e garantias privilegiadas pelos Constituintes.

Depois, discutiu-se acerca do não monopólio da investigação pelas Polícias e Ministério Público, percebendo-se que, de fato, outros órgãos podem exercer atipicamente estas funções. Contudo, verificou-se que esta constatação não implica em estender essas atribuições ao Poder Judiciário.

Por fim, debateu-se acerca da recepção do art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de onde se extrai a norma que autoriza a instauração do inquérito judicial. Assentou-se que a recepção é fenômeno de transferência do fundamento de validade das normas vigentes anteriormente à promulgação de uma Constituição, passando da Carta antiga para a atual. Neste sentido as normas devem ser materialmente compatíveis com a nova Constituição, o que não ocorre no caso deste dispositivo específico do RISTF, frente ao sistema acusatório constitucionalmente protegido.

Tecidas estas considerações, imperioso afirmar que inquérito conduzido por magistrado é inconstitucional, pois em franca oposição ao sistema acusatório e a todos os princípios constitucionais vinculados a ele. Frente a procedimento realizado desta forma não se pode falar em imparcialidade, divisão das funções, freios e contrapesos, devido processo legal. Faz-se necessário repetir: este trabalho entende ser inconstitucional a instauração e condução de inquéritos pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, não foi esta a posição dos Ministros no julgamento estudado e são eles que, por determinação da própria Carta Magna, detém a última palavra em matéria de interpretação constitucional. Neste contexto, procurou-se realizar uma espécie de interpretação conforme, buscando, a partir dos argumentos elencados pelos próprios Ministros, compreender o julgado e traçar os limites ao alcance deste poder investigativo, de forma a minimizar os danos ao combalido sistema acusatório.

É neste contexto que se inserem os denominados argumentos-requisitos. A denominação justifica-se, pois, ao fundamentar uma medida excepcional, a própria

argumentação contém em seu bojo os limites para aplicação do referido instrumento; no presente caso, o alcance dos poderes investigativos do STF.

Desse modo, foram identificados pelo menos cinco requisitos que devem ser preenchidos para que seja possível ao Supremo instaurar e presidir inquéritos, de acordo com a argumentação realizada por seus próprios ministros. O primeiro deles é a excepcionalidade. Esta ideia contém a noção de que o inquérito judicial é medida excepcional, devendo ser amplamente justificado para sua utilização; eventual ilícito penal objeto do inquérito também deve ter natureza excepcional, fora da esfera dos eventos ordinários, com alto grau de lesividade. Os conceitos utilizados indicam que deve ser feito também um juízo de proporcionalidade para a utilização do instrumento.

Em seguida, analisou-se a interpretação do art. 43 do RISTF como instrumento de defesa institucional. Esta limitação finalística implica em excluir do campo de investigação do STF qualquer conduta que não constitua ofensa ao Tribunal enquanto instituição, ao desenvolvimento regular de suas atividades e à integridade de seus membros. Nesta ótica, excluídos estão, por exemplo, crimes contra honra de Ministro realizado isoladamente.

O próximo argumento-requisito não foi aventado majoritariamente, mas foi defendido nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin. Consiste na proibição de instauração de inquérito pelo STF, caso as condutas estejam sendo investigadas por outros órgãos, ordinariamente competentes. Implica também na necessária provocação destes órgãos para iniciarem investigações, em caso de ciência pelo Tribunal de ocorrência de ataque institucional.

Ainda que não elencado majoritariamente, o argumento está em harmonia com os posicionamentos dos demais ministros e com os requisitos de excepcionalidade e defesa da instituição, arregimentados em seus pronunciamentos. Ora, se a eventual infração está sendo investigada regularmente, não se vislumbra a ocorrência de excepcionalidade e nem de defeito na defesa da instituição pelo Estado de Direito, por meio dos órgãos competentes.

Aqui foi feito pequeno excursus sobre a teoria da democracia militante, mobilizada para justificar a atuação de democracias na defesa de suas instituições contra opositores

antidemocráticos. O inquérito judicial seria, então, instrumento neste enfrentamento. Contudo, foi visto que a teoria da democracia militante diz respeito à limitação de direitos civis e políticos daqueles que visam solapar a democracia, excluída a hipótese de limitação de garantias de cunho processual, como aquelas corolárias do sistema acusatório.

Depois, foram brevemente analisados os institutos do *contempt of court* e dos poderes implícitos, concluindo pela não adequação de sua aplicação ao caso, por exceder as possibilidades de atribuição de poderes à Corte, desconsiderando as limitações impostas pelo sistema acusatório.

Especificamente sobre a exegese do art. 43 do RISTF, verificou-se que os Ministros, majoritariamente, filiam-se à posição que as condicionantes ali presentes - ocorrência de infração a lei penal, na sede ou dependência do Tribunal, envolvendo autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição - devem ser respeitadas.

Contudo, houve uma ampliação do conceito de sede do Tribunal para abarcar infrações anti-institucionais praticadas virtualmente, que cheguem ao conhecimento dos Ministros. Sobre a limitação em relação à pessoa, a maioria consignou que deve haver investigado possuidor de foro por prerrogativa de função para que a investigação prossiga. Contudo, essa identificação somente seria possível no curso das investigações, em caso de ataques virtuais e massivos, permitindo a instauração do inquérito sem que ainda sejam conhecidas as identidades dos autores. A Ministra Rosa Weber faz uma observação pertinente sobre este tema, afirmando que não podem ser alvo de medidas sujeitas à reserva de jurisdição pessoas que estejam fora do alcance da competência em matéria penal do Supremo.

Em síntese, em que pese este trabalho entenda pela inconstitucionalidade de inquérito conduzido pelo Supremo Tribunal Federal por agressão ao sistema acusatório; percebeu-se, através da análise de precedente que autoriza procedimento deste tipo, que a Corte admite a possibilidade de instauração de inquérito de sua própria lavra, desde que presentes alguns requisitos. São eles a excepcionalidade, subsidiariedade e o uso como instrumento de proteção institucional; combinados com os presentes no RISTF, ainda que com sentido alargado, quais sejam: que o fato seja

criminoso, que ocorra na sede do tribunal e que envolva autoridade ou pessoa sujeita à jurisdição do Tribunal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Cláudio Demczuk. Os períodos do processo penal romano e seus respectivos procedimentos. **Revista CEJ**, Brasília, ano XVI, nº 58, set./dez., 2012.

ASSIS, Araken de. O Contempt of Court no Direito Brasileiro **Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**. v. 28, n. 111, jul./set., 2003. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis(4)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BARROS, Marcos Antonio de. Procedimento penal acusatório das “*quaestiones perpetuae*”: fonte da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. **Justita**, São Paulo, nº 178, abr./jun., 1997.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luís Roberto (Org.), 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Edições de Ouro.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição: Modificando Paradigmas. **Revista eletrônica de direito processual**, vol. 3, 2009.. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/22179>>. Acesso em: 28 mar. de 2021.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BORGES, Carla Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, **Revista dos Tribunais LTDA**, ano 21, vol. 104, set./out., 2013.

BOURNE, Angela K.; BÉRTOA, Fernando Casal. Mapping militant democracy. **European constitutional law review**, mai. de 2017.

BRAGA, Paula Sarno. **O parágrafo único do art.14 do CPC**: um contempt of court à brasileira. Disponível em:

<https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_setembro2008/>. Acesso em: 17 jun. de 2021.

BRANCO, Sérgio. Fake news e os caminhos para fora da bolha. **Interesse Nacional**, São Paulo, ano 10, nº 38, ago./out. 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 de mar. de 2021.

BRASIL, **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 de mar. de 2021.

BRASIL, **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compliado.htm>. Acesso em: 10 mar. de 2021.

BRASIL, **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 mar. de 2021.

BRASIL, **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Pacote Anticrime. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 10 mar. de 2021.

BRASIL, **Lei nº 35, de março de 1979**. Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Ccp35.htm>. Acesso em: 6 mar. de 2021.

BRASIL, **Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983**. Lei de Segurança Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7170.htm>. Acesso em: 8 mar. de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 18 de jun. de 2020).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 593.727**. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 14 de maio de 2015

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 8 abril de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Resolução nº 564, de 6 de novembro de 2021**. Brasília, 10 de nov. de 2015. 11/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO564-2015.PDF>>. Acesso em: 8 abril de 2021.

BRUNO, Fernanda; ROQUE, Tatiana. **A ponta de um iceberg de desconfiança**. In: Pós Verdade e Fake News: Reflexões sobre a guerra de narrativas. BARBOSA, Mariana (Org.), 1. ed. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, ano 30, nº 30, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Observações sobre o processo do sistema acusatório e a defensoria pública. **Revista da Defensoria Pública da União**. Brasília, nº 14, jul./dez., 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 17 de mar. de 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**. vol. 46, n. 183. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>>. Acesso em: 26 de mar. de 2021.

CUNHA JR., Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2014

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

EMPOLI, Giuliano da. **Os Engenheiros do Caos**. 1. ed. São Paulo: Vestígios, 2020.

FARIA JR., César. O supremo privilégio de errar por último. *Revista Colunistas de Direito do Estado*, nº 85, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/cesar-faria/o-supremo-privilegio-de-errar-por-ultimo>>. Acesso em 16 abr. de 2021.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GIUBERTI, Vander Santos. Contempt of Court: o que é e o que não é no novo sistema processual brasileiro. **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional**. Vitória, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19848>>. Acesso em: 17 jun. de 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional e democrático de direito e o devido processo criminal**. In: DIDIER JR, Fredie (Cord.); JORDÃO, Eduardo Ferreira (Cord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador, Jus Podivm, 2017.

GOMES, Wilson. **Internet e participação política em sociedades democráticas**. Disponível em: <<http://www.gepicc.ufba.br>>. Acesso: 02 de mai. de 2021.

HAMILTON, Sérgio Demoro. A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-naciona5.html>. Acesso em: 05 abr. de 2021.

HOMERO. **Ilíada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

JAEGER, Werner. **PAIDEIA: A formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório. **Revista Civitas**. Porto Alegre, vol. 10, nº 2, mai./ago. 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: vol. único. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime**: Comentários à Lei Nº 13.964/19 - artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOWESTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. **The American Political Science Review**, vol. 31, nº 3, jun. de 1937. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1948164?origin=JSTOR-pdf&seq=1>>. Acesso em: 20 de abr. de 2021.

LOWESTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, II. **The American Political Science Review**, vol. 31, nº 4, jun. de 1937. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1948103>>. Acesso em: 20 de abri. de 2021.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**: vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1965.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas.

MACHADO, Leonardo Marcondes; BALDAN, Edson Luís. Inquérito supremo e revolta ministerial: inquisitorialidade na investigação criminal. **Conjur**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abri-19/opiniaio-anomia-inquisitorialidade-inquerito-aberto-stf>>. Acesso em: 08 de abr. de 2021;

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTEIRO, Alessandra Pearce de Carvalho. **Democracia militante na atualidade: o banimento dos novos partidos políticos democráticos na Europa**. 131 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2015.

MPF. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 3 maio de 2019.

MPF. **ADPF 572**, Relator: Edson Fachin. Brasília, 20 fevereiro de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PASSOS, Paulo Cezar dos. **Uma visão crítica da iniciativa acusatória**. 167 f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, 2007.

PIMENTEL, Fabiano. **Processo Penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

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

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da. Devido processo (penal) substancial: 25 anos depois da CR/88. **Revista Brasileira de Direito IMED**, vol. 9, nº 1, jan./jun. de 2013.

ROSA, Alexandre Morais da; MOREIRA, Rômulo de Andrade. Antes e depois da (in)validade da investigação de ofício do STF. **Conjur**, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-09/rosa-moreira-invalidade-investigacao-oficio-stf>>. Acesso em: 08 de abr. de 2021.

SANTAELLA, Lúcia. **A pós-verdade é verdadeira ou falsa?** Barueri: Estação das Letras e Cores, 2019.

STRECK, Lenio Luiz et al. Ainda sobre o inquérito judicial e o sistema acusatório. **Conjur**, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-05/opiniao-ainda-inquerito-judicial-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 08 de abr. de 2021;

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo penal**: vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: vol. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WAGRANL, Ulrich. The prohibition to abuse one's human rights: A theory. **Eur Law J.** 25:577–592, 219. Disponível em: <<https://doi.org/10.1111/eulj.12349>>. Acesso em: 28 abri. de 2021.