

# DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DO SISTEMA ACUSATÓRIO

## ORGANIZADORES

Lívia Tinôco  
Luíza Cristina Frischeisen  
Rodrigo Tenório  
Sílvio Amorim Junior  
Vladimir Aras



**MPF**  
Ministério Público Federal



Ministério Público Federal  
2ª Câmara de Coordenação e Revisão  
4ª Câmara de Coordenação e Revisão  
5ª Câmara de Coordenação e Revisão  
7ª Câmara de Coordenação e Revisão

# DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DO SISTEMA ACUSATÓRIO

*Organizadores:*

Lívia Nascimento Tinôco

Luiza Cristina Frischeisen

Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva

Silvio Amorim Junior

Vladimir Barros Aras

Brasília, 2018





Copyright © 2018 Editora ANPR.

Nenhuma parte desse livro poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios empregados, sem a permissão, por escrito, da Editora.

Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

**Editora:** Livia Nascimento Tinôco

**Editora Assistente:** Alana Miranda de Gois

**Comitê Editorial:** Livia Nascimento Tinôco, Luiza Cristina Frischeisen, Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva, Silvio Amorim Junior e Vladimir Barros Aras

**Capa:** Pedro Lino

**Projeto gráfico e diagramação:** Eduardo Franco Dias

**Revisão:** Lilian de Lima Falcão Braga e Rochelle Quito

A849c Associação Nacional dos Procuradores da República

Desafios contemporâneos do sistema acusatório. / Associação Nacional dos Procuradores da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão e 7ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Organizadores: Livia Nascimento Tinôco, Luiza Cristina Frischeisen, Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva, Silvio Amorim Junior e Vladimir Barros Aras. Brasília: ANPR, 2018.

412 p.

ISBN: 978-85-54361-02-0

1. MPF. 2. Sistema Acusatório. 3. Sistema Penal. 4. Criminal. 5. Brasil. I. Livia Nascimento Tinôco (Org.). II. Luiza Cristina Frischeisen (Org.). III. Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva (Org.). IV. Silvio Amorim Junior (Org.). V. Vladimir Barros Aras (Org.). I Título.

CDD: 340

CDU: 347.96

EDITORA ANPR  
[www.anpr.org.br](http://www.anpr.org.br)  
Editora / DF

SAF Sul Quadra 04, Conjunto C,  
Bloco B, sala 113  
Brasília – DF – CEP: 70050-900

Tel: (61) 3961-9025  
[administrativo@anpr.org.br](mailto:administrativo@anpr.org.br)

## **DIRETORIA DA ANPR**

José Robalinho Cavalcanti

*Presidente*

Alan Rogério Mansur Silva

*Diretor de Comunicação Social*

Anamara Osório Silva

*Diretora Financeira*

Celso Roberto da Cunha Lima

*Diretor de Aposentados*

Anderson Lodetti de Oliveira

*Diretor de Assuntos Corporativos*

Vladimir Barros Aras

*Diretor de Assuntos Legislativos*

Caroline Maciel da Costa Lima da Mata

*Diretora-Secretária*

Guilherme Guedes Raposo

*Diretor de Assuntos Institucionais*

Lívia Nascimento Tinôco

*Diretora Cultural*

Paulo Roberto Sampaio Santiago

*Diretor de Eventos*

Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva

*Diretor de Assuntos Jurídicos*

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO**

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen  
*Coordenadora*

José Adonis Callou de Araujo Sa  
*Membro titular*

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho  
*Membro titular*

Márcia Noll Barboza  
*Membro suplente*

Cláudio Dutra Fontella  
*Membro suplente*

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**4ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO**

Nivio de Freitas Silva Filho

*Coordenador*

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

*Membro titular*

Darcy Santana Vitobello

*Membro titular*

Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque

*Membro suplente*

Fatima Aparecida de Souza Borghi

*Membro suplente*

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO**

Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini  
*Coordenadora*

Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho  
*Membro titular*

Hindemburgo Chateubriand Filho  
*Membro titular*

Samantha Chantal Dobrowolski  
*Membro suplente*

Fábio George Cruz da Nobrega  
*Membro suplente*

Uendel Domingues Ugatti  
*Membro suplente*

**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**7ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO**

Domingos Savio Dresch da Silveira  
*Coordenador*

Sandra Veronica Cureau  
*Membro titular*

Marcelo de Figueiredo Freire  
*Membro titular*

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa  
*Membro suplente*

Paulo Thadeu Gomes da Silva  
*Membro suplente*

## APRESENTAÇÃO

O que a estrutura do processo penal de um determinado país nos diz? De que forma a divisão de papéis dos atores do sistema de justiça criminal revela os valores democráticos de uma dada sociedade a respeito das garantias dos acusados? De que modo se revelam as tradições jurídicas inquisitoriais e autoritárias? Quais são as lições da Constituição Federal de 1988 acerca das garantias individuais dos que têm sua conduta levada ao escrutínio do poder estatal? Qual modelo de sistema de justiça criminal é capaz de assegurar ao infrator da lei penal um julgamento justo e imparcial?

Para discutir os avanços dos direitos dos acusados e da atuação criminal do Ministério Público desde a promulgação da Constituição de 1988, bem como as ameaças a enfrentar nesse campo, a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) e o Ministério Público Federal (MPF), por meio de suas 2ª, 4ª, 5ª e 7ª Câmaras, lançam o livro *Desafios contemporâneos do sistema acusatório*, no contexto das comemorações pelos 30 anos da Constituição Federal e dos 45 anos da ANPR.

Por meio da comparação com a experiência de outros países e da análise da praxis jurídica nacional, perpassando desde a postura do STF até o comportamento das investigações que se processam na primeira instância, a publicação traz sugestões para o aprimoramento do sistema acusatório no Brasil.

São alvo da preocupação dos autores as funções das magistraturas judicial e ministerial e os ajustes ainda necessários para garantir, de um lado, a efetividade dos direitos do cidadão que esteja no papel de acusado e, de outro, a atuação esmerada dos principais atores na seara criminal brasileira.

O ano de 2018 tem sido marcado por debates sobre o comporta-

mento do Poder Judiciário na promoção de arquivamentos *ex officio*, a abertura de oportunidade para que órgão não acusador promova acordo de colaboração premiada com acusados e a triangulação de inquéritos originários dos tribunais em caso de autoridades com prerrogativa de foro, entre tantos outros fatos que denunciam a má compreensão do sistema acusatório e um conseqüente *deficit* de concretização dele.

Em meio físico e em formato digital, a publicação ora trazida a público reúne 15 artigos, nos quais se faz ampla análise do sistema acusatório, de seu significado, dos valores que se propõe a defender, das dificuldades para sua plena implementação no Brasil e dos obstáculos que ainda precisam ser superados. O prefácio é assinado pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Rogério Schietti Cruz, Doutor e Mestre em Direito Processual e grande expoente do processo penal brasileiro.

A ANPR e o MPF almejam que a obra promova novas reflexões e inflexões do sistema, de modo a corrigir os rumos de todos aqueles procedimentos que desvirtuam o sistema acusatório e colocam em risco o papel das instituições e as garantias dos acusados.

Lívia Nascimento Tinôco

Luiza Cristina Frischeisen

Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva

Silvio Amorim Junior

Vladimir Barros Aras

## SUMÁRIO

- 13 Prefácio | *Rogério Schietti*
- 20 Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina | *Leonel González Postigo*
- 48 Os desafios do sistema acusatório no Brasil e o princípio da oportunidade da ação penal na América Latina a partir de 1990 | *André Luis Alves de Melo*
- 75 Princípio acusatório e alguns reflexos de sua aplicação | *Rafael Ribeiro Rayol*
- 110 A imediação na avaliação da prova no processo penal e o papel dos tribunais | *Antonio Henrique Graciano Suxberger e Dermeval Farias Gomes Filho*
- 133 Para sair da conjuntura: uma agenda de pesquisa sobre a distinção entre sistema acusatório e inquisitório | *Angelo Augusto Costa*
- 165 O tempo do Supremo Tribunal Federal e a hora do sistema acusatório | *Vladimir Barros Aras*
- 208 O Supremo Tribunal Federal e seu próprio “sistema inquisitório” na contramão mundial | *Monique Cheker de Sousa*
- 229 Autorização judicial prévia para instauração de inquéritos por crimes eleitorais: uma análise sob a perspectiva do sistema acusatório | *Lívia Nascimento Tinôco*

- 247** O sistema acusatório na investigação criminal e o foro especial do Supremo Tribunal Federal: um simples ajuste procedimental no Regimento Interno reduziria o tempo de investigação | *Danilo Pinheiro Dias e Vladimir Barros Aras*
- 258** O contemporâneo sistema acusatório e a velha sobreposição de funções | *Túlio Fávaro Beggiato*
- 291** O sistema acusatório já positivado no Brasil e os entraves à sua efetivação | *André Estima de Souza Leite*
- 327** O manejo de hipóteses investigativas no sistema acusatório brasileiro contemporâneo | *Gustavo Torres Soares*
- 352** Inquérito policial e arquivamento de ofício: o Supremo Tribunal Federal e o direito penal seletivo | *Elton Luiz Bueno Candido*
- 384** O Ministério Público Federal e a condução do inquérito policial | *Patrícia Muxfeldt*
- 398** Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação? | *Paulo Queiroz*

## PREFÁCIO

Quando se pretende saber de que forma um determinado país estrutura seu processo penal, a primeira indagação que vem à mente é: quais são os papéis conferidos aos sujeitos processuais da persecução penal, sobretudo o juiz e o titular da ação penal?

O Brasil, desde sempre e mesmo após a sua independência política, da qual resultou produção legislativa distinta da que regia Portugal, permeou-se por um maior ou menor inquisitorialismo em sua estrutura de processo penal. Como exemplo, mencione-se, ainda no Primeiro Reinado, o processo de seleção dos Chefes de Polícia<sup>1</sup>, a sobreposição e confusão das funções judiciais e policiais<sup>2</sup> e a curiosa – mas não sem significado – nomenclatura dos órgãos de acusação<sup>3</sup>.

Esses séculos de tradição inquisitorial, autoritária, ainda se fazem sentir não apenas na codificação vigente, a qual, posto que em idade para aposentadoria compulsória, sobrevive por conta de

---

1 Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841: “Art. 2º Os Chefes de Polícia serão escolhidos **d’entre os Desembargadores e Juizes de Direito** (...)”

2 Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842: “Art. 58. **Aos Chefes de Polícia** na Corte e em toda a Província, a quem pertencerem, **competem** as seguintes atribuições policiais: (...) § 6º **Julgar as contravenções às Posturas das Câmaras Municipais, e os crimes**, a que não esteja imposta pena maior que (...) prisão, degredo ou desterro até seis meses (...)”; “Art. 64. Aos **Juizes Municipais, como Autoridades policiais**, competem as mesmas atribuições que pertencem aos Delegados (...)”

3 Decreto n. 1.723, de 16 de fevereiro de 1856: “Aos **Desembargadores Promotores de Justiça** nos Tribunais da Relação se dará d’ora em diante vista de todas as apelações crimes, para arazoarem e requererem o que for, em segunda instância, a bem da justiça (...)”

sucessivas reformas legislativas, inegavelmente importantes para modernizar o Código, mas ainda insuficientes para apagar seus resquícios inquisitoriais.

A despeito disso, nosso maior problema, creio, não reside tanto na legislação processual penal, mas no caldo cultural que forjou profissionais do Direito ainda apegados a uma visão de mundo vencida pela nova ordem constitucional pós-1988.

Como se diz no jargão popular, ainda há muitos que interpretam a Constituição de acordo com as leis, e não o contrário, olvidando-se da elementar regra do operador jurídico moderno – máxime o juiz e o membro do Ministério Público (*custos iuris*, na sua essência) –, que é a de exercer um controle permanente sobre a correspondência não apenas formal como também material da norma a aplicar com a Constituição da República.

Sob essa perspectiva, podem-se assinalar algumas características comuns nos ordenamentos processuais penais de feição acusatória.

De início, para que se possa garantir a **imparcialidade do juiz**, dando-se a ele condições de julgar a causa sem ideias preconcebidas ou juízos pré-formados, e sem que acumule funções que não lhe são próprias, é mister que haja uma nítida **divisão de papéis** entre os personagens principais do processo.

É preciso, portanto, **que exista um órgão responsável pela acusação** e promoção da ação penal, se possível integrante do próprio Estado – uma vez adotada a obrigatoriedade e a oficialidade da ação penal – e preferencialmente integrante **de carreira distinta em relação à magistratura**, e que esse órgão seja cercado de poderes e garantias que lhe permitam exercer a ação penal de forma independente e sob critérios de legalidade e objetividade.

Outrossim, a **ação penal** há de ser exercitada apenas por quem possua legitimidade ativa, **vedada qualquer iniciativa judicial** nesse sentido, visto que, sendo inerte, a jurisdição demanda provocação

por quem detenha a titularidade do poder de exercer o *ius persequendi in iudicium*. Essa é uma regra que traz em si a ideia de que a jurisdição penal, conquanto necessária para a concretização do direito penal – *nulla poena sine iudicium* –, não pode ser acionada de ofício pelo magistrado – *ne procedat iudex ex officio*.

Exige-se, a seu turno, **que o juiz se mantenha em posição imparcial durante toda a persecução penal**, em razão de lhe serem vedadas as iniciativas investigativas típicas da Polícia Judiciária ou do órgão acusador. Essa exigência do modelo acusatório, todavia, não significa – sei que o tema é muito controverso, mas não me eximo de externar o que penso a respeito – que o juiz deva permanecer inerte diante da dúvida cognitiva não estancada ao final do processo pela atividade probatória das partes, o que lhe autoriza, em caráter absolutamente secundário e suplementar, valer-se de seus poderes instrutórios, os quais estão presentes, enfatize-se, em praticamente todos os ordenamentos processuais modernos, inclusive os que claramente assumiram viés acusatório. Apenas para exemplificar, confirmam-se os códigos de Portugal (art. 340, 1 e 2), da Itália (arts. 190.2, 70, 195, 224, 237, 507, 508, 511 e 602) e da Alemanha (§§ 214 [4] e 244 [1]).

Em complementação a essa separação das funções inerentes aos protagonistas da persecução penal, há de existir uma **defesa técnica** que possibilite ao acusado manter-se permanentemente em **situação de igualdade processual com o Ministério Público**, de forma que ambos – acusação e defesa – desfrutem das mesmas oportunidades para influírem na formação do convencimento judicial.

Ainda como característica do modelo acusatório, é natural existir **uma fase pré-processual** em que o órgão titular da ação penal, por si mesmo ou com o auxílio da Polícia Judiciária, recolhe **elementos mínimos de convicção** que lhe permitam dar início ao processo. Em face dos conhecidos efeitos acarretados pela simples

instauração de uma ação penal sobre o *status dignitatis* de qualquer pessoa, todos os ordenamentos dos países contemporâneos preveem uma atividade de natureza administrativa (ou mesmo judicial, como ocorre no modelo misto), anterior ao processo criminal, na qual se busca colher evidências quanto à existência do crime e sua autoria. Com isso, evita-se a instauração precipitada de uma ação penal e protege-se o suposto autor do ilícito penal contra os efeitos deletérios de um processo penal, o qual somente poderá, então, ser instaurado ante a presença de um **substrato probatório mínimo de autoria e materialidade**, a conferir **plausibilidade à ação penal**.

Daí por que se prevê, também, um **juízo de admissibilidade** da acusação, realizado preferencialmente por órgão jurisdicional distinto daquele que julgará a causa, preservando-se este da possível vinculação psíquica ao material de que tomou conhecimento para emitir a decisão de recebimento da peça acusatória ou para decretar medida de natureza cautelar pessoal, como a que decreta a prisão preventiva do investigado.

Uma vez que essa fase pré-processual, de cunho investigatório, não objetiva colher provas para a condenação, mas apenas permitir a formação da *opinio delicti* pelo órgão acusador e dar lastro à acusação, o modelo acusatório ideal **não autoriza conferir aos elementos informativos colhidos inquisitorialmente durante a investigação o caráter de verdadeiras provas**, idôneas a fundamentar um juízo positivo de condenação. Abre-se apenas uma exceção a essa regra, quando, via contraditório diferido, a prova de natureza cautelar e irrepetível colhida na fase investigatória (de que são exemplos algumas perícias) poderá servir de apoio ao convencimento judicial, desde que, dada a natureza urgente da prova, se conclua que não seria possível aguardar, sem prejuízo de sua conservação, a futura instauração do processo criminal.

Assinale-se que essas características de um processo penal

estruturado sob base acusatória podem sofrer pequenas variações de acordo com o ordenamento processual penal de cada país, sendo de observar, a propósito, uma **crescente aproximação entre os modelos misto e acusatório** (visto que não se cogita mais da existência de processo inquisitivo puro), de modo a diminuir suas diferenças, rumo à construção de um modelo mundial de persecução penal, o que, aliás, viria ao encontro da globalização do direito.

Sem embargo, quando se postula a adoção, no Brasil, de um sistema de cariz cada vez mais acusatório, impõe que não se desprezem nossas especificidades (grandeza do território) e tradições (mais próximas ao direito romano-germânico), as deficiências estruturais do Estado brasileiro (número reduzido de juízes, escassos investimentos no sistema de justiça criminal), o elevado grau de violência e o excesso de litigiosidade de nosso povo.

Também me parece acertado o alerta de que, seja qual for o sistema propugnado como modelo para nosso país, não se pode abrir mão de:

1. uma Magistratura independente e protegida contra reações abusivas de setores hegemônicos, de segmentos midiáticos irresponsáveis e de injunções irracionais da população;
2. uma condução dos processos criminais sempre apoiada na Constituição e nas leis, com a compreensão dos limites e dos objetivos da atuação de cada um dos sujeitos processuais, sem sobreposição de funções;
3. um processo criminal legitimado pela observância do devido processo legal (substantivo e procedimental), no qual as decisões judiciais sejam suficientemente motivadas, as partes sejam tratadas em igualdade de condições (formais e materiais) e a construção das decisões seja fruto do contraditório das partes, em espírito cooperativo e participativo.

Quanto ao Ministério Público, augura-se que seja:

1. uma instituição também independente e forte, dotada de instrumentos jurídicos capazes de lhe permitir o escorreito e desimpedido exercício de seu papel principal de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;
2. um Ministério Público ciente de que sua atuação catalisa mudanças sociais e culturais, cujo ritmo não pode ser tão abrupto a ponto de comprometer a ordem jurídica de que é defensor e muito menos tão vagaroso a ponto de fortalecer os espíritos inertes e resistentes;
3. um órgão estatal que concilie a titularidade da ação penal com a sua inerente função de *custos iuris*, o que há de fazer mediante atuação movida por critérios de objetividade e compromissada com a verdade e a justiça de sua atuação.

Anseia-se, enfim, por um sistema de justiça criminal moderno e sensível à necessidade de manter o permanente equilíbrio entre, de um lado, os justos reclamos da sociedade por um grau maior de eficiência do aparato punitivo, com a diminuição do nível de morosidade dos processos e de impunidade dos autores de condutas criminosas; e, de outro, a não menos cara aspiração de que a atividade repressora do Estado jamais se afaste das conquistas civilizatórias que qualificam e condicionam tal agir como formal e substancialmente legítimo.

Daí a importância desta excepcional coletânea de ensaios jurídicos, não apenas pelo tema que perpassa, mediante diversificados desdobramentos, todos os respectivos textos, mas também pela notável qualidade técnica e capacidade intelectual dos membros do Ministério Público brasileiro que oferecem, com suas reflexões,

subsídios sólidos para a construção de um sistema cada vez mais afinado aos modernos postulados de um processo penal compatível com nosso estágio civilizatório.

Senti-me honrado ao ser convidado para fazer o prefácio desta magnífica obra científica, porque isso me coloca ao lado de grandes pensadores do Processo Penal pátrio, com os quais me associo nas mesmas angústias e preocupações que nutrem todos aqueles que não se acomodam no conforto de seus gabinetes, mas se desdobram em esforços que implicam sacrifícios pessoais e familiares para oferecer seus pensamentos à crítica sadia e construtiva sobre tema de tamanho relevo.

Estou certo de que esta obra coletiva será um marco fundamental para o amadurecimento das instituições que compõem o sistema de justiça criminal brasileiro.

Brasília, DF, primavera de 2018.

**Rogério Schietti**

Doutor e Mestre em Direito Processual (USP)

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

# **BASES DA REFORMA PROCESSUAL PENAL NO BRASIL: LIÇÕES A PARTIR DA EXPERIÊNCIA NA AMÉRICA LATINA**

*Leonel González Postigo\**

## **1. APRESENTAÇÃO: A CAMINHO DE UMA NOVA ESCOLA BRASILEIRA DE PENSAMENTO**

Discutir e desenhar um processo de reforma da justiça penal implica a mobilização de grandes esforços em diferentes níveis. Supõe a construção de uma política pública que integre disposições de governos, universidades, instituições diversas e de toda a sociedade. Por isso, a primeira ação desse caminho deve ser dimensionar que estamos em face de uma área muito complexa, que une interesses, resistências e reações naturais às mudanças.

A América Latina tem sido protagonista de múltiplos processos nos últimos 25 anos, nos quais se advertiu que a passagem de um sistema processual escrito para um oral é um processo gradativo e oscilante. Entre muitas lições, essa experiência acumulada nos demonstra que tem havido forte desconexão entre os setores acadêmicos e o andamento das reformas. Em alguns países, como

---

\* Coordenador da Área de Capacitação do Centro de Estudios de Justicia de las Américas (Ceja). E-mail: <[leonel.gonzalez@cejamericas.org](mailto:leonel.gonzalez@cejamericas.org)>.

o Chile, as reformas conseguiram se consolidar com maior legitimidade e volume porque a academia teve função central, dando suporte a mudanças legislativas e institucionais.

Por isso, uma das aprendizagens mais importantes das últimas décadas foi a necessidade de refundar e motorizar escolas de pensamento para alimentar e vertebrar o processo de construção, acompanhamento e fortalecimento dos processos locais de reforma da justiça penal.

No Brasil, o Código de Processo Penal (CPP) vigente completou 75 anos de existência, e sua matriz inquisitiva escrita tem se enquistado com muita profundidade na prática acadêmica e judicial. Sua origem e consolidação enraíza-se na lógica dos códigos italianos da década de 1930, que, embora tivessem uma boa técnica legislativa, respondiam a um paradigma judicial autoritário. Esses códigos inspiraram a redação da normativa e o desenvolvimento de movimentos acadêmicos no Brasil. Por isso, atualmente, é necessário repensar a função da academia. A reforma da justiça penal precisa de um movimento acadêmico que se nutra de sua história, mas também contribua com novas ideias e reflexões condizentes com as necessidades atuais da sociedade.

O objetivo deste artigo é contribuir com o debate através da experiência na região nos últimos anos; por um lado, descrevendo as fases do desenvolvimento da reforma processual penal na América Latina nos últimos 25 anos; por outro, esboçando um conjunto de bases da reforma no Brasil que sirvam como início para o debate e a reflexão coletiva.

## 2. ETAPAS DA REFORMA PROCESSUAL PENAL NA AMÉRICA LATINA<sup>1</sup>

Historicamente, a tradição jurídica predominante nos países da América Latina é enraizada em um esquema de política criminal de viés inquisitivo. Esse modelo de ajuizamento estabeleceu processos escritos e secretos pouco diferenciados das antigas leis coloniais que permitiram a concentração de poder nas monarquias absolutas. Embora esse paradigma tenha se estendido durante séculos em outros países, o certo é que os sistemas de justiça penal da região iniciaram um processo complexo de mudanças nos últimos trinta anos.

Da análise transversal desses processos, podemos concluir que foram forçados com o objetivo de abandonar as práticas inquisitoriais dominantes e instalar bases republicanas na forma de administrar a justiça na ordem penal. A oralidade, como metodologia para adotar decisões judiciais, constituiu um meio de se romper com a fechada tradição inquisitiva.

Nesse sentido, é possível afirmar que a reforma processual penal na América Latina se instalou sobre aspirações e interesses comuns, com base na introdução de um conjunto de valores democráticos ao sistema de justiça. Um dos principais objetivos tem residido na intenção de dotar com firmeza as instituições judiciais nos contextos políticos de extrema fragilidade pelos quais tiveram que passar após a quebra da ordem constitucional. Ao mesmo tempo, de concreto,

---

1 Este capítulo foi escrito pelo autor para o relatório *Avaliação da implementação do Sistema Penal Acusatório no Panamá (para o Ministério Público e o Órgão Judicial no Segundo e Quarto Distrito Judicial e pré-avaliação no Terceiro Distrito Judicial)*, UNODC-Ceja, 2015, disponível em: <[www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

tem-se tentado aumentar a eficácia dos órgãos de persecução, bem como resguardar as garantias individuais e promover o respeito pelos direitos fundamentais.

Contudo, essa corrente não tem sido homogênea. O processo de reforma na América Latina tem avançado com diferentes graus de profundidade em cada um dos países. Assim, é possível identificar diversos níveis ou dimensões dos processos de transformação, a serem agrupados em três momentos históricos: o primeiro caracterizado pela transição democrática; o segundo, pela consolidação do sistema e aparecimento de novas demandas; e o terceiro, pelo estado atual de reforma na América Latina. A seguir, abordaremos, em breves linhas, os principais eixos de cada etapa.

## **2.1 TRANSIÇÃO PARA A DEMOCRACIA**

Pode-se afirmar que os primeiros impulsos por reformar a justiça penal na América Latina ocorreram em um contexto de maior complexidade: o abandono de longos regimes autoritários seguido pela recuperação e pelo redesenho institucional do sistema democrático. Essa situação foi gerida com força em meados dos anos 1980, quando países como Argentina, Chile, Bolívia, Paraguai, Peru, Equador, Nicarágua, Guatemala e Panamá, entre outros, começaram a deixar para trás, em sua história política, um extenso período de ditaduras militares.

Tal processo impôs um conjunto de novos desafios para os diversos países da região. Entre eles, o problema da administração de justiça surgiu como um aspecto crítico. Em grande medida, isso ocorreu porque um Estado de Direito requeria que todas as instituições públicas reorientassem seus objetivos para a consolidação dos novos sistemas de governo que estavam se instalando.

Foi dessa maneira que os programas de reformas judiciais começaram a ocupar espaço preponderante nos planos de trabalho dos novos governos democráticos<sup>2</sup>. Em muitos casos, os questionamentos ao sistema obedeceram à necessidade de instrumentar mecanismos para a proteção dos direitos humanos após uma época caracterizada por sua violação sistemática.

As mudanças nos sistemas processuais foram caracterizadas por um conjunto de elementos ou demandas iniciais. Dentre elas, podemos destacar duas ideias surgidas de maneira quase uniforme nos países que reformaram a justiça, a saber:

- Os processos judiciais tradicionais caracterizaram-se por serem fundamentados de modo escrito e secreto através de expedientes ou pastas que continham todos os registros dos atos realizados durante o procedimento. Os novos sistemas de ajuizamento deixaram para trás essa forma de administrar a justiça e estabeleceram um sistema de audiências orais. Nele, todas as decisões jurisdicionais são feitas nas salas de audiências, às quais o público interessado tem acesso sem limitação formal. Tais salas, no novo paradigma, se transformaram no local de trabalho dos juízes, os quais passaram a exercer função completamente diferente da tradicional. Nessa primeira etapa, a oralidade foi introduzida somente na fase de julgamento, por ser necessária à transparência das decisões tomadas no momento mais importante do processo.
- Sobre esse último ponto, no sistema inquisitorial, a figura do juiz era associada a duas tarefas centrais: de um lado, ele exercia a investigação dos casos; de outro, fazia o controle das

---

2 Uma explicação detalhada do fenômeno da reforma processual penal na América Latina e dos atores envolvidos pode ser encontrada em Langer (s.d.).

garantias processuais e constitucionais dessa atividade realizada por ele mesmo. Ou seja, os juízes concentravam as funções de investigação e decisão. Esse formato, tão caro para o princípio de imparcialidade e a eficácia dos sistemas de persecução, foi substituído por um modo diferente de organizar a investigação preliminar: a tarefa de investigação foi designada ao Ministério Público, juntamente com a função de desenhar a política de persecução penal. Dessa forma, reservou-se ao juiz apenas a função de tomar decisões jurisdicionais.

Como se pode observar, foram duas as chaves dessa primeira fase de reformas: a substituição da escrita pela oralidade; e a divisão das funções persecutórias das decisórias. Nesse primeiro período, podemos mencionar as reformas ocorridas no sistema federal da Argentina (1991), da Guatemala (1992), da Costa Rica (1996), de El Salvador (1996), da Venezuela (1998), do Paraguai (1998), da Bolívia (1999) e de Honduras (1999). Sem prejuízo de tal classificação, é bom reiterar que essas agrupações não são rígidas em absoluto, já que todas as mudanças foram acontecendo ao mesmo tempo, sem ordem lógica.

## **2.2 CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA E APARECIMENTO DE NOVAS DEMANDAS**

No segundo momento dos processos de reforma latino-americanos, começaram a ocorrer novas discussões sobre os sistemas de justiça penal. Assim, de certa forma, já não havia dúvidas quanto à necessidade de os conflitos serem dirimidos no contexto de audiências orais e públicas e os juízes serem imparciais em todas as instâncias do processo. Poderíamos determinar que o período histórico referente a essa etapa teve início nas primeiras décadas do

século XXI. As novas demandas foram vinculadas principalmente com três eixos centrais:

- Com a introdução dos primeiros sistemas reformados, a necessidade de se implementarem reformas ganhou força em toda a América Latina. Esse movimento acabou por revelar a complexidade implicada na substituição de todo um modelo de institucionalidade tradicional arraigado por muitos séculos em suas vertentes processual e cultural. Além disso, demonstrou a necessidade de tais reformas serem planejadas e pensadas com antecedência. Essa ideia é definida claramente por Binder (2012, p. 145):

(...) quando pensamos na implementação, geralmente pensamos em algo novo que deve ser construído a partir de suas bases e não prestamos suficiente atenção para o que deve ser destruído ou deixado para trás. Um dos erros que cometemos nos processos de implementação foi acreditar que tentávamos estabelecer novas instituições e novas formas de atuação em uma tábua rasa.

- Esse aspecto surgiu, então, como o primeiro fator a se apresentar na segunda etapa, após as experiências vividas pelos países na década de 1990, quando se primou pela sanção legal de novos códigos sem que fossem previstos processos de iniciação em implementação e acompanhamento.
- Uma tradição reiterada nos sistemas judiciais foi o pouco interesse em produzir transformações significativas nos modelos de gestão. As reformas substanciais foram desenhadas isoladamente. Desse modo, ainda que tivessem sido instaladas, não alcançaram os objetivos previamente estipulados. Foi assim, então, que, nesse segundo momento da reforma, começou a ser advertida com

clareza a dimensão política central da gestão judicial. Com o estabelecimento de um sistema por audiências, percebeu-se que a gestão deveria se adequar a esse novo formato de trabalho. Começou a ser defendida a ideia de se abandonar a função histórica de apoio ao expediente para se adotar uma nova função, ligada à necessidade de realizar audiências orais de forma efetiva.

- Firmada a noção da oralidade como método de trabalho nos julgamentos, percebeu-se que uma etapa de investigação fundamentada por escrito acabava por condicionar o julgamento oral. Isso ocorria porque as decisões centrais sobre a situação do acusado eram tomadas antes do julgamento, que se tornava mera reprodução do que autuado previamente. Diante disso, um terceiro eixo de mudanças resultou da instalação de audiências orais na fase investigativa: a formulação de imputação, a discussão de medidas cautelares e o controle do mérito da acusação formulada pelo promotor.

Essas três correntes podem ser identificadas em diversos países como uma base uniforme de discussões instaladas após as primeiras experiências na região.

O caso chileno, por exemplo, demonstra a centralidade resultante dos planos de implementação para o sucesso da reforma. Foi estipulado que o novo sistema nascesse com carga zero (ou seja, que o sistema antigo processasse os casos tramitados até aquele momento e o novo gerisse os que ingressassem a partir dali), com um critério de andamento gradativo em nível territorial (a entrada em vigência foi realizada de maneira progressiva nas cinco regiões do país) e em um extenso processo de cinco anos, durante o qual foram sendo dispostas todas as necessidades orçamentárias, de infraestrutura e recursos humanos, de capacitação e desenho para a entrada em vigor do novo sistema penal. Por sua vez, a partir

da reforma constitucional de 2008, no México (que dispôs que o sistema federal e todos os estaduais deveriam adequar suas legislações processuais penais a um sistema acusatório), formou-se uma estrutura especial para os temas relacionados com a implementação: o Conselho de Coordenação para a Implementação do Sistema de Justiça Penal, cujas ações foram feitas através da Secretaria Técnica, que prestou colaboração aos estados para avançarem em suas reformas legais, bem como em tudo aquilo necessário para a implementação do sistema.

Também é possível destacar experiências de inovação em matéria de gestão judicial. A Costa Rica, a partir de 1996, foi um dos países pioneiros nesse tema, ao promover o chamado “megadespacho”. Seu funcionamento estava fundamentado em três princípios básicos: a separação entre funções administrativas e jurisdicionais, a centralização dos serviços comuns e a informatização do expediente. Por sua vez, o Chile também apresentou uma mudança integral nessa matéria. Ali, os tribunais de garantias e os tribunais de julgamento introduziram modernos conceitos de administração a partir do novo sistema, tendo sido criadas unidades administrativas especializadas a cargo de um funcionário administrador. Na Guatemala, durante 2005, Quetzaltenango iniciou um processo de mudança para organizar o despacho judicial e de tomada de decisões na fase preparatória e intermediária do processo penal. Assim, sobre essa experiência, a Suprema Corte de Justiça decidiu aprovar, em junho de 2016, um Regulamento Geral para Tribunais Penais, como forma de impulsionar a réplica do processo em todo o território nacional.

Em resumo, poderíamos afirmar que os países que entraram no segundo grupo são Chile (2000), Equador (2000), Nicarágua (2001), República Dominicana (2002), Colômbia (2004), Peru (2004), Panamá (2008) e México com o último Código Nacional de Procedimentos Penais (2014).

### 2.3 A SITUAÇÃO NA ATUALIDADE: OS DESAFIOS DA JUSTIÇA PENAL NA REGIÃO

Nesta última sessão, abordaremos alguns desafios enfrentados hoje pelos sistemas judiciais da América Latina e que poderíamos incluir em uma agenda comum, além de alguns avanços isolados passíveis de ocorrer. Cabe assinalar que isso não implica que os eixos apontados anteriormente já tenham sido superados, mas apenas que novas demandas surgem e exigem adaptações nos processos acusatórios.

O primeiro problema a surgir no centro dos sistemas de justiça atualmente se refere ao modo como e aos instrumentos com os quais o Ministério Público deve organizar sua política de persecução penal. Adverte-se que, embora as promotorias tenham conseguido assumir em grande medida sua função no processo penal e reestruturar sua engenharia interna para aumentar a eficácia da instituição, ainda padecem de uma visão estratégica para definir em quais delitos concentrarão seus esforços de persecução ou sobre qual segmento criminoso em particular pretendem gerar impacto (e, em consequência, destinar os recursos humanos, orçamentários e materiais). A isso acrescenta-se o uso precário de dados estatísticos, que em muitos casos até são produzidos de forma adequada, mas não chegam a ser analisados de modo a auxiliarem no desenho ou planejamento de uma política criminal<sup>3</sup>.

Um segundo desafio se relaciona com a constituição dos sistemas de controle das medidas de caráter alternativo à prisão, sejam

---

3 Com relação a esse aspecto, o Ceja documentou recentemente a experiência do Ministério Público da Guatemala. Um dos eixos de trabalho foi a persecução penal estratégica, o que significa uma reorientação geral dos recursos da promotoria para esse novo paradigma. Para mais detalhes, ver Garavano, Fandiño e González Postigo (2014).

medidas cautelares pessoais, regras de condutas nas suspensões condicionais do processo, ou penas não privativas de liberdade. Atualmente, esses sistemas não dispõem de estrutura específica, apenas consistem em uma declaração normativa sem tradução prática. De fato, essa falta de controles gera duas reações: por um lado, deslegitimação geral do sistema judiciário; por outro, deslegitimação dessas fórmulas em si mesmas. Assim, impôs-se como desafio que os sistemas judiciais começassem em primeiro lugar a reconhecer esse enorme *deficit* em seu funcionamento e logo instrumentassem as estruturas ou os dispositivos que absorvem a função de controle<sup>4</sup>.

Em terceiro lugar, poderíamos afirmar que, embora a oralidade tenha surgido como método de trabalho nas instâncias preparatórias, como a audiência oral, isso tem ocorrido de igual forma na fase recursiva. Por sua vez, nessa etapa do processo tampouco foram repensados os modelos de gestão, como ocorreu nos tribunais de garantias ou nos tribunais de julgamento oral. Sendo assim, em grande parte dos sistemas reformados, há demanda por um remodelamento dos meios de impugnação, para que sejam compatíveis com os padrões do devido processo (em particular, a oralidade do julgamento). Além disso, permite-se que o acusado conte com uma via impugnativa que se transforme em uma garantia para a revisão da decisão judicial<sup>5</sup>.

---

4 Até o momento, foram observadas experiências isoladas nessa matéria. Existem diferentes sistemas de serviços de antecedência ao julgamento (ou Escritórios de Medidas Alternativas e Substitutivas). Embora tenham conseguido ser instalados, não estão previstos modelos de acompanhamento. Regem em vários estados do México, Porto Rico, Equador e nas províncias de Entre Rios e Santiago del Estero (Argentina). Além disso, houve discussões em diversos países, como Chile, Bolívia e Peru.

5 A experiência do Chile tem sido muito importante sobre a dissociação existente entre as reformas ocorridas nos tribunais de garantias e nos de juízo oral e

Um quarto aspecto está ligado à participação da cidadania no processo penal. Sobre esse ponto, em particular, referimo-nos ao sistema de julgamento por júris como o mecanismo por excelência para exercer a democratização dos sistemas de justiça penal, que em muitos países ainda se apresenta de forma distante para a comunidade. Constatamos que grande número de textos constitucionais da América Latina regula esse instituto, mas não de forma legal que de fato permita sua concretização definitiva. A respeito, consideramos que um aspecto pendente desde o ponto de vista do Poder Judicial reside em permitir a participação da sociedade na tomada de decisões, o que consiste no cumprimento de mandamentos constitucionais que têm sido historicamente relegados e inobservados.

Por último, mas não menos importante, consideramos que as agendas de trabalho dos programas de reforma na região devem incluir um componente de monitoramento e acompanhamento das reformas processuais penais. Em poucos casos observamos a existência de instâncias dedicadas exclusivamente a essa função e realmente capazes de promover mudanças no andamento dos processos de implementação. Consideramos que o êxito das transformações resulta, em grande parte, do exercício de fortes controles orientados a evitar que as velhas práticas do sistema se imponham sobre as novas. Um funcionamento adequado do sistema requererá a existência de supervisão permanente desde o início das alterações, baseada em dados ou estatísticas de alta qualidade que mostrem o estado da justiça penal.

---

aquelas que ocorreram nas Cortes de apelação. Uma explicação detalhada pode ser encontrada em Gonzalez Postigo (2014).

### 3. EIXOS CENTRAIS DA REFORMA À JUSTIÇA PENAL NO BRASIL

Este capítulo tem como finalidade a construção de um marco analítico e prático para o desenho e implementação de um sistema acusatório no Brasil. Para tanto, nutre-se e beneficia-se das experiências ocorridas na região, tanto em relação a seus sucessos quanto a seus fracassos.

#### 3.1 ORALIDADE E PROCESSO POR AUDIÊNCIAS

A audiência oral é o centro do processo adversarial. Do ponto de vista da história, os primeiros avanços da reforma latino-americana foram dados pela introdução da oralidade na etapa de julgamento, como um mecanismo para dar transparência às decisões ali tomadas. Em uma perspectiva técnica, Binder (2012) sustenta que a oralidade é um elo fundamental do sistema de garantias, entendido como o conjunto de princípios cuja finalidade é proteger todo cidadão dos abusos de poder. Esse sistema foi construído na base de três dimensões integradas funcionalmente: os requisitos de verificabilidade (tudo aquilo a que é necessário atribuir valor de verdade, através das garantias de primeira ordem – princípios de legalidade, culpabilidade, lesividade e proporcionalidade – e segunda ordem – derivadas da análise produzida pela Teoria do Delito); as condições de verificação (exigências acerca do modo de verificação, através dos princípios de imparcialidade, o direito de contradizer a acusação e a publicidade, que constituem a forma do julgamento prévio); e as regras de comprovação (usualmente chamadas “regras de prova”). Por isso, Binder (2012) afirma que, “quando falamos de ‘oralidade’, na verdade o que dizemos é que todo cidadão tem direito de que não lhe seja imposta uma pena sem um julgamento prévio, e

juízo não é qualquer trâmite, mas, sim, a estrutura que sustenta a imparcialidade, contradição e publicidade”<sup>6</sup>.

Também poderíamos afirmar que a oralidade é uma metodologia que (a) reúne todos os atores envolvidos no caso, (b) permite a produção de informação, (c) admite o controle da contraparte, (d) gera informação de alta qualidade e, com efeito, (e) possibilita tomar decisões de alta qualidade. A intensidade de apresentação desses cinco elementos será determinante para se analisar a qualidade do litígio oral em uma audiência oral. A experiência da região nos mostra uma tendência recorrente a converter a oralidade em verbalização, através de práticas que eram totalmente contrárias ao modelo acusatório. De fato, foi possível constatar que formalmente era realizada uma audiência, mas os elementos descritos eram afetados. Por isso, o grande desafio de todas as reformas processuais é instalar sistemas de audiências capazes de evitar práticas que menosprezam o escopo e o sentido da oralidade. Entre as manifestações reativas à oralidade, o Ceja tem evidenciado que, nos processos de reforma, persistiu uma função muito ativa dos juízes na produção de informação durante a audiência, a suspensão de audiências sem causa justificada, a escassa preparação das partes e a incorporação de prova por leitura, entre outros exemplos<sup>7</sup>. Por isso, Binder (2012, p. 180) afirma:

(...) quando falamos de “oralidade”, não estamos falando simplesmente da atuação de funções cênicas de um espaço mais ou menos

---

6 Uma explicação detalhada da garantia do fato e o sistema de garantias pode ser encontrada em Binder (2012) e Ferrajoli (1995).

7 Relatório comparativo: Projeto de seguimento dos processos de reforma judicial na América Latina (agosto de 2003). Disponível em: <[www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

majestoso. Tenta-se passar de um modelo de administração de justiça baseado no trâmite, na petição (que é o modelo das petições administrativas), para uma administração de justiça baseada no litígio.

A oralidade, ao mesmo tempo, constitui um modelo de trabalho que torna a sala de audiências – em vez do gabinete privado – o espaço natural para o trabalho dos juízes e das partes. Por isso, costumamos afirmar que a dinâmica de litigação dos casos se reorienta até a sala de audiências como cenário no qual serão feitas as petições, apresentada a informação de respaldo e tomada a decisão jurisdicional pelo juiz, com base na informação que lhe seja entregue.

### **3.2 SALVAR O JUIZ DA DEGRADAÇÃO FUNCIONAL E DA SUBORDINAÇÃO À LEI**

Carnelutti (1964) dizia que é preferível contar com bons juízes e leis ruins do que com juízes ruins e boas leis. Nessa frase da escola italiana do direito processual, subjaz visão muito profunda sobre a função que o juiz deve cumprir em um sistema democrático.

Se nos últimos anos os juízes têm recebido função cada vez mais protagonista no processo penal, cabe o questionamento: esse protagonismo é consistente com a razão de ser do juiz? Em nossa opinião, o perfil do juiz atual se distingue por duas características que, em termos gerais (e permitam-nos generalizar), estão presentes na justiça penal do Brasil.

Por um lado, o sistema escrito inquisitivo se encarregou, com sucesso, de dar ao juiz duas funções que não lhe eram próprias: a de investigar e a de gerir administrativamente o tribunal. É o que denominamos “degradação funcional”. Trata-se de designar ao juiz funções alheias e que ocupem grande parte de seu tempo de trabalho. Se no Brasil o inquérito é feito pela polícia, esse traço

representa uma característica central da maioria dos processos penais regentes no País até muito poucos anos atrás. Isto é, o juiz concentrava três grandes funções: decidia sobre o curso da investigação, controlava a si próprio e, depois, decidia sobre o mérito daquela tarefa. Além disso, cabia-lhe a responsabilidade de gerir os recursos humanos e materiais do tribunal, administrando desde licenças de funcionários até compras de equipamento como folhas ou tinta para as impressoras. Assim, tanto a realização da investigação quanto a gestão administrativa passaram a configurar a arquitetura principal do que denominamos “degradação do juiz desde a parte funcional”.

Por outro lado, esse mesmo juiz tem sido condicionado historicamente desde a regulação legal de certos institutos processuais. Encontramos três grandes exemplos disso: o regime de nulidades, o modelo de valorização da prova e o sistema de recursos. Com o regime de nulidades, os sistemas escritos inquisitivos regularam uma visão unitária através da qual os atos processuais defeituosos tinham somente uma consequência: a declaração de sua nulidade. De fato, muitos códigos processuais penais regulavam exaustivamente que, diante dos defeitos de certo ato, deveria ser presumida sua invalidez e declarada sua nulidade. A partir disso, os juízes passaram a ter margem de ação muito limitada para analisar o tipo de prejuízo que certo ato havia provocado. Outro exemplo é dado pelo modelo de valorização de prova avaliada. Os juízes da audiência deviam dar valor probatório fixo para certa prova mostrada no debate, e seu âmbito de valorização se limitava. Por fim, destaca-se a questão da compreensão dos recursos. O sistema inquisitivo sustentava as impugnações em duas ideias centrais: no registro em atas escritas de todas as decisões realizadas no decorrer do processo judicial e na hierarquia exacerbada dos órgãos integrantes da jurisdição. Esses elementos possibilitavam a configuração das vias impugnativas

como instrumentos de controle da atividade dos juízes inferiores por parte de quem estava nos estratos mais altos da organização judicial, pois a revisão das atuações era efetuada através da leitura do expediente. Essa noção do recurso como instrumento de controle é outro elemento considerado por nós como limitante do exercício jurisdicional dos juízes no processo penal. Todos esses mecanismos são o que denominamos “subordinação a favor da lei”.

Por ambos os motivos, afirmamos a necessidade de o sistema adversarial tomar a decisão de *salvar o juiz da degradação funcional e da subordinação à lei*. Essa tarefa impõe que assumamos com toda a clareza que o espaço natural de trabalho do juiz é a sala de audiências e a metodologia central de seu trabalho é dada na comunicação com as partes e – através dela – na busca da solução do conflito ocasionador da controvérsia entre elas.

Retomando-se a frase de Carnelutti (1964), o debate central sobre o juiz é como dotá-lo de instrumentos para que esteja em condições de identificar o conflito originário e resolvê-lo ou descomprimi-lo. As discussões atuais gravitam em torno das ferramentas oferecidas ao juiz pelo controle de convencionalidade, da função proativa que os juízes devem adotar nas audiências prévias ao julgamento e da concretização dos princípios que regem o sistema adversarial.

### 3.3 NOVA RELAÇÃO ENTRE PROMOTORES E POLICIAIS

Um dos temas mais conflituosos em todas as reformas processuais latino-americanas tem sido a relação entre os Ministérios Públicos e as polícias. De fato, nas discussões originais, em meados dos anos 1980, propunha-se que primeiro ocorresse a reforma policial e, em seguida, a processual. Devido à sua magnitude e complexidade, a primeira delas foi postergada e ainda está pendente. Agora, a

reforma processual é a fonte da reforma policial? Não, mas gera um novo cenário na dinâmica de trabalho entre promotores e policiais.

No Brasil, é necessário rediscutir essa relação, pois o sistema vigente foi construído na base de um policial protagonista na direção e execução das investigações. Seus resultados determinam e condicionam em grande medida a atuação do Ministério Público, que detém poderes muito limitados para interceder e tomar decisões na persecução penal.

Por isso, defendemos que outro dos elementos da agenda brasileira seja um novo modelo de relacionamento no qual o Ministério Público possa assumir definitivamente a direção e o planejamento da persecução e, ao mesmo tempo, receber diversos poderes discricionários para exercer a ação penal. Nesse esquema, a promotoria seria a responsável por administrar a totalidade dos casos ingressos na instituição e realizaria a gestão dos interesses da vítima. De fato, como proposto por Roxin (1993), os Ministérios Públicos surgiram com força durante o século XXI como ferramenta para aumentar o controle da atividade discricionária das polícias.

Por sua vez, apresenta-se como exigência adicional para o Ministério Público a prestação de contas dos resultados de sua gestão, de forma pública. Esse é um *deficit* comum entre as promotorias da América Latina, as quais, em linhas gerais, não seguem práticas padronizadas que permitam o acesso à informação básica sobre os trabalhos da instituição (CEJA, 2007). Esse fator resultaria decisivo por dois grandes motivos: permitiria compreender e visibilizar as decisões político-criminais adotadas pela instituição relativamente aos conflitos que prioriza no marco do seu plano de persecução; e contribuiria para que os promotores se entendessem e atuassem como prestadores de um serviço público que, como tal, deve ser controlado por seus clientes ou usuários: as vítimas.

Qual é o papel da polícia nesse esquema? A experiência latino-

-americana mostra que tem sido muito complexo encontrar um ponto de equilíbrio com os promotores. Tradicionalmente, tem-se entendido que os policiais ficariam relegados a um papel secundário ou insignificante. Essa interpretação equivocada tem provocado grande resistência e chegou a paralisar alguns processos da reforma. Por isso, para o caso brasileiro, é muito importante deixar claro que tanto promotores quanto policiais terão função protagonista no processo penal, mas sob uma nova ordem de responsabilidades. A polícia permanecerá como organização que administra com maior qualidade a informação criminal, uma vez que está em contato direto com a população. A partir daí, a informação colhida será utilizada para que o Ministério Público compreenda a criminalidade e possa desenvolver ferramentas para planejar sua atuação e, em concreto, definir os delitos nos quais quer ter impacto. Por sua vez, a polícia será a responsável por executar as diretrizes e atividades de investigação determinadas pelos promotores como parte de um plano político-criminal ou de um caso em particular. Esse plano, idealmente, deverá ser discutido e pensado no marco de reuniões ou comitês de planejamento integrados por promotores, policiais e representantes de outras organizações públicas. Para isso, as polícias deverão submeter-se a um processo de especialização e mudanças muito profundas, com, por exemplo, novos processos de seleção, formação e controles democráticos sobre seu funcionamento.

### **3.4 NOVO CONCEITO PROCESSUAL E ORGANIZACIONAL DAS DEFENSORIAS**

As defesas públicas e privadas historicamente têm sido relegadas nos processos de reforma judicial. Tanto na perspectiva processual como na organizacional, os defensores têm estado em desvantagem em relação aos poderes outorgados aos Ministérios Públicos

e às polícias. Por isso, um programa de reforma brasileiro deveria contemplar um novo papel para as defensorias no processo penal.

No âmbito processual, os defensores deveriam incorporar novas funções relativas à coleta de informação e ao gerenciamento de suas investigações. Isso implicaria superar a visão tradicional de uma defesa limitada a receber informações e provas fornecidas exclusivamente pelo Ministério Público e negar teses persecutórias. Um novo conceito de investigação pelas defesas resultaria também na exigência de promotores aumentarem a qualidade de seu trabalho e considerarem as contribuições de sua contraparte. Da mesma forma, dentro da área procedimental, as defesas deveriam aumentar o controle da atividade do promotor, por meio de diversos mecanismos. Um deles seria o acesso à pasta ou dossiê de investigação do promotor (para cumprir o direito de defesa); outro seria a realização de audiência de controle de acusação, como último filtro antes da audiência de julgamento. Esses são somente exemplos, já que a tarefa de controle não se esgota nesses dois mecanismos.

No âmbito organizacional, as defensorias penais públicas, em um cenário de oralidade, teriam de reorientar seu objetivo institucional para a resolução do conflito primário e o trabalho em audiências. Isso se traduziria em uma reorganização estrutural através da identificação dos processos principais e secundários de trabalho do defensor, resultando na implementação de novos modelos de gestão institucional que se encarregassem dessas tarefas.

Quanto aos padrões de trabalho do defensor, o sistema interamericano tem aprofundado a noção de “defesa penal efetiva” como um horizonte no trabalho dos advogados<sup>8</sup>. Esse conceito está integrado

---

8 Uma explicação detalhada dos padrões que integram o conceito de “defesa penal efetiva” pode ser encontrada em Binder, Cape e Namoradze (2015).

com vinte direitos construídos, tomando-se como plataforma os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e considerando que os países da América Latina acordaram em qualidade de mandatos obrigatórios. O Brasil não é exceção.

### 3.5 NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA REDUCIONISTA DA PRISÃO PREVENTIVA

Em 2011, a Lei n. 12.403 regulou um conjunto de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, diante da necessidade de restringir a liberdade de locomoção do acusado no processo penal. Entretanto, dados estatísticos mostram que não houve alterações substanciais na quantidade de presos preventivos no Brasil. Enquanto em 2010, eles representavam 36,9% da população detida, em 2014 correspondiam a 36,3%<sup>9</sup>. Por isso, é necessário rediscutir o modelo cautelar brasileiro, bem como desenhar e implementar ações para deter e reduzir o uso da prisão preventiva, em favor das medidas cautelares incorporadas ao CPP há mais de cinco anos.

Quais são os componentes dessa agenda? Fundamentalmente, são três. Em primeiro lugar, a regulação de audiências orais para a discussão de medidas cautelares. A instalação das audiências de custódia tem significado um avanço muito importante para o controle das detenções, mas o grande desafio é ampliar seu uso para a discussão sobre a prisão preventiva<sup>10</sup>. Essas audiências, na fase

---

9 Fonte: *International Centre for Prison Studies*. Disponível em: <[www.prisonstudies.org](http://www.prisonstudies.org)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

10 Na justiça nacional da Argentina, ocorreu uma situação muito similar em 2011. Foi implementado um plano-piloto para realizar audiências nos casos de flagrância que progressivamente foi sendo aplicado para a prisão preventiva. Essa experiência pode ser revisada em González Postigo (2011).

de investigação, transformam-se em um controle de maior qualidade por parte do juiz sobre a situação do acusado. Nos últimos anos, vários países iniciaram um processo de oralidade nas etapas preliminares para aprofundar a lógica acusatória nos processos já reformados. Em todas essas experiências, o fato de a discussão das medidas cautelares pessoais ser feita em uma audiência tem produzido, no curto prazo, o efeito de racionalizar o uso da prisão preventiva. Podemos mencionar os casos de Mar del Plata (Argentina), Guanacaste (Costa Rica), Quetzaltenango (Guatemala) e Cuenca (Equador).

Em segundo lugar, achamos necessária a geração de informação de alta qualidade para a audiência de medidas cautelares e o exercício da supervisão destas. Esses são os denominados “serviços que antecedem o julgamento”: programas surgidos na década de 1960, nos Estados Unidos, criados para coletar e oferecer informação confiável e pertinente para a decisão sobre a procedência de uma medida cautelar. Esses programas têm duas funções centrais: 1) produzir informação de alta qualidade para as partes e 2) fazer o controle das medidas cautelares alternativas. Quando funcionam, eles minimizam o emprego desnecessário da prisão preventiva, reduzem a superlotação carcerária, garantem maior comparecimento das pessoas convocadas e diminuem o preconceito daquelas processadas pelo sistema penal, entre outros benefícios<sup>11</sup>.

---

11 Essas experiências demonstram que, embora ainda funcionem de maneira precária em alguns casos, os programas podem incrementar exponencialmente os índices de cumprimento das regras de conduta e das medidas cautelares. O desafio reside em potencializar os já existentes, dotando-os de recursos e ao mesmo tempo replicando-os naqueles países que ainda sofrem com severos problemas carcerários. Podemos revisar a experiência das províncias de Santiago del Estero e Rosário (Argentina): Gonzalez Postigo e Peñalver (2014).

Em terceiro e último lugar, torna-se necessário repensar os sistemas de apoio para as decisões judiciais. Trata-se de refletir sobre como amparar as decisões dos juízes de modo a garantir que seu cumprimento e sua legitimidade não sejam afetados no sistema judicial. Assim como afirma Riego (2010, p. 10),

o problema é complexo, pois a função judicial é por definição contramajoritária e a independência do juiz está justificada por sua capacidade para resistir à pressão de grupos, ou, ainda, da maioria da população. É necessário aprender da experiência: essa função tem um limite e seu exercício pode derivar em situações tão complexas quanto a supressão por via de lei dos mesmos poderes que o juiz está exercendo. O caminho, aqui, é incorporar esse tema na reflexão e na capacitação judicial, principalmente com o intuito de sensibilizar os juízes acerca da relevância institucional de suas decisões em matéria de prisão preventiva.

### **3.6 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE VERSUS PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE: DEBATE REAL?**

Os sistemas escritos inquisitivos foram desenvolvidos porque se acreditava que “todos os casos devem e podem ser investigados” através da regulação legal do princípio da obrigatoriedade ou legalidade processual. Atualmente, tal princípio vige no sistema processual penal brasileiro.

Entretanto, questiona-se: tal afirmação encontra amparo na realidade? Não. O certo é que ocorre uma seleção dos casos a serem investigados, uma vez que os recursos humanos e financeiros (sempre limitados) não permitem perseguir e julgar de forma eficiente todos os casos. Essa seletividade de fato será sempre ocupada por alguma entidade do sistema penal. Sob a ficção do

princípio da legalidade processual ou obrigatoriedade, essa função é exercida pelas agências policiais, que aplicam filtros na persecução não submetidos a nenhum tipo de critério ou controle. De acordo com Zaffaroni, trata-se de uma “criminalização secundária”, ou seja, a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas que supõe o processo desde a detenção até a prisão do acusado (ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002).

Reconhecendo esse contexto, como organizaremos essa seletividade? Os sistemas adversariais foram construídos com base na regulação do princípio da oportunidade, cuja razão é advertir sobre a existência de casos de naturezas diversas e sobre a necessidade de serem tomadas decisões político-criminais em relação aos conflitos selecionados pelas instituições encarregadas da persecução.

Mediante a aplicação do princípio da oportunidade, é possível racionalizar a gestão do conflito por parte do Ministério Público enquanto lhe for permitido concentrar esforços para resolver os casos de maior conotação. Além disso, os promotores podem aplicar esse mecanismo quando considerarem, entre outras possíveis circunstâncias, o fato insignificante e incapaz de afetar o interesse público, a intervenção do imputado irrelevante e a aplicação da pena desnecessária em razão de o acusado já ter sofrido dano físico maior.

Esse princípio, junto a outros instrumentos dos quais os Ministérios Públicos deveriam dispor (como a conciliação ou a suspensão do processo à prova), é uma ferramenta central para que os promotores possam gerir eficazmente todos os casos que ingressarem na instituição, a partir da designação de diversas soluções conforme a gravidade do conflito que está sendo tratado.

#### 4. CONCLUSÃO: FUTURO DO SISTEMA ADVERSARIAL NO BRASIL

A instalação dessas ideias não será fácil. Cada uma delas pressupõe um duelo de tradições históricas e interesses concretos que gravitam na atualidade da justiça penal no Brasil. É bem possível que a agenda da reforma as adote de forma incremental e ocorram avanços e retrocessos constantes que impeçam sua completa instalação. Nosso papel nesse processo será de um estado de *inconformidade permanente*, isto é, adotaremos posição crítica e propositiva de caráter constante enquanto a profundidade das mudanças não for a esperada.

A parte realista dessa afirmação não deve deixar de lado o *estado de construção permanente* ao qual Paulo Freire se referia quando dizia que *estudar não é um ato de consumir ideias, mas de criá-las e recriá-las*. A adoção das audiências de custódia e o debate que se tem aberto sobre os escopos da dinâmica da oralidade são um exemplo muito claro de que o horizonte da reforma sempre é possível e a discussão prática nunca deve acabar nem se limitar.

O grande desafio é conjugar os estados de desconformidade e otimismo para que sejam instrumentos permanentes de reflexão crítica sobre a realidade, produção de ideias para sua transformação e visão de longo alcance para evitar frustrações.

Em tal cenário, é possível identificar duas agendas paralelas de trabalho no Brasil: uma imediata e outra de longo prazo. Ter clareza sobre essas agendas nos permitirá dar a dimensão exata das propostas de mudança apresentadas neste artigo e dos processos políticos que necessariamente deverão acompanhar esses movimentos transformadores da justiça.

A agenda de trabalho imediata nos interpela à construção de uma nova filosofia sobre a reforma da justiça penal no Brasil. Isso não significa abandonar nem menosprezar as escolas fundadoras desse movimento. Significa tomar as ideias e refundá-las no contexto das

necessidades atuais da sociedade em relação à justiça penal, bem como observar e incorporar a experiência que a América Latina obteve em matéria de reforma processual penal nos últimos 25 anos, diferentemente de outros continentes. Como conseguir essa refundação das ideias? Através de um processo muito profundo de estudo, criação e socialização de materiais e ideias explicativas de um novo sistema de justiça penal no país (HASSAN, 2016).

Enquanto isso, a agenda de trabalho de longo prazo deverá nos levar à efetiva construção e instalação de um processo penal democrático e constitucional. Como fazê-lo? Transformando essa nova filosofia em ações e estratégias concretas que produzam novas mudanças no funcionamento do processo penal brasileiro. Isso significa superar a visão formalista do sistema adversarial, a qual entende que a sanção de um novo Código antecede a “reforma” e somente a partir de uma nova regulação poderão ser desenhadas novas dinâmicas de trabalho. Uma “visão desafiadora” mostra que as mudanças podem ocorrer inclusive com o Código vigente, a partir de uma compreensão constitucional do procedimento penal. Por isso “a reforma” é um duelo de práticas que pode ocorrer agora e deverá se desencadear mais cedo que tarde.

## REFERÊNCIAS

BINDER, A. Elogio de la audiencia oral y pública. In: \_\_\_\_\_. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.

\_\_\_\_\_. ¿Qué significa implementar um nuevo sistema de justicia penal? In: \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.

BINDER, A; CAPE, E.; NAMORADZE, Z. *Defesa penal efetiva em América Latina*. Washington: Open Society, 2015.

CARNELUTTI, F. Derecho consuetudinario y derecho legal. *Revista de Occidente*, Madrid, n. 10, 1964.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS – CEJA. *Desafíos del Ministério Público Fiscal em América Latina*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2007.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1995.

GARAVANO, G.; FANDIÑO, M.; GONZÁLEZ POSTIGO, L. *Evaluación del impacto del nuevo Modelo de Gestión Fiscal del Ministério Público de Guatemala*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014. Disponível em: <[www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

GONZÁLEZ POSTIGO, L. La oralidad em la etapa recursiva del proceso penal chileno. *Revista de Derecho Penal del Ministério de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina*, año III, n. 7, 2014.

\_\_\_\_\_. Teste piloto para celebrar oralmente las audiências previstas em el artículo 353 bis del Código Procesal Penal de la Nación. *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, edição 123, 2011.

\_\_\_\_\_; PEÑALVER, T. Las oficinas de medidas alternativas y sustitutivas. Estado de situación em Argentina. *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, edição 189, 2014.

HASSAN, F. *A refundação do processo penal brasileiro: para além do discurso reformista*. 2016. Disponível em: <<https://www.academia.edu/30399493/Reforma-CPP-novembro-2016.docx>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

LANGER, M. *Revolución en el proceso penal latino-americano: difusión de ideas legales desde la periferia*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, [s.d.]. Disponível em: <[www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

RIEGO, C. Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina. *Revista Sistemas Judiciales*, Santiago, CEJA-INECIP, n. 14, Prisión Preventiva, 2010.

ROXIN, C. Posición Jurídica y Tareas Futuras del Ministerio Público. In: \_\_\_\_\_. *El Ministerio Público en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.

UNODC-CEJA. *Evaluación de la implementación del sistema penal acusatorio en Panamá*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2015. Disponível em: <[www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

ZAFFARONI, E. R.; SLOKAR, A.; ALAGIA, A. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

# OS DESAFIOS DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE DA AÇÃO PENAL NA AMÉRICA LATINA A PARTIR DE 1990

*André Luis Alves de Melo\**

## RESUMO

O presente estudo busca verificar a constitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal em face do princípio constitucional do sistema acusatório. Apresenta o conceito de oportunidade da ação penal e seus benefícios, ante a possibilidade de não se verificar a existência de norma expressa que imponha sua obrigatoriedade no Brasil e dada a independência funcional dos membros do Ministério Público, a autonomia administrativa deste e o princípio constitucional da eficiência.

Geralmente, a doutrina tradicional cita o art. 24 do Código de Processo Penal (CPP) para alegar a existência implícita do conceito

---

\* Promotor de justiça de Minas Gerais, doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), mestre em Direito Público pela Unifran e membro do Movimento do Ministério Público Democrático.

de obrigatoriedade da ação penal, o qual é tratado como princípio. Ocorre que, no Brasil, há poucos debates sobre esse tema, mas, por vezes, a situação tem sido revertida, já que é uma das matérias mais recorrentes e relevantes em outros países.

Esta pesquisa nasceu da leitura da obra *Princípio da não obrigatoriedade da ação penal*, de Luiz Wanderley Gazoto. Preliminarmente, o próprio pesquisador divergia da proposta apresentada por Gazoto, mas, diante da argumentação contida em seu livro, houve um despertar acerca do tema. No mesmo seguimento, cita-se a obra de Claus Roxin sobre “política criminal”, a qual permite entender o Direito Penal além do mero dogmatismo finalista. Os adeptos desse pensamento dominante tendem a adotar conceitos sem valorá-los, focando apenas na subsunção do fato ao tipo penal, e sem estabelecer prioridades, diferentemente do que ocorre no funcionalismo, que visa a políticas públicas.

**Palavras-chave:** Sistema acusatório no Brasil. Princípio da oportunidade da ação penal.

**Keywords:** Accusatory system in Brazil. Principle of the opportunity of criminal action.

## 1. INTRODUÇÃO

Este texto integra tese de doutorado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) em 2017, na qual se analisaram os sistemas processuais penais de vários países das Américas e da Europa, bem como a evolução histórica e ideológica dos sistemas. Verificaram-se também os aspectos do atraso da legislação processual penal brasileira, uma das poucas ainda não atualizadas e focada no mito da obrigatoriedade da ação penal, com visão automatizada da questão de indícios para denunciar e

pouco foco no funcionalismo (política criminal e ação penal), o que é mais aprofundado no trabalho originário.

Neste momento, abordaremos a atual situação dos países da América Latina, por ser mais próxima da nossa, econômica e culturalmente.

A partir da década de 1990, os países latino-americanos passaram a adotar, expressamente, a oportunidade da ação penal em seus ordenamentos jurídicos, geralmente para delitos de pequeno e médio potencial ofensivo e de insignificante interesse público ou social (funcionalismo penal). Em alguns deles, prevalece o controle do arquivamento pela chefia do Ministério Público; em outros, há o controle pela via judicial, embora se permita ao Ministério Público o arquivamento de casos de pouca relevância, como nos delitos de bagatela. Na região, é comum promotores serem legalmente chamados de “fiscais” e o Ministério Público ser também conhecido como “*Fiscalía*”. Em todos esses países, a titularidade da ação penal é atribuição do Ministério Público.

Aproximadamente vinte nações e territórios compõem esse grupo, e o único a não adotar a oportunidade da ação penal na legislação é o Brasil, o qual está ainda na fase do dogmatismo finalista e nem mesmo discute um dos temas mais debatidos no mundo atualmente: a “oportunidade da ação penal”.

## 2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS NA AMÉRICA LATINA

Diante do exposto, passa-se a uma rápida análise da situação atual dos países:

**a) Argentina:** O Código de Processo Penal federal de 1991 já era bem melhor que o CPP brasileiro de 1940, mas, em dezembro de 2014, o país adotou novo Código, o qual observa o princípio do

contraditório e o processo de partes. Na Argentina, são admitidos Códigos de Processo “Estaduais” (lá chamados de “Provinciais”). O novo CPP reconheceu expressamente a oportunidade da ação penal, estabelecendo sua possibilidade em casos de perdão judicial em matérias irrelevantes e sem interesse público; em casos de pena de multa ou de livramento condicional e *sursis*, ou de inabilitação; e em casos em que a pena carece de importância ou pode ser imposta em outro processo (Lei 27.063/2014, art. 31);

**b) Chile:** O ordenamento jurídico chileno prevê expressamente a oportunidade da ação penal pública quando o delito não ofende gravemente o interesse público, o que é presumido se a pena mínima não for superior a um ano ou se o delito não tiver sido cometido por servidor público no exercício da função (CPP/2005, art. 170).

**c) Uruguai:** Também adota a oportunidade da ação penal, porém mais restritivamente, para delitos culposos e crimes de pouco interesse público, se transcorridos quatro anos do cometimento e não for aplicável pena de prisão nem tiver ocorrido causa de suspensão de prescrição (CPP, art. 49). Em 1º de fevereiro de 2017, entrou em vigor o novo CPP, que reforça ainda mais a oportunidade da ação penal.

**d) México:** O Ministério Público pode considerar a oportunidade da ação penal com base nos critérios que a lei estabelecer (Constituição Federal/2008, art. 21). Em junho de 2016, entrou em vigor o novo CPP.

**e) Paraguai:** O Ministério Público pode prescindir da ação penal quando o delito for irrelevante para o interesse público ou dispensar pena (perdão judicial), mas exige a reparação (CPP/1998, art. 19).

**f) Venezuela:** A lei processual permite ao Ministério Público prescindir total ou parcialmente da ação penal em delitos de pouca relevância ou irrelevante interesse público, exceto quando a pena máxima exceder a três anos ou se tratar de delito cometido por servidor público no exercício das funções (CPP/2001, arts. 40 e 184),

sendo sempre priorizada a reparação do dano, bem como a confissão premiada (em audiência judicial preliminar) e a delação premiada.

**g) Peru:** O Ministério Público pode deixar de exercitar a ação penal quando o agente não tiver sido afetado gravemente pelas consequências do delito e a pena for inapropriada; no caso de delitos que, dada sua pouca significância ou frequência, não afetem o interesse público; no caso de culpabilidade mínima; e quando vítima e acusado tiverem celebrado acordo em cartório extrajudicial (CPP/1991, art. 2º). O furto simples é ação penal condicionada à representação da vítima.

**h) Colômbia:** Prevê genericamente a oportunidade da ação penal no art. 66 do CPP, conforme política criminal do Estado (Constituição Federal/2002, art. 250; e CPP/2004, arts. 6º e 66);

**i) Equador:** O Ministério Público, em virtude da eficiente utilização dos recursos disponíveis para investigação, pode abster-se de investigar e processar quando o delito não comprometer gravemente o interesse público nem tiver pena máxima superior a cinco anos de prisão; quando se tratar de delito culposo e for caso de perdão judicial; e quando ausente dano físico grave (Suplemento n. 555, de 24 de março de 2009).

**j) Bolívia:** O Ministério Público pode deixar de ajuizar ação penal em caso de escassa relevância social e baixa ofensividade ao bem jurídico; quando cabível o perdão judicial; quando o imputado sofrer as consequências do delito com grave dano físico ou moral; e quando a pena já imposta por outro delito tornar a punição desnecessária (CPP/1999, art. 21);

**k) República Dominicana:** A ação pode deixar de ser proposta quando o delito for insignificante e a pena máxima pelo crime não ultrapassar dois anos, salvo se cometido por servidor público no exercício das funções; se for cabível o perdão judicial; quando o imputado sofrer as consequências do delito com grave dano físico

ou moral; e quando a pena já imposta por outro delito tornar a punição desnecessária (CPP/2002, art. 34);

**l) Costa Rica:** A ação penal pode deixar de ser proposta quando se tratar de delito insignificante; quando for cabível o perdão judicial; quando o imputado sofrer as consequências do delito com grave dano físico ou moral; quando a pena já imposta por outro delito tornar a punição desnecessária; e nos casos de colaboração do acusado com as investigações. A vítima será informada do critério de oportunidade para recorrer em até dez dias (CPP/1998, arts. 22 e 300).

**m) Guatemala:** O Ministério Público pode deixar de ajuizar ação penal em caso de delito insignificante, de mínima culpabilidade e com pena máxima não superior a dois anos, salvo se cometido por servidor público no exercício das funções; quando cabível o perdão judicial; quando o imputado sofrer as consequências do delito com grave dano físico ou moral e o dano for reparado; e quando a pena já imposta por outro delito tornar a punição desnecessária (CPP/1992, art. 25).

**n) Honduras:** Compete ao procurador-geral da República definir as hipóteses de oportunidade de ação penal que podem ser adotadas pelos demais membros do Ministério Público. Todavia, a vítima deve ser informada do arquivamento, e, não havendo reparação do dano, o arquivamento torna-se sem efeito (CPP/1999, art. 29).

**o) Nicarágua:** Também prevê expressamente a oportunidade da ação penal, através da mediação, da suspensão do processo, de acordo e de abdicação da ação penal, para delitos culposos e patrimoniais cometidos sem violência física ou grave ameaça; quando cabível o perdão judicial; quando o imputado sofrer as consequências do delito com grave dano físico ou moral; quando a pena já imposta por outro delito tornar a punição desnecessária, bem como nos casos de colaboração do acusado com as investigações (CPP/2001, arts. 55 e 59).

**p) El Salvador:** O promotor pode prescindir, total ou parcialmente, da ação penal, a depender das seguintes circunstâncias: se o acusado estiver em estado terminal ou tiver sofrido grave dano físico ou moral, notadamente em crimes culposos; em caso de carência de importância em relação à pena imposta ou de mínima culpabilidade ou afetação do bem jurídico, salvo se se tratar de servidor no exercício das funções; e caso haja colaboração premiada. Cabe ao procurador-geral regulamentar a aplicação da oportunidade (CPP/2009, arts. 19 e 23).

**q) Cuba:** Também adota a oportunidade da ação penal para delitos de baixa ofensividade ao objeto jurídico, circunstância em que se autoriza o não ajuizamento da ação penal, o que se chama de “oportunidade regrada”. Trata-se de louvável atuação da *Fiscalía* (Ministério Público) em prol do descongestionamento do sistema penal. Os juízes de início de carreira são eleitos pelo Poder Legislativo, e os leigos pelas Assembleias Populares. Quanto ao Ministério Público, a Assembleia Nacional elege o procurador-geral, que, por sua vez, nomeia os promotores nas demais instâncias. A base legal para a oportunidade da ação penal advém da Lei n. 87, de 26 de fevereiro de 1999, e foi mantida após o advento do Decreto-Lei n. 310/2013, o qual aumentou o número de crimes em que a *Fiscalía* pode aplicar multa administrativa (outro tema de direito penal, conhecido como “administrativização do direito penal”, via defendida por autores como Hassemer).

É importante destacar, ainda que brevemente, o contexto de outros países de menor expressão na América Latina: tanto a **República Cooperativa da Guiana**, de origem inglesa, como a **República do Suriname**, de origem holandesa, adotam a oportunidade da ação penal; igualmente, os territórios das **Ilhas Falklands** e **Geórgia do Sul**, que permanecem subordinados à Inglaterra, adotam a oportunidade da ação penal; o mesmo ocorre em relação ao território da

**Guiana Francesa**, subordinados à França, onde prevalece amplamente a oportunidade da ação penal.

A tendência de oportunidade da ação penal também já ocorre nos países europeus e tem reduzido o número de processos, prescrições e prisões por delitos menos complexos.

### 3. SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

No Brasil, em vez de a triagem ser feita no início da persecução penal, é conduzida já no curso da execução, ou seja, após ter sido despendido dinheiro público com processos de menor relevância. Essa prática acaba por atender ao *lobby* de setores jurídicos, que pleiteiam sempre mais verba e pessoal, embora ofereçam, em retorno, pouca eficiência e poucos resultados. É comum, nesse contexto, processos penais que não têm possibilidade real de aplicação de pena de prisão serem tratados da mesma forma e com o mesmo rito dos que têm.

Relevante ressaltar que, apesar de não ser expreso, no CPP, o termo “obrigatoriedade da ação penal”, as normas são interpretadas nesse sentido; depois, acusa-se o Ministério Público de processar muito criminalmente, mas nada ou pouco se discute sobre a “obrigatoriedade” desse tipo de processo.

A previsão do Acordo de Não Persecução Penal em norma do Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução n. 181/2017 do CNMP, art. 18) é um avanço tímido, pois, para ser posto em prática, exige-se a confissão do acusado, embora o ideal seja permitir o arquivamento de contravenções penais, por exemplo, em razão da falta de relevância fática a justificar a ação penal (tipicidade material, justa causa e política criminal). Afinal, se o membro do Ministério Público é um agente político, pode fazer política criminal, ou seja, tomar decisões e assumir responsabilidades.

#### 4. CONCLUSÃO

Como se viu, desde a década de 1990, praticamente todos os países da América Latina adotam a oportunidade da ação penal de forma expressa em sua legislação. Prevalece no continente a obrigatoriedade da ação penal apenas para os delitos mais graves e a oportunidade da ação penal para os de menor potencial ofensivo.

Na contramão, ainda impera no Brasil uma cultura inquisitiva, com previsão constitucional de um sistema acusatório alicerçado em um CPP de 1941, o qual não consegue se atualizar em razão de fortes *lobbies*. Não custa lembrar que o direito penal é um instrumento que deve ser empregado a serviço da segurança pública, embora alguns adeptos da ideologia do garantismo lhe neguem isso.

#### REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. Bem jurídico penal e estado democrático de direito: uma visão do direito penal como instrumento de concretização da justiça social. *Diálogo e interação*, Paraná, v. 1, 2009. Disponível em: <<http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/diartigos10.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

ACOSTA, Walter P. *O processo penal: teoria, prática, jurisprudência e organogramas*. 10. ed. Rio de Janeiro: do Autor, 1974.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AGUIAR, Roberto A. R. de. *A crise da advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1999.

\_\_\_\_\_. *O que é justiça: uma abordagem dialética*. 5. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1999.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

ALAYÓN, Noberto. *Assistência e assistencialismo: controle dos pobres ou erradicação da pobreza?*. São Paulo: Cortez, 1992.

ALBERGARIA, Jason. *Criminologia: teórica e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1988.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALIGHIERI, Dante. *Monarquia*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, [s.d.].

ALMEDINA, Bernardino. *Introdução ao direito penal*. Tradução de Maria Fernanda de Carvalho Bottallo. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Introdução ao direito comparado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-08102010-143600/>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

ALMEIDA Gregório Assagra de; SOARES JR., Jarbas (Coords.). *Teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

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

ALMEIDA JR., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3. ed. argum. Rio de Janeiro: [s.n], v. 1, 1920.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3. ed. argum. Rio de Janeiro: [s.n], v. 2, 1920.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luís Antônio F. A sociedade e a lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. *Justiça e História*, Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down113.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antonio Franco da (Orgs.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (Coords.). *O projeto do novo Código de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2012.

ALVES, Roque de Brito. *Dos indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AMARAL, Thiago Bottino do. *Ponderação em normas em matéria penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AMBOS, Kai. *Processo penal europeu: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da convenção europeia de direitos humanos)*. Tradução de Marcellus Polastri Lima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_ ; BÖHM, Maria Laura (Coords.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

\_\_\_\_\_ ; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal: no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esforço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ANJOS, Fernando Verence. *Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

ANÔNIMO DO SÉCULO XVII. *Arte de furtar*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

AQUINO, José Carlos Gonçalves. Exceções aos postulados básicos do direito processual penal. *Revista Justitia: órgão do Ministério*

Público de São Paulo. São Paulo: Procuradoria-Geral da Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, ano 44, v. 117, p. 198-200, abr./jun. 1982.

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)*. 8. ed. desen. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Moderna, 1993.

ARAS, Vladimir Barros. *O sistema acusatório de processo penal*. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2016/07/04/o-sistema-acusatorio-de-processo-penal/>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Princípios do processo penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2416/principios-do-processo-penal/2>>. Acesso em: 16. jan. 2016.

ARAÚJO, Antonio Fábio Medrado de. *Solução final do serial killer no positivismo de Hans Kelsen: solución de serial killer en el positivismo de Hans Kelsen: the ultimate solution of the serial killer in HanKelsen's positivism*. Tradução de Camilo Mercado [espanhol] e Cássia Penteado [inglês]. São Paulo: Pillares, 2012.

ARAÚJO, José Osterno Campos de. *Verdade processual penal: limitações à prova*. 1. ed. 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David; SERRANO JR., Vidal. *A separação de poderes do Estado: poder executivo, poder judiciário e poder legislativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: CPC, 2002.

\_\_\_\_\_; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

\_\_\_\_\_. *Só é preso quem quer!:* impunidade e ineficiência do sistema criminal brasileiro. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Brasport, 2010.

ARISTÓTELES. *A ética a Nicômaco*. Tradução de Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

\_\_\_\_\_. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *A ética*. Tradução de Paulo Cássio M. Fonseca. Bauru: EDIPRO, 1995.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_; LOPES JR., Dalmir (Coords.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Tradução de Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Introdução ao idealismo jurídico: uma releitura de San Tiago Dantas*. São Paulo: Julex, 1988.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAIS. *Carta do Congresso Nacional*. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/carta-rio-2012-congresso-nacional.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

ATIENZA, Manuel. *Teorias da argumentação jurídica e hermenêutica não são incompatíveis*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-08/atienza-argumentacao-juridica-hermeneutica-nao-sao-incompatíveis>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

AUGUSTO, Flávio; BARROS, Monteiro de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

AVANTE BRASIL. *Polícia investiga menos de 10% dos crimes*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.jusbrasil.com.br/artigos/124684033/policia-investiga-so-1-em-cada-10-roubos>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

AZAMBUJA JR. *Prática do processo criminal: formulário de todos os actos do processo criminal com observações de legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923.

AZEVEDO, Alba Paula de. *Processo penal eletrônico e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2012.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

AZEVEDO, Vicente de. *Curso de direito judiciário penal: dado na Faculdade Paulista de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1958. v. 1.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Tradução de José Manuel M. reimp. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

BAHIA, Andréia. *Aumento da renda não diminui violência no país*.

Disponível em: <<http://www.jornalopcao.com.br/posts/reportagens/aumento-da-renda-nao-diminuiu-violencia-no-pais>>. Acesso em: 20 out. 2016.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução e prefácio de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARBOSA, Júlio César Tadeu. *O que é justiça*. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1984.

BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias constitucionais de direito penal na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BARRETO, Luís Pereira. *Soluções positivas da política brasileira*. São Paulo: Escala, 2007.

BARROS, Alberto Ribeiro G. de et al. *Novo manual de ciência política*. Organização de Agassiz Almeida Filho e Vinícius Soares de Campos Barros. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, Antonio Milton de. *Processo penal segundo o sistema acusatório: os limites da atividade instrutória judicial*. Leme: Direito, 2002.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n.*

11.690/2008, n. 11.719/2008 e n. 11.900/2009. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, João José Caldeira. *Curso crítico de direito penal*. 2. ed. rev., amp. e atual. Florianópolis: Conceito, 2008.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Vicente Sabino Jr. São Paulo: CD, 2002.

BECKER, L. A. (Org.). *Qual é o jogo do processo?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

BELLO, Enzo. *Perspectivas para o direito penal e para um Ministério Público republicano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENTHAM, Jeremias. *As recompensas em matéria penal*. Tradução de Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

BENTHAN, Jeremy. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. Leme: CL EDIJUR, 2002.

BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. Barueri: [s.n.], 2005. v. 1.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de direito e processo penal*. Tradução de Amilcare Carletti. 1. ed. São Paulo: Pillares, 2008.

BEULKE, W. *Strafprozessrecht, schwerpunktepflichtfach*. 12. ed. [S.l.]: C.F. Muller, 2012.

BIANCHINI, Alice. *Política criminal, direito de punir do Estado e finalidades do direito penal*. Jusbrasil. Disponível em: <<http://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814432/politica-criminal-di>

[reito-de-punir-do-estado-e-finalidades-do-direito-penal](#)>. Acesso em: 16 jan. 2016.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de (Coords.). *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 7.

BISCHOFF, Alvaro Walmrath. *O Ministério Público no direito internacional penal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia política*. 3. ed. rev., aum. e mod. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teorias sobre a justiça: apontamento para a história da filosofia do direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

\_\_\_\_\_. *A justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

\_\_\_\_\_; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia de direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 5. ed. rev. 1. reimp. São Paulo: Edipro, 2014.

\_\_\_\_\_. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Noberto. *Locke e o direito natural*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_. *Os intelectuais e o poder: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. reimp. São Paulo: Unesp, 1997.

\_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. 1. reimp. São Paulo: Brasiliense, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Constituição e normatividade dos princípios: discursos e prefácios*. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *História constitucional do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BORIN, Ivan. *Análise dos processos penais de furto e roubo na Comarca de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-25052007-155007/pt-br.php>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Persecução penal: o inquérito policial, a ação penal e o Ministério Público*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

\_\_\_\_\_. *Princípios informativos da ação penal*. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/2c133/2c1a4/2c6b7?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

BOSCHI, Marcus Vinicius. *Ação, pretensão e processo penal: Teoria da Acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BOZOLA, Túlio Arantes. *Os crimes de perigo abstrato no direito penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRASIL. *Reforma dos Códigos Penal e de Processo Penal: anteprojeto*. São Paulo: Salesianas, 2000.

\_\_\_\_\_. *Anteprojeto do novo Código Penal*. Ribeirão Preto: Migalhas, [2012].

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal* (alterado pelo Decreto-Lei n. 320-C/2000, de 15 de dezembro) e legislação complementar. 3. ed., atual. e aum. Lisboa: Quid Juris?, 2001.

\_\_\_\_\_. *Código do processo criminal de primeira instância do Brasil com a lei de 3 de dezembro de 1841, n. 261 e regulamento n. 120 de janeiro de 1842*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1899.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Legislação Informatizada – Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841 – publicação original*.

Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-261-3-dezembro-1841-561116-publicacaooriginal-84515-pl.html>>.

Acesso em: 16 jan. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Seminário: a reforma do processo penal brasileiro: 7, 8 e 9 de junho de 2005*. Brasília: Cromos, 2007.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Projetos de reforma penal*. Brasília: Senado, 1983.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Justiça comunitária: uma experiência*. Brasília: Cromos, 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Coletânea temática de jurisprudência: direito penal e processual penal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.

BRANDÃO, Cláudio (Coord.). *Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2.

BRESCIANI, Eduardo. *Julgamentos de homicídios no Brasil demoram até dez vezes mais do que prevê a legislação*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/julgamentos-de-homicidios-no-brasil-demoram-ate-dez-vezes-mais-do-que-preve-legislacao-14852884>>. Acesso em: 17 out. 2016.

BRUNO, Anibal. *Direito penal, parte geral, tomo 1º: introdução, norma penal, fato punível*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Processo criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_ (Org.). *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_ (Org.). *Direito e processo penal: entre a prática e a ciência*. 1. ed. Curitiba: Luiz Carlos Centro de Estudos Jurídicos, 2013.

CABEDA, Luiz Fernando. *A justiça agoniza: ensaio sobre a perda do vigor, da função e do sentido da justiça no Poder Judiciário*. São Paulo: Esfera, 1998.

CABRAL NETTO, Joaquim. *História do Ministério Público de Minas Gerais*: Associação Mineira do Ministério Público. Belo Horizonte: Speed, 2007. v. 2.

\_\_\_\_\_. *História do Ministério Público de Minas Gerais: uma instituição centenária*. Belo Horizonte: Speed, 2003. v. 1.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito*. Curitiba: Juruá, 2001.

CALADO, Antônio Marcos Ferreira. *Legalidade e oportunidade na investigação criminal*. Coimbra: Coimbra, 2009.

CALAMANDREI, Piero. *A crise da justiça*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Orgs.). *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de GüntherJakobs*. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_ et al. *Direito penal e funcionalismo*. Coordenação de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL n. 8.045/2010 – Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/videoArquivo?codSessao=57205&codReuniao=44373#videoTitulo>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estado do direito*. 3. ed. rev. e atual. 3. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPOS, Clisia Eline dos Anjos. *Obrigatoriedade da ação penal e Ministério Público*. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11627](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11627)>. Acesso em: 16 jan. 2016.

CANCELLI, Elizabeth. *A cultura do crime e da lei: 1889-1930*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, [1997].

CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correira Soares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CAPELLARI, Eduardo; PRANDO, Felipe Cardoso de Mello (Orgs.). *Ensino jurídico: leituras interdisciplinares*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

\_\_\_\_\_ ; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural atribuição e conflito*. 6. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CARNELLUTI, Francesco. *O problema da pena*. São Paulo: Pillares, 2015.

\_\_\_\_\_. *O delito*. Tradução de Denise Conselheiro. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

\_\_\_\_\_. *As misérias do processo penal*. Tradução de Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2006.

\_\_\_\_\_. *Lições sobre o processo penal*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2004. v. 1.

CARNELLUTI, Francesco. *Metodologia do direito*. Tradução de Frederico A. Paschoal. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

CARTA CAPITAL. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 11.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 20. ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo*. 12. ed. rev., amp. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 4. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_ et al. *Processo penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira*. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_ et al. *Justa causa penal constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2001. v. 4.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Tradução de Sylvia Moretzsonh. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005. v. 10.

CATTONI, Marcelo. *Devido processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

\_\_\_\_\_ (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional: no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CAVALCANTE, Eduardo Augusto Aires. *Relegitimando o ilegítimável: direito penal, simbolismo e o ressurgir do punitivismo*. Monografia (Graduação em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/18317/18317.PDF>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. *A investigação preliminar de competência originária de tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAVALCANTI, Fernando Celso Uchôa; CAVALCANTI, Pedro Celso Uchôa. *Primeiro cidadão, depois consumidor*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994.

CERQUEIRA NETO, José Nunes de. Cortes não têm papel central no sistema político-constitucional. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-21/jose-nunes-cortes-nao-papel-central-sistema-constitucional>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Curso de hermenêutica jurídica*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

# PRINCÍPIO ACUSATÓRIO E ALGUNS REFLEXOS DE SUA APLICAÇÃO

*Rafael Ribeiro Rayol\**

## RESUMO

O presente artigo analisa as origens do direito punitivo do Estado e propõe uma leitura moderna dos diversos institutos tradicionais e das práticas adotadas na vida forense brasileira quanto à forma e à finalidade da persecução penal pública, de modo a adaptar o princípio acusatório previsto na Constituição à aplicação das leis. Para isso, buscou apoio em orientações internacionais, na doutrina especializada a respeito do tema e nos precedentes mais específicos de diversas cortes nacionais, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Assim, percebeu-se que o Ministério Público é o destinatário final das investigações conduzidas por diversos órgãos públicos e tem o dever de produzir ou determinar a produção de todas as provas que entenda necessárias para o exercício da ação penal, inclusive aquelas submetidas constitucionalmente à reserva

---

\* Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza. Procurador da República lotado na Procuradoria da República no município de Juazeiro do Norte/CE.

de jurisdição, as quais não devem ser produzidas sem seu expreso requerimento. O controle e a coordenação das investigações policiais são conferidos ao Ministério Público, ao qual devem ser remetidos os inquéritos diretamente. Cabe ainda a essa instituição a obrigação de sustentar a pretensão punitiva até o julgamento, sem o que fica o juiz impossibilitado de condenar. Diante disso, o Ministério Público, na qualidade de titular privativo da ação penal pública, independente e autônomo dos Poderes da República, exerce, dissociadamente da função de julgar, posição central na persecução penal, com o consequente controle da produção das provas que sustentarão a acusação, paralelamente ao exercício da garantia aos cidadãos em geral de que não serão processados por interesses pessoais e sem substrato probatório mínimo, desde o oferecimento à Justiça da denúncia até a sentença.

**Palavras-chave:** Persecução penal. Princípio acusatório. Coordenação. Investigação. Produção das provas. Separação de funções.

## ABSTRACT

This article proposes, based on the analysis of the origins of the State's right to punish, a modern reading of several traditional institutes and practices adopted in Brazilian forensic life as to the form and purpose of public criminal prosecution, in order to adapt the accusatory principle laid down in the Constitution to the application of the laws. It was sought support in international guidelines, in the specialized doctrine in the subject and in the more specific precedents of several national Courts, especially of the Federal Supreme Court. The Public Prosecution Service is the final address of the investigations carried out by several public agencies, having the duty to produce or determine the production of all the evidence that

it deems necessary for the prosecution, including those submitted constitutionally to the reserve of jurisdiction, which should not be performed without its express request. The control and coordination of police investigations is given to the Public Prosecution Service, to whom the investigations must be sent directly. The Public Prosecution Service also has the obligation to support the punitive claim until the trial, without which the judge is unable to condemn. The Public Prosecution Service, as the exclusive holder of the public, independent and autonomous criminal action of the powers of the Republic, exercises, apart from the function of judging, a central position in the criminal prosecution, with the consequent control of the production of the evidence that will sustain the accusation, in parallel to the exercise of the guarantee to the citizens in general that they will not be prosecuted for personal interests and without minimum evidential substratum, from the offer to Justice of the complaint until the sentence.

**Keywords:** Criminal prosecution. Accusatory principle. Coordination. Investigation. Production of the evidence. Production of the evidence.

## 1. INTRODUÇÃO

Para substituir a vingança, codificada desde a famosa regra de Talião, “olho por olho, dente por dente”, o Estado, independentemente do sistema adotado, passou a exercer de modo direto o papel de punir aqueles que cometessem condutas inadmissíveis, classificadas modernamente como crimes em sentido amplo.

Assim, se a punição estatal servia à vítima, como satisfação de seu natural sentimento de vingança em face de seu agressor, passou a exercer, igualmente, função pedagógica, como fator de

desestímulo a todos aqueles que tivessem a intenção de cometer condutas semelhantes.

De início, analisando-se os sistemas jurídicos antigos, é clara a ausência ou, muitas vezes, insuficiência de regras procedimentais para a validação da versão da vítima, a defesa do suspeito ou acusado, o julgamento e a punição. Esta, na maioria dos casos, era física, com expiação corporal severa e pública, cuja presença ainda subsiste em vários sistemas criminais atuais, sobretudo em alguns países árabes e orientais.

A título de exemplo, é interessante destacar a Legislação Mosai-ca, que já previa a aplicação da regra de Talião, como se verifica em Deuteronômio (19:21) e no Código de Hamurabi<sup>1</sup>.

Posto que a brutalidade pareça medida arcaica, sua aplicação foi comum e legal em nossas terras até o século XVIII. No Brasil, a previsão de tortura e penas corpóreas, comum na Europa medieval e inquisidora, foi herdada de nossos colonizadores lusitanos, como é possível observar no Quinto Livro das Ordenações, Título LXIII, que determina a aplicação de açoites àqueles que assistissem escravos cativos na fuga: “dão ajuda aos escravos cativos para fugirem, ou os encobrem: – degredo para o Brasil, açoites, pagamento da valia do escravo ao dono e escravização ao senhor do infeliz.”

O antigo costume colonial de marcar a fogo os animais também foi prática fomentada pelo Estado, como é possível ver no Alvará

---

1 Como se pode verificar dos arts. 3º e 127, que assim dispõem: “Art. 3º Se alguém em um processo se apresenta como testemunha de acusação e não prova o que disse, se o processo importa em perda da vida, ele deverá ser morto”; “Art. 127. Se alguém difama uma mulher consagrada ou a mulher de um homem livre e não provar, se deverá arrastar esse homem perante o Juiz e tosquiar-lhe a frente”.

de D. João V<sup>2</sup>, que determinava a marcação com ferro em brasa de todo negro fugido da senzala, o qual recebia a letra “F” no ombro. Caso já tivesse a marca, ser-lhe-ia cortada a orelha.

Tais penalidades físicas e brutais perduraram até 1824, quando a promulgação da Constituição Política do Império do Brasil suprimiu a aplicação do flagelo físico como punição: “Art. 19. Desde já, ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis.”

Nos sistemas penais democráticos mais modernos, a busca pela “vingança exemplar” segue regras próprias e claras. Suas etapas são definidas pela verificação do fato proibido, colheita e validação de evidências, acusação, defesa, julgamento e execução da punição. As condutas de afetação significativa na vida individual e na preservação da paz social, tanto quanto o procedimento a ser seguido e as sanções a serem aplicadas, estão registradas em leis, observando-se apenas que, nos países de tradição jurídica proveniente da *common law*, há regras processuais não codificadas, isto é, não escritas claramente em lei, mas aplicadas conforme costumes e julgados tradicionais.

Para exercer essa busca pública da punição do criminoso, conhecida como persecução penal estatal, cada país, observadas as peculiaridades jurídicas locais, criou e mantém em sua estrutura, de forma permanente, órgãos e instituições voltados especificamente para esse fim. No caso do Brasil, há clara definição de alguns órgãos e instituições vocacionados para exercer a persecução penal.

---

2 Esse é o mesmo Alvará com força de lei que moderou o rigor da Inquisição e fez com que o papa conferisse a D. João V o título de Majestade Fidelíssima, conforme registro na Nota n. 17 do Apêndice do livro *O Quilombo dos Palmares* (ALTAVILA, 1921).

## 2. PERSECUÇÃO PENAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO

No Brasil, é grande a fragmentação da atividade de policiamento. Coexistem, de forma independente entre si: a polícia militar, vinculada aos Estados e ao Distrito Federal e responsável primordialmente pelo policiamento ostensivo das ruas; as polícias rodoviárias federal e estadual, encarregadas da fiscalização e do policiamento ostensivo das rodovias administradas pela União e pelos estados, respectivamente; e as polícias federal e civil, incumbidas de duas funções básicas, a apuração de crimes já ocorridos, em regra, conforme a competência para o julgamento do delito (crimes de competência da Justiça Federal pela Polícia Federal<sup>3</sup> e crimes de competência da Justiça estadual pela Polícia Civil) e a função de polícia judiciária. Embora nunca tenha sido efetivamente implantada, há também previsão constitucional de polícia ferroviária.

Cumprir notar que a atividade fiscalizatória ostensiva e a atividade investigativa, que se distinguem da função de polícia judiciária<sup>4</sup>, não são exclusividade das polícias. No âmbito do meio ambiente, por exemplo, são diversos os órgãos públicos encarregados da atividade de policiamento ostensivo, como é o caso do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais

---

3 Há casos específicos em que a Polícia Federal investiga delitos de competência da Justiça estadual, nos casos de infrações, arroladas taxativamente em lei, cuja prática tenha repercussão interestadual e exija repressão uniforme, como, por exemplo, o tráfico doméstico de entorpecentes, o roubo de cargas e a formação de cartel, consoante previsão da Lei n. 10.446/2002, que regulamenta o art. 144, I, da Constituição Federal, e o próprio art. 144, II, desta.

4 No exercício da função de polícia judiciária, cabe à Polícia Federal e à Civil, privativamente, a prestação de todo apoio técnico e de força necessário para fazer cumprir as decisões, respectivamente, da Justiça Federal e das Justiças estaduais.

Renováveis (IBAMA) e do Instituto Chico Mendes da Conservação da Biodiversidade (ICMBio), encarregados, entre outras atividades, de fiscalizar – inclusive com autuações, embargos e aplicação de multas – atividades caracterizáveis como infrações e crimes ambientais. Nessa atividade, paralelamente à autuação e à imposição de sanções administrativas, há a identificação, ao menos inicial, dos responsáveis pela conduta irregular praticada e a colheita preliminar de evidências do ato ilícito cometido, com lavratura de auto de infração no qual conste tanto a qualificação dos envolvidos quanto a descrição das condutas, muitas vezes acompanhada de laudos e registros fotográficos, além da disponibilização dos próprios agentes públicos encarregados da fiscalização como testemunhas.

Igual função exerce, por exemplo, a Receita Federal, quando atua na fiscalização de empresas e pessoas físicas, colhendo evidências de sonegação fiscal. Da mesma forma, a Controladoria-Geral da União, em suas auditorias nos diversos municípios quanto ao emprego de recursos federais, obtém documentos, registros fotográficos, entrevistas etc. das atividades irregulares, as quais muitas vezes também são tipificadas como crimes.

Até mesmo um particular pode perfeitamente coletar ou produzir provas de qualquer ato ilícito, mediante indicação ou tomada de depoimento de testemunhas, obtenção de documentos, registro de áudio e imagens, etc. Exemplo disso está na atividade jornalística investigativa, ou na gravação de um pai que tenha resolvido filmar remotamente sua residência por suspeita de abuso físico de seu filho pela babá e entrega o material colhido às autoridades competentes ou propõe ação penal privada nos casos em que tal modalidade de persecução penal é admitida pela legislação.

Assim, toda modalidade investigativa pode ser definida como atividade pública ou privada de colheita ou produção de evidência da ocorrência de um ato criminoso, de quem sejam seus autores ou

partícipes e dos demais elementos objetivos e subjetivos capazes de demonstrar o ânimo que os move, as finalidades e consequências da conduta e outros aspectos úteis à acusação. Dizemos aqui úteis apenas à acusação, porque cabe a esta, diante da presunção constitucional de inocência de qualquer pessoa, o ônus de quebrar essa presunção e apresentar à Justiça uma base complexa de evidências acerca de todo o fato criminoso. Isso, vale lembrar, não implica recusar provas produzidas ou sugeridas pelo investigado. A instituição encarregada da persecução penal estatal deve gozar de autonomia absoluta em face de terceiros e do próprio Estado e de independência funcional interna, a fim de que lhe seja possível analisar com imparcialidade todos os indícios e provas coletados e promover uma acusação justa ou mesmo determinar o arquivamento do caso. Para isso, embora prescindível, é muitas vezes curial que haja certa dialética prévia ao exercício da acusação, permitindo-se a eliminação de possíveis pontos nebulosos que apenas o investigado poderia afastar ou ratificar.

No Brasil, o titular privativo do exercício da ação penal pública é o Ministério Público, consoante disposto no art. 129, I e VIII, da Constituição Federal<sup>5</sup>. Tendo a ação penal o papel de única via para a punição daqueles que cometem crimes e da devida aplicação da lei penal aos infratores, confiou-se ao Ministério Público o controle e exercício da persecução penal estatal. Cabe à instituição avaliar se as informações recebidas ou as investigações realizadas diretamente ou através de outros órgãos são suficientes à deflagração formal de um processo criminal; isto é, se as provas

---

5 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...) VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;”

até então apresentadas ou colhidas demonstram indícios razoáveis da ocorrência de crime, de quem sejam seus autores e o vínculo causal subjetivo entre aquele e os investigados.

Como veremos, cabe ainda ao Ministério Público, como titular privativo da persecução penal, avaliar se as evidências e indícios existentes são suficientes à deflagração judicial da ação penal, à propositura de medidas de composição penal com os investigados, bem como à perspectiva de complementação do quadro probatório em juízo, de forma a racionalizar a atividade persecutória dentro de uma visão de eficiência. Evita-se, assim, a utilização do processo apenas como um meio expiatório do acusado, cabendo ao *Parquet*, conforme sua avaliação do caso, a produção ou determinação de produção de outras provas, quando possível e conveniente, ou mesmo o arquivamento do caso.

### 3. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO E REFLEXOS DIRETOS DE SUA APLICAÇÃO

Passamos a fazer breve avaliação de alguns reflexos estruturais em diversos institutos de direito criminal e processual penal como decorrência de sua leitura e interpretação à luz do sistema acusatório. Trata-se do sistema adotado pelo ordenamento jurídico-constitucional, como se verá a seguir, formatada a respectiva aplicação com base no modelo persecutório.

O modelo acusatório distingue-se claramente dos demais pela peculiar característica da separação nítida e independência absoluta entre o Estado-Acusador e o Estado-Juiz. Inversamente às características do sistema inquisitivo, tem-se que, para o juiz, é defesa qualquer iniciativa relacionada à persecução penal. Em outras palavras, o Judiciário não pode tomar nenhuma providência de ofício com vistas a medida investigativa ou de acusação.

Ao discorrer sobre o posicionamento consolidado na Suprema Corte norte-americana, citando o *Justice Scalia* em julgamento que abordava os limites da *Miranda protections*, David Alan Sklansky (2009, p. 1636) identifica como elemento fundamental para a caracterização do sistema processual penal preponderantemente acusatório:

*the presence of a judge who does not (as an inquisitor does) conduct the factual and legal investigation himself, but instead decides on the basis of facts and arguments pro and con adduced by the parties.*

O sistema acusatório caracteriza-se justamente pela existência de um juízo constituído e competente conforme as regras constitucionais e legais (juiz natural), cuja atribuição primordial é assegurar tratamento processual equivalente entre o Estado-Acusador e o acusado, conferindo o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa e julgando o feito com absoluta isenção. Logo, tal sistema visa preservar a justiça das decisões judiciais criminais, permitindo ao acusado questionar amplamente todos os pontos que lhe imputa a acusação bem como buscar a produção de todas as provas que entenda cabíveis e úteis para demonstrar os fatos alegados em sua defesa, tendo por instrumento a inércia do julgador desde a fase investigativa até a prolação da sentença.

Nesse sistema, posto ser admitido em alguns países o exercício privado da acusação, sobretudo para aqueles crimes em que há predominantemente violação a bens jurídicos individuais, sem repercussão social a ser digna de valoração, há a figura do acusador público, investido pelo Estado nesse papel conforme as regras de cada país. A atividade de persecução penal estatal é conferida a órgão ou instituição pública independente do poder central. Cabe-lhe investigar e coordenar as investigações, assim como analisar com isenção e sem paixões todos os elementos de um crime, fazendo

um julgamento inicial acerca do preenchimento dos requisitos para a propositura de ação penal e, conforme o caso, a conveniência e a oportunidade, dentro da ótica da eficiência pública, do exercício do poder de punir do Estado.

A existência de um órgão público acusador independente e autônomo em suas atividades garante que os suspeitos do cometimento de crime e os já acusados não sejam perseguidos. Também assegura que as evidências colhidas na investigação e instrução sejam apenas aquelas obtidas na forma da lei, sem violação de garantias fundamentais. Além disso permite uma análise mais impessoal das provas.

Confere-se, assim, duplo julgamento à persecução penal. No primeiro, promovido pelo Estado-Acusador, avalia-se tanto a existência de provas suficientes da autoria e materialidade do crime como a legalidade de sua produção, para só então levar-se o caso ao Judiciário. Como veremos, pode-se, já no curso do processo, consoante as novas provas produzidas, reformular ou mesmo retirar a persecução penal (deixar de sustentá-la). No segundo, feito pelo Estado-Juiz, juridicamente equidistante das partes, é possível avaliar as provas também com autonomia e independência absolutas.

Especialmente no Brasil, essa garantia inicial por parte do Estado-Acusador é reforçada pelo fato de que ao mesmo órgão, no caso o Ministério Público, a Constituição<sup>6</sup> incumbiu a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Tal medida reforça o dever de acusar com responsabilidade, isto é, de manter-se, durante a avaliação das provas apresentadas na investigação, crítico e imparcial, inclusive

---

6 Art. 127, *caput*.

desconsiderando todas as provas que porventura não tenham respeitado os requisitos legais para sua produção (*exclusionary rules*).

Nesse sentido, a *International Association of Prosecutors (IAP)* fixa uma série de recomendações aos promotores e procuradores dentro do papel investigativo, destacando-se:

*IAP Standards of Professional Responsibility and Statement of the Essential Duties and Rights of Prosecutors*

*4. Role in criminal proceedings*

*4.3 Prosecutors shall:*

*(...)*

*(e) Examine proposed evidence to ascertain if it has been lawfully or constitutionally obtained;*

*(f) Refuse to use evidence reasonably believed to have been obtained through recourse to unlawful methods which constitute a grave violation of the suspect's human rights and particularly methods which constitute torture or cruel treatment;*

*(g) Seek to ensure that appropriate action is taken against those responsible for using such methods;*

Igualmente, a Organização das Nações Unidas (ONU) destaca o papel fundamental do órgão estatal de acusação como núcleo central do sistema persecutório criminal moderno, a buscar a eficiência e efetividade da aplicação da lei sem descuidar das garantias fundamentais. Cumpre salientar as claras disposições fixadas por seu Escritório sobre Drogas e Crime<sup>7</sup>, que elaborou grande estudo

---

7 “*The United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) is mandated to assist Member States in reforming their criminal justice systems and implementing United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice.*”

comparativo mundial dos sistemas de persecução penal, culminando na fixação de normas gerais para prevenção e combate à criminalidade, com vistas a assistir os Estados-Membros na reforma de seus sistemas, consoante se verifica na sua publicação *The Status and Role of Prosecutors*:

*The spectrum of evidence to be excluded on the ground that it was illegally or improperly obtained differs from State to State and is subject to different legal tests for admissibility. In modern criminal law, regardless of legal tradition, evidence acquired by unlawful methods that constitute a grave violation of the suspect's human rights is absolutely excluded, although such exclusions are based on different theories in each legal system.*

*In this regard, prosecutors must examine the proposed evidence to see if it has been unlawfully or improperly obtained and should consider refusing to use evidence reasonably believed to have been obtained through unlawful or improper methods, according to the gravity of unlawfulness or impropriety and the standards described in their own State's rules of evidence.*

*In particular, when those methods constitute a grave violation of the suspect's human rights, such as the obtaining of evidence through torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, prosecutors should not use the evidence against anyone other than in proceedings against those who used such methods.*

*Further, in States where prosecutors participate in, conduct, direct or supervise investigations, they themselves should not use unlawful or improper methods in obtaining evidence, and should give appropriate instructions and advice to police or investigators to do likewise.*

Partilha da mesma compreensão o Alto Comissariado das Nações Unidas pelos Direitos Humanos, conforme publicado em seu

Manual sobre a Efetividade da Investigação e Registro de Tortura, Tratamentos Degradantes, Castigos e Outras Crueldades<sup>8</sup>:

*As “essential agents of the administration of justice”, prosecutors should always be mindful of human rights violations in the whole course of obtaining evidence and take appropriate actions against those responsible for them. Thus, for example, when prosecutors come to know or suspect that evidence was obtained using unlawful methods, such as torture or inhuman treatment, or improper methods of lesser severity, they should consider the investigation of those who implemented or directed such methods, and disciplinary action should also be considered, if applicable.*

Temos, pois, que o sistema acusatório retira o foco do acusado e da aplicação da pena, característicos do sistema inquisitivo, para se concentrar na *validação* dialética das provas entre a acusação e a defesa. Assegura, assim, que a imposição das sanções legais ocorra sempre nos estritos termos da lei, após o exercício franco e livre do contraditório entre o Estado-Acusador e a defesa, com ampla discussão cruzada sobre provas, conteúdo e validade, culminando com a decisão judicial, na qual a figura do Estado-Juiz mantém a *neutralidade* na avaliação das provas e, como regra, inércia na sua produção.

Como se viu, o sistema acusatório caracteriza-se justamente pela existência de um juízo constituído e competente conforme as regras constitucionais e legais (juiz natural). Sua atribuição fundamental é

---

8 *Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (“Istanbul Protocol”), 2004 (HR/P/PT/8/Rev.1).*

garantir tratamento processual equivalente entre o Estado-Acusador e o acusado, conferindo o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, de acordo com as regras previstas em lei, e julgando o feito com isenção.

Portanto, conclui-se que o sistema acusatório visa preservar a justiça das decisões judiciais criminais, permitindo ao acusado questionar livremente todos os pontos que lhe são imputados pela acusação e produzir todas as provas que entenda cabíveis e úteis a demonstrar os fatos que alega em sua defesa. Para tanto, assegura-se a inércia do órgão julgador desde a fase de investigação (exceto quando necessária a intervenção judicial por imposição constitucional para a validação de provas a serem obtidas com flexibilização de garantias constitucionais) até a prolação da sentença.

Dessarte, como mencionado, excetuados os casos de intervenção jurisdicional obrigatória previstas na própria Constituição Federal (casos de flexibilização das garantias individuais fundamentais), mediante requerimento em ações cautelares propostas pelo titular da ação penal, não há nenhuma interferência judicial durante a fase pré-processual penal. E, uma vez que o juiz se restringe a analisar se há os requisitos legais para a produção da prova, sem entrar na análise acerca da efetiva autoria, dolo na conduta e culpabilidade, mantém-se preservada a imparcialidade e impessoalidade que a jurisdição penal exige.

A Constituição consagrou o sistema acusatório no Brasil e conferiu ao Ministério Público, titular privativo do exercício da ação penal pública, quatro atribuições expressas relacionadas à atividade persecutória penal do Estado: a) promover privativamente a ação penal pública; b) requisitar informações e documentos e expedir notificações para instruir procedimentos de sua competência; c) exercer o controle externo da atividade policial; e d) requisitar a instauração de inquéritos policiais e a realização de diligências

para instruí-los. Referidas funções estão explícitas no art. 129 da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privatamente, a ação penal pública, na forma da lei;

(...)

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

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

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

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

Note-se que, diante da aplicação do sistema acusatório, a atividade de controle da tramitação dos inquéritos policiais passou do Judiciário para o Ministério Público, porquanto aos juízes não é devido o envolvimento na coleta probatória pré-processual, a fim de se manter a isenção desses profissionais e se garantirem de forma equânime os direitos fundamentais do investigado. Ao magistrado cabe autorizar, quando necessário, as medidas investigatórias de interesse do Estado acusador que dependam de decisão judicial.

Diante da não recepção dos §§ 1º e 3º do art. 10 do Código de Processo Penal (CPP) pelo art. 129 da Constituição de 1988, atualmente a tramitação dos inquéritos policiais se rege por normas infralegais editadas pelos diversos tribunais estaduais e pelo Conse-

lho da Justiça Federal (CJF), com o aval do Conselho Nacional de Justiça. No âmbito federal, com base nos fundamentos explanados, foi editada pelo CJF a Resolução n. 63, de 26 de junho de 2009<sup>9</sup>, a qual determinou que os inquéritos policiais, nos casos em que não há medida sujeita a reserva jurisdicional, tramitam diretamente entre a polícia e o Ministério Público, cabendo a esta instituição conceder as dilações de prazo para a conclusão da investigação e requisitar as diligências que reputar imprescindíveis à formação da sua convicção (*opinio delicti*), quer para acusar (CF, art. 129, I), quer para arquivar (CPP, art. 28) o inquérito.

Insta destacar que tal prática também é adotada em vários estados, a exemplo do Rio de Janeiro (onde há tempos já existem as centrais de inquéritos do âmbito do Ministério Público local), Bahia (Resolução Administrativa n. 5, de 3 de maio de 2012) e Paraná (Provimento n. 119/2007). O ato normativo do Paraná, adicione-se, foi atacado no Procedimento de Controle Administrativo (PCA) n. 599/2007 e considerado correto pelo CNJ. Então, com vistas à unificação nacional dos procedimentos a serem seguidos, tramita no Conselho Nacional do Ministério Público proposta de resolução acerca do tema<sup>10</sup>.

A adoção do sistema acusatório em nosso ordenamento já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104/2014, proposta pelo procurador-geral da República

---

9 Disponível em: <<http://daleth2.cjf.jus.br/download/res063-2009.pdf>>. Acesso em: 1º set. 2018.

10 Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Proposta\\_de\\_Resolu%C3%A7%C3%A3o\\_-\\_Tramita%C3%A7%C3%A3o\\_direta\\_do\\_Inqu%C3%A9rito\\_Policia.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Proposta_de_Resolu%C3%A7%C3%A3o_-_Tramita%C3%A7%C3%A3o_direta_do_Inqu%C3%A9rito_Policia.pdf)>. Acesso em: 1º set. 2018.

em face da Resolução n. 23.396/2013 do TSE, que pretendia submeter qualquer instauração de inquérito policial eleitoral ao crivo do Judiciário. A liminar foi deferida pelo Plenário, suspendendo-se a eficácia de dispositivos da resolução e assentando-se no julgamento a plena aplicabilidade do sistema acusatório e seus desdobramentos. Destaque-se trecho do voto do relator, ministro Roberto Barroso:

### **III. UMA PREMISSE TEÓRICA: A OPÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SISTEMA ACUSATÓRIO**

8. Como se sabe, a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório – e não pelo sistema inquisitorial – criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil. De forma específica, essa opção encontra-se positivada no art. 129, inciso I – que confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal de iniciativa pública –, e também no inciso VIII, que prevê a competência do *Parquet* para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais. De forma indireta, mas igualmente relevante, a mesma lógica básica poderia ser extraída dos direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. O ponto justifica um comentário adicional.

9. O traço mais marcante do sistema acusatório consiste no estabelecimento de uma separação rígida entre os momentos da acusação e do julgamento. Disso decorrem algumas consequências, sendo duas delas de especial significado constitucional. Em primeiro lugar, ao contrário do que se verifica no sistema inquisitorial, o juiz deixa de exercer um papel ativo na fase de investigação e de acusação. Isso preserva a neutralidade do Estado julgador para o eventual julgamento das imputações, evitando ou atenuando o risco de que se formem compreensões em qualquer sentido. Uma das projeções mais intuitivas dessa exigência é o princípio da inércia

jurisdicional, pelo qual se condiciona a atuação dos magistrados à provocação por um agente externo devidamente legitimado para atuar.

10. Em segundo lugar, o sistema acusatório busca promover a paridade de armas entre acusação e defesa, uma vez que ambos os lados se encontram dissociados e, ao menos idealmente, equidistantes do Estado-juiz. Nesse contexto, cabe às partes o ônus de desenvolverem seus argumentos à luz do material probatório disponível, de modo a convencer o julgador da consistência de suas alegações. Afasta-se, assim, a dinâmica inquisitorial em que a figura do juiz se confunde com a de um acusador, apto a se valer do poder estatal para direcionar o julgamento – quase sempre no sentido de um juízo condenatório.

11. Esse conjunto de ideias encontra forte amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacando-se numerosos precedentes em que a Corte assentou a titularidade do Ministério Público sobre a ação penal e o caráter limitado de que deve se revestir a interferência judicial sobre a condução das investigações. Nessa linha, a título de exemplo, a jurisprudência consolidou o entendimento de que é vinculante o pedido de arquivamento do inquérito efetuado pelo Procurador-Geral, que o juiz não pode determinar o oferecimento de denúncia ou o seu aditamento, nem tampouco realizar diligências investigatórias por conta própria. Esse quadro não se altera nem mesmo nos casos em que o inquérito se desenvolve desde logo perante o Judiciário, por força da existência de foro por prerrogativa de função. Mesmo nessa situação peculiar, o relator não assume a direção do inquérito, limitando-se a acompanhar os procedimentos e a decidir sobre a admissibilidade das medidas sujeitas à reserva de jurisdição.

12. Em suma, o sistema acusatório estabelece determinadas balizas para os procedimentos de investigação criminal, que devem ser desenvolvidos ordinariamente pela autoridade policial sob a

supervisão do Ministério Público. Ainda que o legislador disponha de alguma liberdade de conformação na matéria, inclusive para tratar de contextos específicos como o da Justiça Eleitoral, não é válido que esvazie a opção do constituinte e crie para o juiz um poder genérico de direção dessa fase pré-processual.

13. Feito esse registro teórico inicial, já é possível analisar a consistência das alegações deduzidas pelo requerente, ainda no âmbito restrito do juízo cautelar. O exame será feito na ordem que se considera mais adequada para o encadeamento do raciocínio.

O procedimento do inquérito policial, conforme previsto pelo CPP, torna desnecessária a intermediação judicial quando ausente a necessidade de adoção de medidas constritivas de direitos dos investigados, razão por que projetos de reforma do Código propõem a remessa direta dos autos ao Ministério Público.

Assim, diante da clara adoção do sistema acusatório em nosso ordenamento, caracterizado pela separação absoluta entre as funções de acusar e julgar, tem-se que o juiz deve manter-se imparcial desde a ocorrência do fato criminoso até o momento da prolação da sentença condenatória, quando, após avaliação das provas produzidas, decidirá, conforme sua convicção e com base nas provas, se o réu é culpado (*lato sensu*) ou inocente da acusação que lhe foi formulada.

Note-se que, para que ocorra julgamento, deve haver acusação formal e válida, a qual não deve ser confundida com o simples exercício da pretensão punitiva, decorrente da mera propositura (protocolo) da denúncia ao Judiciário. Deve ainda estar presente, após a conclusão de toda a instrução processual, com ampla produção cruzada de provas e debate entre o órgão acusador e o acusado, o interesse do titular da ação penal na aplicação das penas previstas na lei. Em outras palavras, não basta apenas ingressar em juízo com a pretensão punitiva criminal; é necessário que o acusador mantenha

a acusação durante todo o processo, de forma que, por ocasião da sentença, esteja presente a pretensão do Estado-Acusador de que as penas sejam aplicadas. Caso contrário, temos claramente a repriminção do sistema inquisitivo, com condenação criminal desprovida de acusação sustentada por órgão distinto e independente do juiz.

Logo, caso o Ministério Público intente, após a análise do material probatório colhido na instrução processual, não mais sustentar e requerer a condenação do acusado, por ocasião das alegações finais ou mesmo em momento anterior, não poderá o juiz condenar, porquanto substituiria o órgão acusador e apresentaria sua própria pretensão punitiva, que inevitavelmente seria julgada procedente, em verdadeiro julgamento sem defesa, diante da “verdade do julgador”.

Decorre clara a ilegitimidade dessa condenação, uma vez que a ausência de requerimento final de condenação pelo Ministério Público, titular privativo da ação penal pública, afasta uma das condições da ação, o interesse de agir. Inadmissível, portanto, o julgamento procedente da pretensão punitiva que não mais é sustentada ou defendida por seu titular. Promovido o arquivamento pelo Ministério Público ou este deixando, a qualquer momento, de manter hígida sua pretensão de punir o réu, deixa de existir interesse processual, uma das condições processuais da ação, dada a falta superveniente de pretensão formulada perante o juízo: *nullum iudicium sine accusatione*.

Essa interpretação da legislação processual, à luz do princípio acusatório consagrado na Constituição, mostra-se mais evidente mediante análise sistêmica do CPP, dada a clara diferença de tratamento apresentada entre a pretensão punitiva privada e a estatal.

De fato, o art. 385 do CPP determina que “nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”. De outra

feita, o art. 60, III<sup>11</sup>, do mesmo diploma, afirma claramente que será considerada perempta a ação penal privada quando o querelante “deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais”.

Veja-se: na ação privada, se ausente a ratificação da pretensão punitiva durante todo o processo, inclusive com requerimento explícito de condenação nas alegações finais, a ação será obrigatoriamente julgada perempta, com declaração de extinção da punibilidade. Por sua vez, pela simples leitura do texto legal, caso o Ministério Público, titular privativo da pretensão punitiva estatal, requeira expressamente a absolvição do acusado, por entender, após a instrução processual, que o réu não é o autor do fato ou as provas são insuficientes, ou por qualquer outro motivo, o juiz poderá *assumir a pretensão* formulada inicialmente, condenando o réu.

Nesse caso, ocorre claramente a reunião da função de acusar e julgar em uma só pessoa, o que é intrínseco ao modelo inquisitivo. Haverá, aqui, violação ao dever de imparcialidade do juiz, pois passou a ser ele mesmo o veículo de exercício da pretensão punitiva, agora sem possibilidade material de defesa para o réu. Portanto, o art. 385 do CPP, por permitir a concentração da função de acusar e julgar na mesma pessoa, também viola frontalmente o princípio acusatório, que assegura um processo penal de partes.

Como visto, o modelo acusatório assegura ao acusado dupla garantia contra arbitrariedades, na medida em que ele será processado (na ação penal pública) por um órgão acusador sem paixões (nenhuma relação de interesse entre vítima e suspeito), subordinado exclusiva-

---

11 “Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal: (...) III – quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;”

mente à Constituição e às leis, e julgado por um juízo previamente estabelecido e imparcial. Somente após a passagem por esses dois filtros, o Estado poderá efetivamente executar as penas criminais. É a consagração constitucional do princípio do *promotor natural* e do *juiz natural*, explícito no art. 5º, LIII, da Carta Política: “ninguém será *processado* nem *sentenciado* senão pela autoridade competente.”

Portanto, até o encerramento da instrução processual, com a apresentação das alegações finais, deve o titular privativo da persecução penal judicial exercitar sua pretensão, a fim de que o juiz possa efetivamente julgar o processo, confrontando os fatos e as provas apresentados pela acusação, que insiste, ao final, na aplicação das penas por entender provado o fato e sua autoria (dolosa ou culposa, conforme o caso), com a versão e provas produzidos pelo acusado, isso tudo após o debate cruzado entre as partes (aqui denominado contraditório). Caso isso não aconteça, ou melhor, na hipótese de a acusação, após ter perscrutado todas as evidências coletadas e depois de amplo debate jurídico com o acusado, entender por não mais sustentar a pretensão punitiva (materialmente, retirando a acusação, que pode ser compreendida também na formulação de requerimento de absolvição), não poderá o juiz condenar o acusado, porquanto não há mais nesse momento (prolação da sentença) o exercício da pretensão estatal criminal, que foi fundamentadamente abandonada pelo *dominus litis*. É o caso de verdadeira condenação sem acusação, ou, a depender da luz direcionada à situação, de assunção da função acusatória pelo órgão julgador.

Retirando o *Parquet* a acusação (visto que o requerimento de absolvição do réu suprime o exercício da pretensão punitiva estatal), deve o juiz obrigatoriamente extinguir a ação penal, por ausência superveniente de uma de suas condições processuais, ou absolver o acusado, não porque seja dependente da manifestação do Ministério Público, mas, sim, pelo fato de, ausente acusação, não poder o

Judiciário atuar de ofício para sustentar a pretensão punitiva que deixou de ser veiculada em juízo por seu titular privativo.

A questão de não (mais) acusar é claramente tratada no direito comparado, como se verifica no art. 6º do CPP sul-africano (*Criminal Procedure Act of 1977*), que permite ao Ministério Público (*National Prosecuting Authority*) retirar a acusação contra o réu. Trata-se das atribuições de *withdraw a charge* e de *stop a prosecution*. No caso sul-africano, se a manifestação pela desistência da ação penal for apresentada pelo Ministério Público após a audiência de apresentação do réu (na qual pode ele declarar-se *guilty* ou *not guilty*), será impositiva uma decisão pela absolvição.

Outrossim, consoante os itens 56 e 57 da Nota Explicativa à Declaração de Bordéus, de 8 de dezembro de 2009 (Recomendação Conjunta do Conselho Consultivo de Juizes Europeus e do Conselho Consultivo dos Procuradores Europeus ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa):

56. Quando uma instrução imparcial estabeleceu que as acusações não têm fundamento, procurador não deve iniciar ou prosseguir a ação penal, mas pôr fim ao procedimento.

57. Globalmente, durante o procedimento penal, o juiz e o Ministério Público exercem as suas respectivas funções com vista a garantir o desenrolar equitativo do processo penal. O juiz vela pelo respeito da legalidade das provas reunidas pelo Ministério Público ou pelas autoridades de investigação e ao abandono do procedimento penal quando as provas são insuficientes ou ilegais.

O item 12 da Declaração de Bordéus é no mesmo sentido: “Quando uma investigação imparcial conclui com base nas provas disponíveis que a acusação não é fundada, o procurador não deve intentar nem prosseguir a ação penal.”

O item 27 da Recomendação Rec (2000) 19 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa ainda estatui que “[o] MP não deve iniciar ou prosseguir o procedimento criminal quando em instrução imparcial se revelar que a acusação é infundada”. Referida recomendação enfatiza também, em seu item 17, a obrigação dos Estados-Membros de tomar

todas as medidas para que o estatuto legal, a competência e o papel processual dos membros do Ministério Público sejam definidos pela lei de modo que não seja possível alimentar nenhuma dúvida legítima quanto à independência e à imparcialidade dos juízes. Os Estados devem, em particular, garantir que uma pessoa não possa desempenhar, ao mesmo tempo, as funções de membro do MP e de juiz.

Certo da plena adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal de 1988, é forçoso concluir que o mencionado art. 385 do CPP – que ainda goza de sua original redação, de 1941, elaborada e publicada durante a Carta Política de 1937, sob o regime político historicamente conhecido como Estado Novo<sup>12</sup>, que se caracterizava por

---

12 Sobre o golpe político que ensejou a instalação do Estado Novo e suas características ideológicas e políticas, vale conferir o preâmbulo da Constituição de 1937: “O Presidente da República dos Estados do Brasil: Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravamento dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e do extremamento de conflitos ideológicos tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; Atendendo ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; Atendendo

centralização do poder, anticomunismo, autoritarismo e nacionalismo, e cuja redação e contexto processual penal da época são marcadamente inquisitoriais – *não foi recepcionado* pela atual Constituição, a qual prima pela separação absoluta entre as funções de julgar e acusar.

Esse tema, a propósito, já foi enfrentado pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no Recurso em Sentido Estrito n. 1.0024.05.702576-9/001:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS DECRETADA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS – VINCULAÇÃO DO JULGADOR – SISTEMA ACUSATÓRIO.

I – Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador.

II – O sistema acusatório sustenta-se no princípio dialético que rege um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas, a de julgamento, de acusação e a de defesa. O juiz, ter-

---

a que, sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o país.”

ceiro imparcial, é inerte diante da atuação acusatória, bem como se afasta da gestão das provas, que está a cargo das partes. O desenvolvimento da jurisdição depende da atuação do acusador, que a invoca, e só se realiza validade diante da atuação do defensor.

III – Afirma-se que, se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório.

IV – A vinculação do julgador ao pedido de absolvição feito em alegações finais pelo Ministério Público é decorrência do sistema acusatório, preservando a separação entre as funções, enquanto que a possibilidade de condenação mesmo diante do espaço vazio deixado pelo acusador, caracteriza o julgador inquisidor, cujo convencimento não está limitado pelo contraditório, ao contrário, é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público. (TJMG, 5ª CC, RESE n. 1.0024.05.702576-9/001, relator o desembargador Alexandre Victor de Carvalho, j. 13-10-2009.)

Dessarte, caso o Ministério Público entenda por não mais sustentar a acusação (ou promover a absolvição do acusado) no fim da instrução processual, vimos apenas uma solução em conformidade com a Constituição Federal, que preserva a essência do princípio acusatório, para a manutenção da pretensão punitiva em juízo: a aplicação, por analogia, do art. 28 do CPP pelo juiz, se não concordar com os fundamentos do arquivamento, remetendo os autos ao respectivo órgão revisional do Ministério Público, cuja manutenção do arquivamento é inatacável. Entendendo o órgão revisional, por sua vez, que não seria mesmo o caso de arquivar a ação, retirando a pretensão punitiva estatal, caberá a designação

de outro membro do Ministério Público para prosseguir no caso e manter o exercício da pretensão.

Aqui, vimos clara ofensa à imparcialidade do órgão julgador, caso mantida a pretensão punitiva, porquanto os autos lhe serão conclusos para a sentença penal já tendo ele se manifestado contra o arquivamento (leia-se, entendeu previamente presentes evidências suficientes da materialidade, autoria e dolo/culpa para a condenação; caso contrário, não discordaria da manifestação de arquivamento do Ministério Público), devendo, igualmente, o processo ser redistribuído ao seu substituto legal, a fim de preservar o direito do acusado a um julgamento justo por simples decorrência da imparcialidade do julgador.

Com essas medidas, equipara-se o tratamento dado às ações penais pública e privada, na medida em que o exercício da pretensão punitiva deve permanecer durante todo o processo, exigindo-se requerimento de condenação nas alegações finais, sob pena de extinção da ação por ausência superveniente de uma de suas condições.

Nem mesmo admitimos que a vítima assuma a pretensão punitiva no lugar do seu titular privativo, uma vez que a Constituição Federal assegura apenas que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal<sup>13</sup>”. Houve o exercício efetivo da ação penal pública, cuja instrução processual revelou ao membro do Ministério Público a ausência de elementos suficientes para manter a pretensão punitiva, quer por se ter revelado que o fato não constitui crime, quer por revelarem as provas que o réu não foi o autor do fato ou o cometeu sem intenção (falta de dolo), quer mesmo porque as provas produzidas não apontaram a autoria ou a materialidade com a segurança necessária para a condenação criminal do delito. Ou seja, todos os

---

13 Art. 5º, LIX.

atos a cargo do titular da pretensão punitiva estatal foram exercidos tempestivamente, o que afasta a possibilidade de assunção subsidiária da pretensão pela vítima do ato, porquanto a única exceção constitucional foi o não exercício da ação penal no tempo legalmente fixado, mantendo-se íntegra a garantia constitucional de que ninguém será processado senão pela autoridade competente.

Outro reflexo do modelo acusatório implica a absoluta titularidade da ação penal e, correlatamente, da pretensão punitiva estatal pelo Ministério Público, que passou a ter a obrigação de produzir todas as provas que entender cabíveis para demonstrar à Justiça a procedência da acusação. André Luís Callegaro Nunes Gomes (2006, p. 7) defende que o “ônus da prova da acusação” foi transferido ao Ministério Público quando a Constituição Federal conferiu a esta instituição a privatividade da ação penal.

Logo, cabe unicamente ao Ministério Público, como *dominus litis*, avaliar a conveniência, a oportunidade e, sempre, a legalidade das provas produzidas na investigação criminal e na instrução processual, uma vez que apenas ele poderá dizer o que é necessário para formular a acusação e o que será imprescindível na instrução processual para confirmar a pretensão formulada na denúncia (gestão da prova). Nesse sentido, Andrade (2013, p. 130) leciona:

Se a regra, no direito clássico, era de a investigação ser uma atividade exclusiva do acusador, então pode-se dizer que o caminho seguido pelo sistema acusatório contemporâneo não foi diferente. Os países pertencentes ao direito continental, que adotaram tal sistema, também conferiram legitimidade investigatória ao acusador, que agora era um representante do Estado (leia-se, Ministério Público).

Sob tal ótica, cumpre esclarecer que as medidas cautelares penais, aqui entendidas como todas as medidas investigativas produzidas

sem a ciência dos investigados e em relação às quais a Constituição determina a prévia autorização judicial para sua realização, dada a imperiosa necessidade de flexibilização judicial de garantias fundamentais da pessoa, como, por exemplo, buscas e apreensões domiciliares, interceptações telefônicas, etc., devem sempre ser diretamente promovidas pelo Ministério Público. Este, avaliando se os requisitos estão preenchidos, se há necessidade da prova para a apuração dos fatos e se é conveniente a sua produção em determinado momento da investigação ou da instrução processual, apresentará à Justiça os requerimentos devidamente fundamentados, independentemente de se tratar de investigação própria ou conduzida pela polícia.

Aqui, participo que à legislação processual penal deve ser dada interpretação conforme à Constituição, notadamente sob a ótica do sistema acusatório. Logo, sempre que a lei falar que determinada medida cautelar penal pode ser formulada por representação da autoridade policial, deve-se entender que tal representação<sup>14</sup> precisa ser dirigida ao Ministério Público. Única instituição encarregada da persecução penal em juízo e da propositura das ações penais, cabe ao *Parquet*, como dito, analisar a legalidade da medida e o preenchimento de todos os requisitos legais e constitucionais, bem como avaliar a sua necessidade para a propositura da ação penal e para a instrução processual, alterando-a e complementando-a se for o caso, além da oportunidade de execução das medidas cautelares diante da estratégia probatória a ser tomada para o caso, que não se resume a simples fase de investigação.

---

14 Do *Novo Dicionário Aurélio*: “Dirigir uma representação (2); expor uma queixa ou censura”. O mesmo dicionário confere ao termo “representação” (2) o seguinte significado: “exposição escrita de motivos, de queixas, etc., a quem de direito”.

Cumpre-nos, aqui, salientar os fundamentos jurídicos que impõe tal leitura constitucional das regras legais:

- A investigação não é um fim em si mesma, mas serve exclusivamente para subsidiar a decisão do titular da ação penal acerca da propositura ou não da pretensão punitiva perante a Justiça;
- O titular da ação penal deve dizer o que será necessário para formular a acusação e para comprovar integralmente a verdade dos fatos imputados durante toda a instrução processual;
- A capacidade postulatória é atribuição jurídico-processual que permite a formulação de pretensões perante o Poder Judiciário. Clássico pressuposto processual de validade que legitima o autor da demanda, permite o válido desenrolar do trâmite processual. Não se resume à mera propositura da pretensão mas também e especialmente à capacidade de sustentá-la e reforçá-la (novos articulados, produção de provas, argumentações, etc.) até o final, inclusive formulando os recursos cabíveis, se for o caso. Tal pressuposto de validade do processo não é conferido às polícias, mas unicamente ao Ministério Público ou ao querelante (nas ações penais privadas e sempre por meio de advogado habilitado), até mesmo por ser o destinatário final do resultado das medidas.

Tais fundamentos, insta observar, já foram objeto de avaliação no STF, consoante se pode observar do mais notório caso de investigação nacional, cognominado “Operação Lava Jato”, que apura o maior esquema de corrupção e desvio de dinheiro já descoberto, tendo por foco os contratos celebrados com a estatal Petrobras:

PETIÇÃO 5.284/DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI. REQTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

DECISÃO: 1. Trata-se de representação criminal formulada pelo Procurador-Geral da República noticiando “suposta prática dos crimes de corrupção passiva qualificada e de lavagem de dinheiro, em concurso de pessoas, previstos no art. 317, § 1º, combinado com o art. 327, § 2º, do CP e no art. 1º, inciso V, da Lei. 9.613/1998, na forma do art. 29 do CP” (fl. 22), indicando como possivelmente implicados o Senador Benedito de Lira e o Deputado Federal Arthur César Pereira de Lira. Requer, em síntese: a) instauração de inquérito, mediante a devida reatuação; b) juntada de documentos; c) oitiva dos investigados; d) levantamento do sigilo do procedimento; e e) realização de diligências específicas (fls. 39-40).

2. Incidindo, como é o caso, a regra de competência prevista no art. 102, I, *b*, da Constituição, a atividade investigatória também é promovida sob controle do Supremo Tribunal Federal. Requerida pelo Procurador-Geral da República a abertura de investigação, cumpre ao Ministro relator o poder-dever de instaurar o correspondente inquérito, salvo quando verificar, desde logo, “a) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; b) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; c) que o fato narrado evidentemente não constitui crime; d) extinta a punibilidade do agente; ou e) ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade” (art. 21, XV, do RISTF). Não se manifestando presente, no caso, qualquer dessas situações inibidoras do desencadeamento da investigação, é cabível a instauração do inquérito.

3. Cabe registrar, por outro lado, que, instaurado o inquérito, não cabe ao Supremo Tribunal Federal interferir na formação da *opinio delicti*. É de sua atribuição, na fase investigatória, controlar a legitimidade dos atos e procedimentos de coleta de provas, autorizando ou não as medidas persecutórias submetidas à reserva de jurisdição, como, por exemplo, as que importam restrição a certos direitos constitucionais fundamentais, como o da

inviolabilidade de moradia (CF, art. 5º, XI) e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII). Todavia, o modo como se desdobra a investigação e o juízo sobre a conveniência, a oportunidade ou a necessidade de diligências tendentes à convicção acusatória são atribuições exclusivas do Procurador-Geral da República (Inq 2.913 AgR, rel. min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, *DJe* de 21-6-2012), mesmo porque o Ministério Público, na condição de titular da ação penal, é o “verdadeiro destinatário das diligências executadas” (Rel 17.649 MC, rel. min. CELSO DE MELLO, *DJe* de 30-5-2014) (...).

#### 4. CONCLUSÕES

Configura interpretação pontual de alguns dispositivos da legislação processual penal aceitar a produção de prova, sobretudo as que acarretam violação de direitos fundamentais, sem que o destinatário da prova a tenha requerido ou, pior, contra expreso entendimento do titular da ação penal, quer pela ilegalidade, quer pela desnecessidade ou inoportunidade diante da premissa investigativa assumida. A produção probatória à revelia do Ministério Público pode inviabilizar a realização oportuna de provas entendidas essenciais pelo órgão de acusação, a exemplo da expedição e cumprimento de mandados de busca e apreensão, que tornam infrutíferas posteriores medidas investigativas não ostensivas, como interceptação de dados e de comunicações telefônicas. O efeito colateral dessa prática pode vir a ser a inviabilização empírica da tutela penal. Diante disso, interpretações que ensejam a desfuncionalidade da tutela penal são rechaçadas pela jurisprudência constitucional alemã, por infringência a instituto ali desenvolvido e conceituado como *Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege*.

Conclui-se, assim, que o Ministério Público, na qualidade de titular privativo da ação penal pública, ocupa posição medular na persecução penal, como destinatário primordial das provas produzidas nas investigações criminais. Sobre elas deve exercer o devido controle de validade e legalidade, em especial se envolverem mitigações de direitos fundamentais e estiverem sujeitas à prévia autorização judicial em requerimento promovido pelo titular do direito de exercer a pretensão pública de punir.

Outrossim, com corolário da titularidade privativa da ação penal, ao Ministério Público confere-se ampla discricionariedade para, diante da premissa investigativa adotada, determinar a produção ou colheita dos elementos probatórios que entender necessários para confirmá-la e embasar a peça acusatória, conforme sua livre convicção. Também é discricionário sustentar a pretensão punitiva perante o Judiciário até o julgamento, ou mesmo adequar a premissa inicialmente assumida e até refutá-la, quando lhe caberá promover o arquivamento.

Dessarte, libera-se a figura do juiz de todo o possível suggestionamento que lhe possa recair por envolver-se diretamente na investigação. Assim, confere-se ao magistrado maior independência e imparcialidade para avaliar com idênticos parâmetros os argumentos apresentados tanto pelo Ministério Público quanto pela defesa do acusado, de modo a julgar com a isenção esperada pela sociedade.

Para tanto, urge conferir a interpretação devida à legislação processual penal, não exaurida no presente artigo, sendo ela formatada ao princípio acusatório introduzido pela Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ALTAVILA, Jayme de. *O Quilombo dos Palmares*. São Paulo: Melhoramentos, 1921.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

GOMES, André Luís Callegaro Nunes. Uma herança inquisitiva no sistema processual penal acusatório. *Boletim IBBCrim*. São Paulo, v. 14, n. 164, p. 7, jul. 2006.

SKLANSKY, David Alan. Anti-inquisitorialism. *Harvard Law Review*, n. 6, v. 122, 2009.

# A IMEDIAÇÃO NA AVALIAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL E O PAPEL DOS TRIBUNAIS

*Antonio Henrique Graciano Suxberger\**

*Dermeval Farias Gomes Filho\*\**

## RESUMO

O modelo acusatório, que orienta a conformação do processo penal brasileiro, guarda projeções que se dirigem tanto ao procedimento em primeira instância quanto aos tribunais. O presente artigo pretende apresentar e problematizar o princípio da mediação

---

\* Pós-doutor em Direito pelo *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC) da Universidade de Coimbra (Portugal), doutor em Direito pela Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha) e mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Professor do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB) e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Promotor de justiça no Distrito Federal. O autor agradece os comentários e revisões de Mayara Lopes Cançado, Bruno Amaral Machado, Rafael Schwez Kurkowski e Renee do Ó Souza.

\*\* Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB) e promotor de justiça no Distrito Federal. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Atualmente, exerce o mandato de conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

como projeção e consequência inafastável do modelo acusatório pelo legislador brasileiro. A partir das características da imediação, ver-se-á que as Cortes ordinárias atuam numa modelagem normativa que prioriza o escrutínio sobre a observância dos *standards* probatórios pelo julgador de primeira instância, em lugar da simples sobreposição do julgador que travou contato direto com a prova. Já os tribunais extraordinários serão apresentados como Cortes de direito estrito. Pretende-se problematizar a atuação dessas Cortes e seu dever de fidelidade à imediação. Metodologicamente, o artigo se vale de revisão da literatura e de análise de dados, em especial as estatísticas de movimentação das Cortes superiores brasileiras.

**Palavras-chave:** Modelo acusatório. Princípio da imediação. *Standard* probatório. Papel dos tribunais. Tribunais superiores.

## 1. INTRODUÇÃO

Muito já se discutiu no Brasil a respeito das dimensões e projeções do modelo acusatório e de sua adoção no sistema normativo do País. Sua conformação na atualidade mantém importantes contribuições do modelo inquisitivo, com destaque ao esforço de aproximação da verdade dos fatos e ao princípio publicístico que orienta o processo penal como um todo (TUCCI, 2002, p. 227).

A clara distinção das funções de julgar e acusar, de modo a destacar a atuação do Ministério Público como acusador público no processo penal, é a marca que estabelece o processo acusatório por excelência. A presença de um acusador público, a materializar a atuação do Estado, que se faz parte para concretizar a persecução penal em juízo, é sopesada com o *favor rei* que informa o processo em juízo. Há, pois, uma fase pré-processual, administrativa em sua forma e substância, dirigida à investigação criminal. Em seguida,

com maior destaque, há a fase propriamente processual, de instrução criminal, formalmente acusatória e marcada pelo exercício da ação penal em juízo e dotada de *inquisitividade* na sua essência (TUCCI, 2002, p. 167).

A projeção da modelagem acusatória ao procedimento do processo penal é traduzida na adoção da oralidade, que se projeta na concentração dos atos processuais, na imediatidade existente entre o julgador e a própria atuação processual das partes e a identidade física do juiz (o julgador que acompanhou a instrução criminal deve ser o mesmo a sentenciar o feito). Todavia, para além dessa preocupação, é possível visualizar projeções do modelo acusatório na atuação dos tribunais?

A atuação dos tribunais, marcadamente orientada pela competência recursal e excepcional, informada pelas escassas hipóteses de competência originária e pelos casos de julgamento de ações autônomas de impugnação (sobretudo o *habeas corpus*), não deve se mostrar infensa às projeções do modelo acusatório de processo penal. Nessa medida, ganha destaque o estudo do princípio da imediação, que determina justamente a precedência da análise probatória por parte do julgador que observa de modo imediato – em franca submissão à oralidade, portanto – a produção probatória das partes.

O presente artigo destina-se, pois, a apresentar o princípio da imediação como consequência da adoção entre nós do modelo acusatório. Na sequência, procura investigar como se dá a atuação dos tribunais, ordinários e extraordinários, em matéria criminal. Serão indicados os modos de atuação desses tribunais, em observância ao que se chamará de *revisio prioris instantiae*, para estabelecer que essas Cortes não atuarão propriamente na reavaliação da prova, mas no escrutínio sobre a observância dos chamados *standards* probatórios pelo julgador de primeira instância.

Essa preocupação será objeto de destaque específico no proceder dos tribunais superiores, marcados pela apreciação de estrito direito.

Pretende-se questionar, a partir dos números que ilustram a atuação dessas Cortes, o dever de fidelidade desses tribunais ao modelo acusatório quando atuam como instância recursal ou mesmo como instância de controle (*habeas corpus*).

O artigo recorre à revisão da literatura específica sobre o tema da imediação e da atuação dos tribunais, além de se valer de análise documental de diplomas normativos, dados numéricos diretos e pesquisas que se debruçaram sobre as estatísticas das Cortes superiores.

## 2. A IMEDIAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA DO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO

A Constituição brasileira de 1988, entre diversas conformações possíveis para o sistema de justiça criminal, fez a opção expressa pelo modelo acusatório. Registre-se que por sistema acusatório compreendemos “as normas e princípios ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: acusatório” (PRADO, 2005, p. 145). Já o princípio acusatório é aquele a partir do qual visualizamos a normatividade que informa a conformação do acusatório em determinado ordenamento jurídico.

Desse modo, dentre os possíveis modelos de processo penal existentes mundo afora, destaca-se a modelagem acusatória como a que melhor converge com a compreensão de Estado de Direito na contemporaneidade e, de modo especial, a que melhor se amolda à ideia de democracia (PRADO, 2005, p. 33-34). A conformação do modelo acusatório em cada ordenamento jurídico é compreendida como sistema acusatório. Já a previsão normativa que, quando positivada, impõe a observância dessa modelagem (e se presta como parâmetro de controle em caso de legislação hierarquicamente inferior que dispuser de modo contrário ou dissonante) refere-se ao aqui denominado “princípio acusatório”.

Quando revisitamos o texto constitucional, parece inequívoco que a *sedes materiae* do princípio acusatório se encontra positivada no inciso I do art. 129 da Constituição, pois ali se afirma a titularidade exclusiva da ação penal pública ao Ministério Público, bem assim se estabelece a destinação precípua da função judicante, de modo a alijá-la da atuação de ofício para a realização da persecução penal.

Em substituição ao modelo puramente inquisitorial praticado nos séculos passados na Europa continental, a afirmação do modelo acusatório ocorreu há pouco mais de dois séculos. Trata-se da afirmação de uma modelagem processual na qual a audiência de instrução e julgamento representa o “único fundamento direto da sentença” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 222). De igual modo, o devido esclarecimento dos fatos, guiado pelos princípios da imediatidade e da oralidade, ocorre exclusivamente na audiência de instrução e julgamento diante do julgador, e este se baseia apenas ou precipuamente no material obtido nessa audiência.

Verdadeiramente, a audiência de instrução e julgamento, decorrente da mescla de contribuições oriundas do processo penal inglês e do modelo francês de Ministério Público, é marcada pelos postulados da oralidade, da imediatidade e da publicidade, além da divisão das forças ou poderes processuais (SCHÜNEMANN, 2013, p. 223).

Vale dizer que a oralidade é marcada pela imediatidade na produção probatória; isto é, as partes atuam diretamente na produção probatória (contraditório), e o julgador trava contato direto e sem intermediários com o meio de prova trazido ao juízo. O presente artigo não se destina a problematizar a imediatidade, mas a imediação. Esta é compreendida como o critério a orientar a atuação dos tribunais quando apreciam um caso que lhes é submetido em atenção ao efeito devolutivo dos recursos. A imediação impõe ao tribunal a observância de limites e critérios para se sobrepor

ao processo de valoração probatória de modo diverso daquele julgador que o fez travando contato direto e imediato com a prova.

Se, de um lado, a imediatidade é corolário da oralidade; de outro, a imediação é decorrência da própria modelagem dos tribunais. A estes não é dado simplesmente, sem a observância de parâmetros mínimos, sobrepor-se à valoração probatória daquele que, espera-se, faça melhor julgamento dos fatos justamente porque presente no momento da produção probatória. Não se cuida, pois, de julgamentos que se diferenciem porque melhores ou piores. Mas, como se verá a seguir, julgamentos que se distinguem porque orientadores ao escrutínio dirigido à observância dos *standards* probatórios.

O processo acusatório público, reputado como modelagem ideal por convenções e tratados de direitos humanos com cláusulas atinentes à proteção judiciária e às garantias da ampla defesa e do contraditório, é marcado pela distinção entre seus três sujeitos: acusado, acusador (público) e juiz. Além disso, o início da persecução penal deve observar provocação por sujeito diverso do julgador. Se, do ponto de vista formal, a compreensão do modelo acusatório não apresenta maiores dúvidas, é a abordagem substancial do acusatório que pede maior atenção.

A iniciativa e o desenvolvimento do processo penal dependem da livre decisão de um acusador que inicia o processo. O julgador, destaque-se, está vinculado aos fatos levados ao processo pelas partes. É nesse sentido que se pode afirmar a vigência do princípio acusatório. O dever de averiguação, que não é incompatível com a modelagem acusatória, guarda sua essência no fato de que o Estado estabelece órgãos estatais que desempenham as funções de persecução dos ilícitos como meio de promoção do interesse público. A preocupação com a imediação e a publicidade existentes no juízo oral somada à titularidade outorgada da persecução penal em juízo ao Ministério Público colocam-se em composição com as

contribuições advindas da modelagem inquisitiva – especialmente o dever de averiguação, a oficialidade e a busca da verdade material – para ao fim configurar o que se convencionou chamar de processo inquisitivo-acusatório (AMBOS; LIMA, 2009, p. 34-37).

Nessa conformação, a titularidade da ação penal centra-se no Ministério Público, e a instrução da persecução penal, em juízo, é marcada por um juízo oral, com um julgador objetivamente limitado pela acusação. O juiz não se mantém tão vinculado de forma a ficar tolhido de buscar a prova; ao contrário, pode perquirir de modo suplementar à gestão da prova outorgada às partes (AMBOS; LIMA, 2009, p. 37). Ada Grinover nos lembra que, entre as diversas conformações possíveis inseridas na modelagem acusatória, é preciso distinguir o que seja um processo adversarial de um acusatório-inquisitório, este último mais afeto à tradição processual brasileira e igualmente observado nos países de tradição europeia-continental. O *inquisitorial system*, inserido numa modelagem acusatória (isto é, não se confunde com o modelo inquisitorial que antecedeu o moderno modelo acusatório), pode ser compreendido pelo processo de desenvolvimento oficial, de modo a restar firme “o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial” (GRINOVER, 1999).

A ideia de imediação materializa o cuidado em garantir que um juiz ou tribunal receba a impressão mais próxima e direta possível dos fatos e das pessoas envolvidas na persecução penal. Alberto Bovino destaca que a imediação opera em planos distintos (BOVINO, 2005, p. 85). O primeiro deles se refere às relações havidas entre aqueles que participam no processo e o tribunal (expressão aqui assumida de modo amplo, para se referir ao julgador monocrático ou colegiado), a fim de que todos necessariamente se façam presentes e atuem juntos no processo. O segundo plano diz respeito à recepção da prova. Para se produzir um quadro fiel

do fato e, até mesmo, autorizar o exercício da defesa penal, a apresentação da prova deve dar-se perante o julgador, que ditará a sentença e os debates na presença das partes.

A imediação guarda estreito vínculo com o contraditório, que deve marcar os debates das partes a respeito do acervo probatório. A elas deve ser assegurada a possibilidade de produzir provas, contraditar e opor-se à atividade judicial e da parte contrária, além de refutar os argumentos passíveis de prejudicá-las. Também lhes é oferecida a garantia de serem ouvidas pelo julgador, o chamado direito de audiência. Trata-se, pois, da característica que marca o juízo penal: além de público e oral, deve ser contraditório e contínuo (MAIER, 2004, p. 656).

Tais advertências são relevantes justamente porque a atuação das Cortes no Brasil, seja em situação ordinária, por meio do julgamento dos recursos de ampla devolução de matéria fática (com destaque ao recurso de apelação), seja em extraordinária, por meio dos recursos vinculados e de direito e também (com maior razão, em verdade) nas ações autônomas de impugnação (com destaque ao *habeas corpus*), não parece atentar para esse aspecto fundamental do princípio acusatório na atividade de apreciação do conjunto fático-probatório da persecução penal. É também de Alberto Bovino a precisa lição de que a publicidade do processo penal só é possível quando atende ao postulado da imediação na introdução dos elementos probatórios no debate (BOVINO, 2005, p. 85).

Afinal, a consequência inafastável da imediação é o dever imposto ao julgador de respeito aos fundamentos de sua própria sentença. Em outras palavras, é indispensável que sua convicção emane dos atos do debate probatório, pois somente eles estão ao seu alcance e podem ser apreciados e discutidos pelas partes.

Entretanto, de nada adiantará afirmar a imediação como postulado a orientar a produção probatória, a atuação das partes, a

apreciação judicial da prova e a valoração probatória para elaborar uma sentença decisória, se esse cuidado igualmente não se projetar para o labor dos tribunais.

### 3. A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS EM MATÉRIA CRIMINAL

O modo pelo qual os tribunais apreciam os fatos objeto de uma persecução penal, em geral, se refere ao uso dos recursos de ampla devolução. No sistema recursal brasileiro, são dois os principais recursos para impugnação das decisões proferidas no processo penal: a apelação e o recurso em sentido estrito.

O recursos devolutivos atualmente existentes se baseiam, em maior ou menor medida, no modelo da antiga *apellatio* romana (NIEVA FENOLL, 2012, p. 316). Essa era uma impugnação que, em princípio, correspondia ao imperador, mas que posteriormente foi delegada a juízes inferiores. O recurso poderia ensejar a repetição do que já ocorrera em primeira instância, convertendo-se num verdadeiro *novum iudicium*. Embora esse esquema tenha sido observado nos ordenamentos medievais europeus, o tempo encarregou-se de delinear um panorama de recursos mais complexo, decorrente da inviabilidade de repetições desse juízo, seja pelo número de recursos, seja pela denominação e objeto de cognição demasiadamente amplos.

Assim, em lugar da *novum iudicium*, inviável pelas dificuldades temporais e materiais, pouco a pouco as modelagens processuais passaram a adotar o sistema da *revisio prioris instantiae*, no qual se opera um simples reexame do processado, sem a renovação – salvo em casos excepcionais – da atividade probatória (NIEVA FENOLL, 2012, p. 317). A consequência desse giro é a adoção de cada vez mais “travas” legais e jurisprudenciais aos recursos em geral, a ense-

jar inclusive a distinção entre os recursos de apelação e de cassação e, finalmente, os de amparo ou de direito estrito. Se os recursos de apelação autorizam um “rejulgamento” da causa, os de cassação limitam-se, se providos, a determinar a reapreciação do julgamento pela instância inferior. Já os recursos de amparo são a gênese dos recursos extraordinários do direito brasileiro, os quais se limitam à matéria de estrito direito. Essa evolução, vale destacar, observou um processo consciente ou evidente. Só é perceptível quando se tem em conta uma visão de conjunto de todos os recursos existentes e esses são analisados dentro de seu contexto histórico.

A crescente limitação da atividade recursal não decorreu da restrição de acesso aos recursos, mas da preocupação de assegurar parte do ordenamento jurídico digno de maior tutela. Ademais, é patente a preocupação de evitar o colapso das Cortes ordinárias e extraordinárias, em favor de inafastáveis postulados que devem orientar o funcionamento dessas Cortes, com ênfase à colegialidade e à qualidade da deliberação.

O questionamento que deriva dessa compreensão é inescapável: essa conformação das Cortes, ordinárias ou extraordinárias, encontra base normativa no direito brasileiro? As previsões de convenções firmadas pelo Estado brasileiro – e devidamente internalizadas no ordenamento – auxiliam na compreensão dessa modelagem processual.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, de 1966, prevê, em seu art. 14.5, que “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei” (BRASIL, 1992a). É válido lembrar que as normas convencionais têm muitas vezes redação ambígua, pois são frutos do consenso de diversos sistemas jurídicos distintos entre si. Assim como o Pacto de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, o chamado Pacto de São José da Costa Rica, também

foi internalizado pelo Estado brasileiro e assegura expressamente, em seu art. 8.2, letra *h*, o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (BRASIL, 1992b).

Nada disso é novidade, e, seguramente, essas disposições são usualmente trazidas nos debates a respeito do direito ao recurso na problemática do direito processual penal pátrio. No entanto, passa da hora de problematizar o modo pelo qual essas Cortes realizam sua cognição recursal, máxime quando se tem em mente a crise de funcionamento dos tribunais e, por que não, de todo o sistema de justiça criminal brasileiro. O enfrentamento dessa problematização deve observar os parâmetros igualmente estabelecidos por esses atos internacionais.

Colhe-se do Pacto de São José da Costa Rica uma previsão que diretamente toca o tema em análise e muitas vezes é olvidada quando tratamos do sistema recursal brasileiro. Confira-se a disposição veiculada no art. 25, cujo teor convém transcrever integralmente:

#### Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

O item 25.1 do preceito convencional estabelece o dever estatal de que o recurso seja simples, rápido e efetivo, isto é, guarde aptidão para alcançar os resultados que dele são esperados. De modo simples: reformar a decisão que se mostre equivocada, cassar a decisão que seja nula. O âmbito da jurisdição revisora não é detalhado pela Convenção, mas tal preocupação observa balizas mínimas (órgão diverso do prolator da decisão recorrida, apreciação célere, simplificação procedimental, *qualidade* efetiva de apreciação da decisão). Mas a própria norma convencional privilegia a *revisio prioris instantiae*, na medida em que o órgão recursal revise o processo consultando simplesmente os autos, sem ter que revolver ou renovar o que tramitado em primeira instância. Se o órgão recursal repisasse ou simplesmente reproduzisse o que se operou em primeira instância, a análise desta se suporia inútil.

A revisão, decerto, deve ser global, sobretudo quanto à valoração probatória, sem prejuízo de que sejam igualmente apreciadas a alegação de infração de quaisquer normas processuais ou substantivas, ainda que somente devam se estimar as infrações que de fato tenham sido relevantes para o equívoco da decisão recorrida (NIEVA FENOLL, 2012, p. 319-320).

A revisão da valoração probatória é ponto fundamental. A apreciação das provas depende do contato direto e pessoal do julgador, máxime quando se cuida da prova oral, e isso não ocorre no sistema de *revisio prioris instantiae*.

A falta de admissão de algum meio de prova ou a inadequada produção da prova podem ser denunciadas como erros processuais que dizem respeito à atividade probatória. No entanto, no exercício da competência dos tribunais de modelagem processual acusatória, o problema mais grave refere-se a possíveis equívocos na valoração da prova. Em sede recursal ordinária, usualmente, o recurso refere-se à discrepância entre a hipótese deduzida pelo julgador (tomada como

certa na decisão recorrida) e aquela sustentada pelo litigante que se vale do recurso. O juízo, pois, dirige-se à demonstração de a hipótese ser falsa por estar indevidamente construída ou de terem sido extraídas consequências não comportadas por ela.

A exigência de motivação judicial refere-se exatamente ao sentido que o julgador dá aos fatos que lhe são apresentados (ou representados) em juízo. O conteúdo da motivação que o juiz ou tribunal deverá aportar não será uma explicação do processo *psicológico* que o levou ao convencimento neste ou naquele sentido. Trata-se de um processo de justificação dirigido ao *standard* (padrão, modelo) de prova por parte da hipótese que considera provada e, nesse caso, uma justificação de que hipóteses alternativas não alcançam o nível de corroboração exigido pelo *standard*.

#### 4. STANDARD PROBATÓRIO

A exigência de um *standard* probatório é essencial ao controle racional da valoração da prova pelo julgador. Não são razões epistemológicas que impõem propriamente a construção desses padrões probatórios, mas razões políticas que estabelecem a adoção de um padrão mais ou menos exigente para a prova (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 151-152). A segurança jurídica exige que o *standard* probatório seja conhecido de antemão para se construir a decisão.

A relação do *standard* probatório com a ideia de presunção de inocência, bem assim a projeção desse postulado na distribuição do ônus probatório, traz igual reclamo de segurança. Afinal, é preciso saber de antemão quando a atividade probatória da acusação “derrota” a presunção de inocência e autoriza a prolação de um decreto condenatório.

A proposta de *standard* probatório, a autorizar a prolação de um

juízo condenatório sobre a culpabilidade, deve assegurar o concurso das seguintes condições: hipótese capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e predições confirmadas de novos dados que a hipótese permita formular. Todas as demais possibilidades plausíveis, explicativas dos mesmos dados e compatíveis com a inocência do acusado devem ser reputadas, excluídas as chamadas hipóteses *ad hoc* (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 147).

Merece destaque, na apresentação desses requisitos cumulativos, a ideia de as hipóteses deduzidas num processo precisarem guardar plausibilidade segundo um modelo de inferência. Entende-se por inferência a ideia de que uma hipótese será plausível, e assim assumida como provada num procedimento, se for a que melhor explica os fatos conhecidos do caso. A ideia de “melhor” explicação deriva do cotejo com outras explicações ou hipóteses consideradas (ALLEN; PARDO, 2007, p. 135-136).

É claro que o mero juízo de probabilidade ou de melhor hipótese, por si só, não responde a um juízo absolutório ou condenatório no processo criminal. Isso se dá por duas razões. A primeira guarda pertinência com a ideia de que a melhor explicação disponível para os fatos do caso, por vezes, pode ser ruim. Desse modo, ela não poderá ser a versão adotada na sentença, visto que sua adoção deve se dar não só por ser a melhor (ou menos pior) mas também por ser uma boa versão dos fatos. Já a segunda razão guarda pertinência com o conflito entre as hipóteses explicativas do fato, contrapondo-se acusação e defesa no esclarecimento do fato imputado. Quando ambas as hipóteses são boas, é preciso cotejá-las sem perder o padrão probatório, pois este informará igualmente um juízo de suficiência da prova para a formação do convencimento judicial (LAUDAN, 2007, p. 305).

Para o tema da imediação, o foco deste estudo, interessa o problema das hipóteses *ad hoc*, que, nos temas de *standards* proba-

tórios, são aquelas que não exigem confrontação. Entende-se por hipótese *ad hoc* a construção de uma explicação *a posteriori* que se destine a abranger todo o conjunto de dados e informações. A hipótese *ad hoc* não se sujeita a contraste empírico, tampouco se mostra sensível à experiência. O exemplo do complô contra o acusado é comumente empregado para ilustrar a figura da hipótese *ad hoc* (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 148-149). Nesse exemplo, a cada novo elemento de juízo exposto contra o acusado, a defesa alega tratar-se de uma prova deliberadamente construída para responsabilizá-lo. A hipótese *ad hoc*, pois, é irrefutável, mas igualmente inadmissível.

A tarefa de uma Corte ordinária (também chamada de Corte de cassação, por nossa herança ibérica) é verificar se o julgador da decisão recorrida, no processo de valoração probatório, observou os *standards* probatórios aplicáveis ao caso e limitou-se a eles. A ausência de imediação, isto é, o fato de os atos probatórios não serem novamente reproduzidos diante da Corte de apelação, orienta o modo pelo qual esse tribunal realizará a reapreciação da matéria.

Não se trata, portanto, de revisão integral, ampla, na qual a figura do juiz de primeira instância simplesmente é substituída por outro julgador dedicado à mesma tarefa, mas sem o contato imediato com a prova. Em verdade, o juízo de apreciação em sede recursal deve voltar-se justamente ao teste dos *standards* probatórios efetuado pelo julgador de primeira instância. E, para esse mister, faz-se necessário qualificar a decisão de primeira instância, de melhor qualidade sobre o juízo da prova, assegurada justamente pela imediação, e exteriorizada a partir desses *standards*. Aos tribunais de ampla devolução incumbiria, em respeito à imediação que se impõe pela adoção do postulado acusatório, o escrutínio dos *standards*, mas não a consideração direta e imediata sobre os meios de prova que se realizaram efetivamente em primeira instância.

Nisso consiste a melhor qualidade do sistema de *revisio prioris instantiae*. Caso contrário, teríamos Cortes alijadas da imediação na produção probatória, em franca vulneração da oralidade, que é projeção inafastável do modelo acusatório, incumbidas de apenas substituir um juízo qualitativo informado pela oralidade por um juízo de pior qualidade informado pela hierarquia judicante. Seguramente, não é essa a modelagem estabelecida, entre outros diplomas, pelo Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 25.2.b, quando menciona o dever do Estado brasileiro de “desenvolver as possibilidades de recurso judicial” (BRASIL, 1992b).

Esse cuidado com a imediação merece ainda mais destaque quando visualizamos o atual quadro das Cortes superiores (ou extraordinárias) no sistema de justiça criminal brasileiro.

## **5. PADRÕES PROBATÓRIOS E TRIBUNAIS DE ESTRITO DIREITO**

Se a atuação recursal das Cortes precisa necessariamente observar a imediação, essa assertiva deve ser considerada com maior cuidado pelos chamados tribunais superiores. Nos termos da Constituição brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF) é a Corte incumbida da “guarda da Constituição” (BRASIL, 1988, art. 102) por meio do exercício da jurisdição constitucional, seja pelo controle abstrato de constitucionalidade, seja pelo controle difuso e pela apreciação caso a caso nos julgamentos de recursos extraordinários. Já o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se posiciona no ordenamento pátrio como a Corte superior incumbida da uniformização da jurisprudência e da consolidação da interpretação da legislação infraconstitucional.

O trabalho dos tribunais superiores consiste em assegurar, no topo da estrutura do Poder Judiciário, a integridade do ordenamento jurídico. Além disso, ocupam-se de orientar, com maior ou menor

caráter vinculante, os tribunais inferiores por meio de sua jurisprudência. Trata-se do chamado *jus constitutionis*, julgamento que se refere à observância da lei ou da Constituição como preceito abstrato, isto é, “o obséquio à vontade de legislador e quase se poderia dizer, empregando conceitos modernos, aquele princípio constitucional de distribuição dos poderes, pelo qual ao juiz toca o dever de aplicar a lei, não o de criá-la, ou reformá-la a seu arbítrio” (BUZAID, 1960, p. 328). Esse trabalho em nada se confunde com o *jus litigatoris*, que é o direito subjetivo do indivíduo no processo. São gravidades distintas de equívocos a serem corrigidos por um tribunal: se, no *jus litigatoris*, há um erro de fato ou de direito que resulta na injustiça de uma decisão; no *jus constitutionis*, há “um perigo de caráter constitucional e político, cuja repercussão transcende os limites do caso individual e assinala a rebeldia do juiz diante da lei, de que foi chamado a ser o intérprete” (*loc. cit.*).

É sedutora a possibilidade de essas Cortes superiores operarem como última chance ao litigante de obter seu direito, mas, para que ela seja factível e equânime – isto é, assegurada a todos os cidadãos que batem às portas do Judiciário –, seria necessário modificar radicalmente a estrutura desses tribunais, para que pudessem se dedicar colegiadamente e com maior atenção aos casos individualmente considerados. No atual contexto brasileiro, essa possibilidade evidencia uma alternativa cruel e agravatória das desigualdades de acesso à Justiça. Afinal, permitir que as Cortes superiores se debrucem com olhar distinto caso a caso atenua ou agrava a certeza de que nem todo jurisdicionado alcança a possibilidade de sua causa ser apreciada por uma Corte superior? E, em rigor, a tanto não se devem prestar as Cortes superiores, pois o julgamento de qualidade da causa concretamente considerada deve ser objetivo a ser alcançado pelos tribunais ordinários.

Embora óbvia a constatação, a realidade brasileira ainda se encon-

tra distante do papel atribuído às Cortes superiores de distinguir os recursos iterativos e complexos, para que sejam resolvidos os primeiros com celeridade e de modo uniforme e os segundos com maior atenção e cuidado à orientação que se projeta aos tribunais inferiores. Eis o ponto: sempre que uma Corte superior se debruça sobre o caso concreto, indo além do cotejo dos *standards* probatórios para ingressar na valoração probatória propriamente dita, tem-se, num só golpe, malferidos o postulado acusatório (porque ofendida a imediação) e o papel constitucionalmente fixado a essas Cortes.

O que dizer, então, quando as Cortes, legitimamente provocadas para atuar como instâncias de controle jurisdicional por meio do *habeas corpus*, ingressam no revolvimento fático-probatório da causa? É evidente o risco de contrariedade à imediação, projeção inafastável do modelo acusatório, e de frontal violação ao contraditório, pois a decisão ali construída não se dá à luz do indispensável debate entre as partes. Aliás, não raro são decididas causas de modo terminativo sem acesso integral ao que consta da persecução penal já formalizada.

## 6. CHOQUE DOS NÚMEROS

O STF recebeu, no ano de 2017, 103.650 processos, dos quais 56.257 foram distribuídos. Monocraticamente, os ministros julgaram 113.634; colegiadamente, 12.897 (pouco mais de 11% do número de processos decididos de modo solitário). Os números de processos recebidos, distribuídos e julgados (monocrática ou colegiadamente) têm aumentado de forma acentuada a cada ano (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018). Dentre esses números elevadíssimos, destacam-se os de pedidos de *habeas corpus* concedidos: em 2017 foram 543, dos quais 159 contaram com ordens concedidas de ofício e 45 tiveram concessão parcial da ordem pleiteada (*loc. cit.*).

A realidade numérica do STJ, tal como ocorre no STF, evidencia quadro de colapso da Corte. Em 2017, foram recebidos 332.284 novos processos originários e recursais, dos quais 94.313 são de natureza criminal. Destes, vale dizer, 47.415 são pedidos de *habeas corpus* e 13.687 recursos ordinários em *habeas corpus*. Dos 10 assuntos de ordem criminal mais discutidos entre os anos de 2012 e 2017, 4 destacam-se: tráfico de drogas e afins (3º), roubo majorado (4º), homicídio qualificado (6º) e execução penal (7º) (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017).

O disparate dos números referentes aos julgamentos monocráticos em face dos julgamentos colegiados já evidencia a falência das Cortes superiores no exercício de seu papel de debruçar-se, com atenção e debate qualificado, sobre as causas que deveriam orientar a jurisprudência das Cortes inferiores. Demais disso, a cada causa, em *habeas corpus*, na qual as Cortes superiores se afastam do *jus constitutionis* que orienta a atuação delas, ocorre um aprofundamento das desigualdades de acesso à justiça e de atuação seletiva do sistema de justiça criminal.

De fato, o número de feitos que chegam aos tribunais superiores autoriza a assertiva de que, em alguma medida, as Cortes inferiores não observam a orientação haurida desses tribunais de estrito direito. No entanto, nesse conjunto de números, convém indagar se as Cortes superiores têm se pautado pela observância do princípio do acusatório, na sua exigência de cuidado na imediação da prova e sua projeção no *modo* pelo qual se realiza o escrutínio da avaliação probatória, e pelo dever a elas atribuído de desenvolver as possibilidades do recurso judicial, para rememorar a expressão veiculada na Convenção Americana de Direitos Humanos.

O nível de cognição noticiado em muitos julgamentos de *habeas corpus* que culminam no trancamento de ações penais em curso ou mesmo de investigações ainda em andamento parece respon-

der em sentido contrário às preocupações do princípio acusatório. De igual modo, a apreciação de recursos (especial e extraordinário) que vão além da afirmação dos *standards* probatórios e, de modo equivocado, autorizam um julgador de instância extraordinária a substituir-se ao que travou conhecimento direto com a prova e conduziu os debates das partes sobre ela parece igualmente descuidar das projeções da modelagem acusatória do processo penal pátrio.

Se a sobrecarga das Cortes (ordinárias, mas com especial ênfase às extraordinárias) é sinal indicativo de que algo vai mal no desenho normativo do sistema de justiça criminal brasileiro, é hora de indagar em que medida esse problema não decorre da falta de fidelidade dessas Cortes às consequências da adoção entre nós do princípio acusatório. De igual modo, quando se nota a atuação das Cortes examinando casos com apreciação de fatos muitas vezes em substituição solapada do juízo de primeira instância, é hora de repensar se o dever de observância do princípio acusatório não deve ser igualmente exigido dos tribunais.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio acusatório e sua projeção no desenho procedimental reclama destacada consideração da oralidade e sua projeção na consideração da prova. É certo que a atuação dos tribunais, como instância recursal, evidencia um procedimento misto, marcado pela oralidade da produção probatória na primeira instância e pelo procedimento escrito perante o tribunal (ANDRADE, 2013, p. 158-159).

Todavia, em respeito ao que seja a imediação, consectário inafastável do acusatório e orientador das instâncias recursais na revisão de decisões proferidas por julgador que travou contato direto com os meios de prova, é urgente a reflexão, seja no âmbito normativo, seja

no institucional, do papel das Cortes ao exercerem suas competências recursais. Esse quadro se acentua quando se considera a alargada (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO, 2014), e muitas vezes distorcida, utilização do *habeas corpus* como sobreposição de decisões sem o devido esgotamento das instâncias destinadas ao conhecimento da causa.

A adoção do modelo acusatório, conquanto positivado e projetado na Constituição brasileira desde 1988, ainda se mostra um projeto inacabado. Demais disso, cumpre exigir a devida conformação desse postulado não apenas no desenho procedimental da persecução penal em primeira instância mas igualmente estabelecendo balizas que autorizem a melhor qualificação e o devido dimensionamento das decisões proferidas nos tribunais ordinários e de estrito direito.

O malferimento da imediação, como projeção do princípio acusatório, longe de representar apenas o afastamento de uma modelagem processual desejada para o direito pátrio, presta-se apenas para acentuar o fosso existente no tratamento igualitário daqueles que batem às portas do sistema de Justiça. Afinal, quais os critérios e as razões que orientam um julgador, que se destinaria a uma atuação própria de *revisio prioris instantiae* (tribunais ordinários) ou de *jus constitutionis* (STF e STJ), a assumir indevidamente a competência hoje atribuída ao juiz de primeiro grau? Fica o convite para a reflexão, que seguramente se dirigirá ao modo pelo qual atua o sistema de justiça criminal brasileiro (prática), e não propriamente ao modo pelo qual deveria atuar esse mesmo sistema (teoria).

## REFERÊNCIAS

ALLEN, R. J.; PARDO, M. S. The problematic value of mathematical models of evidence. *Journal of Legal Studies*, University of

Alabama, public law research paper n. 900910, v. 36, p. 107-140, jan. 2007.

AMBOS, K.; LIMA, M. P. *O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ANDRADE, M. F. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BOVINO, A. *Los principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 592. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, p. 8716, 6 jul. 1992.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 678. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Diário Oficial da União*, Brasília, Seção 1, p. 15562, 6 nov. 1992.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Relatório Estatístico 2017*. Brasília: Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Movimento processual a partir de 1940*. Brasília: Assessoria de Gestão Estratégica do STF, 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BUZAID, A. A crise no Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 55, p. 327-372, jan. 1960.

FERRER BELTRÁN, J. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO. *Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores”*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas (Centro Justiça e Sociedade); IPEA, 2014.

GRINOVER, A. P. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, p. 71-79, 1999.

LAUDAN, L. Strange Bedfellows: Inference to the best explanation and the criminal standard of proof. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 11, n. 4, p. 292-306, out. 2007.

MAIER, J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. v. 1.

NIEVA FENOLL, J. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Edisofer, 2012.

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

SCHÜNEMANN, B. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TUCCI, R. L. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

# PARA SAIR DA CONJUNTURA: UMA AGENDA DE PESQUISA SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE SISTEMA ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO

*Angelo Augusto Costa\**

## RESUMO

A crise do princípio acusatório no sistema jurídico brasileiro tem causas conjunturais óbvias e outras, estruturais, menos óbvias, mas não menos importantes. Ao lado da crescente esquizofrenia hermenêutica, ditada pela incapacidade de oferecer respostas fora da grave crise política, econômica e moral dos últimos anos, existe uma dificuldade muito grande de entrar em acordo sobre o significado concreto da dicotomia “sistema acusatório *versus* sistema inquisitório”, o que turva o debate e favorece sua manipulação conforme os mais diversos interesses. Este artigo propõe, para não ficarmos presos à conjuntura desfavorável, o desenvolvimento de duas linhas de pesquisa: de um lado, a elaboração de uma história intelectual da contraposição entre os dois sistemas; e, de outro,

---

\* Procurador da República e mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

a adoção de métodos empíricos, qualitativos e quantitativos, para avaliação comparativa das ordens jurídicas e do ordenamento jurídico brasileiro. Ilustra-se a importância dessas pesquisas com o exemplo do processo penal na monarquia brasileira do século XIX.

**Palavras-chave:** Processo penal. Sistema acusatório. Direito comparado. Metodologia de pesquisa.

## ABSTRACT

The crisis of the accusatorial system in Brazilian law has obvious roots in the conjuncture, but also stems from less known and equally important structural causes. Besides the increasingly “schizophrenic” legal interpretation, due to the Supreme Court inability to give answers outside the framework of the last years serious moral, economic and political crisis, there is a strong difficulty in reaching consensus on the right meaning to be accorded to the “inquisitorial *versus* accusatorial” dichotomy. Those problems blur stances and facilitate debate manipulation by multiple interests. In order to escape the unfavourable present state of affairs, this article proposes the development of a two-pronged research agenda. On one hand, writing an intellectual history of the opposition between inquisitorial and accusatorial systems. On the other, conducting empirical research using qualitative and quantitative methods to analyse and compare legal systems. The 19th century Brazilian monarchical criminal procedure illustrates the relevance of these approaches.

**Keywords:** Criminal procedure. Accusatorial system. Comparative law. Research methods.

## 1. INTRODUÇÃO

No centro dos debates sobre reforma do processo penal em todo o mundo, como uma espécie de “grande sombra” da qual o direito comparado não consegue se livrar (LANGER, 2014), a dicotomia “sistema acusatório *versus* sistema inquisitório” adquiriu no Brasil dimensão extraordinária em razão da recente crise da ideia-força, prevalecente desde a Constituição de 1988, de que nosso ordenamento jurídico acolheu e determinou o desenvolvimento do princípio acusatório. A raiz dessa crise setorial, embora faça parte da crise política, econômica, moral e jurídica nacional, parece estar também numa dificuldade de comunicação entre os vários lados do debate: ninguém se entende muito bem sobre o significado das velhas e onipresentes categorias quando aplicadas a situações concretas ou contextos normativos específicos. Dessa razão estrutural resultou a contaminação conjuntural do discurso jurídico por uma crônica esquizofrenia hermenêutica que transplantou para o processo penal um feixe de disputas corporativas ou políticas entre as instituições protagonistas de uma assustadora época de múltiplas crises. Estamos a um passo do vale-tudo.

Fiquemos em dois exemplos recentes. De um lado, no ano de 2014, antes de a crise nacional ter alcançado o zênite (ou, dependendo da perspectiva, o nadir, também conhecido como fundo do poço), o Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104, derrubou a exigência de que os inquéritos policiais somente pudessem ser instaurados por requisição judicial no âmbito eleitoral, com base numa sofisticada leitura do art. 129, I e VI, da Constituição, que vincula as prerrogativas do Ministério Público no processo penal, e a consequente separação entre ação penal e jurisdição, ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. De outro lado, em 2018, depois de um *impeachment*,

duas denúncias contra o presidente da República que sucedeu à impedida por fatos ocorridos durante o mandato e a prisão de um ex-chefe de Estado, o mesmo STF tem arquivado inquéritos que apuram condutas de parlamentares federais – que nem mais são de sua competência, segundo a nova orientação da Corte – sem pedido formal da Procuradoria-Geral da República. E o faz sobre uma interpretação literal do Código de Processo Penal (CPP) que talvez tenha buscado inspiração no que a Corte, em diversos contextos, denomina “princípio da proteção judicial efetiva”, decorrente da cláusula da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV).

Essa contradição evidente revela a tensão entre o princípio acusatório, que impõe a divisão de papéis no processo entre acusação, defesa e juiz (o *actum trium personarum* como expressão de um processo penal de partes), e o da proteção judicial efetiva, que pode justificar, em determinados casos, a atuação *ex officio* dos magistrados na tutela de direitos<sup>1</sup>. É natural que na “era dos direitos” se amplie de algum modo o poder do juiz para coibir violações de posições jurídicas fundamentais. Isso decorre, quando menos, do velho princípio da “incolumidade das esferas jurídicas” de que falava Pontes de Miranda, ou seja, da noção de que o titular de

---

1 A tensão obviamente não é nova e foi bem analisada em Correa (1978) acerca da não previsão do *habeas corpus* de ofício no projeto de CPP então enviado pelo governo ao Congresso Nacional (Projeto de Lei n. 633/1975) e inspirado no anteprojeto de José Frederico Marques, que abolia todo procedimento *ex officio*. Nas palavras de Correa (*idem*, p. 163), que tenta equilibrar a balança a favor do *habeas corpus* de ofício: “a supressão do procedimento penal *ex officio* é plenamente justificável quanto à iniciativa da provocação jurisdicional ou de outra atividade semelhante, que vise à aplicação de qualquer restrição judicial ao direito de liberdade. Mas, ao contrário, a iniciativa do magistrado é imprescindível para a proteção da pessoa contra abusos e arbitrariedades”. Qualquer semelhança com as posições do STF quarenta anos depois é mera coincidência.

um direito violado ou ameaçado pode reclamar a prevenção de um dano e, se não for possível, a sua reparação<sup>2</sup> – o que, no entanto, ainda não seria suficiente para retirar o juiz da inércia. Entretanto, até que ponto essas quase obviedades já incorporadas ao repertório do direito brasileiro podem impedir que o titular da ação penal decida não apenas sobre o início da investigação criminal, mas também sobre o seu fim? Onde está o limite? Qual a intervenção aceitável para preservar tanto a imparcialidade do juiz quanto a independência do Ministério Público?

É claro que o Supremo não tem uma resposta adequada para essas questões, o que supõe uma investigação constitucional refinada sobre os limites recíprocos dos poderes do Ministério Público e do Poder Judiciário no processo penal (uma versão “miniaturizada” e bastante delicada dos *checks and balances*), muito além dos motivos e das circunstâncias puramente conjunturais em que a crise do princípio acusatório se instalou. Surge, então, uma aporia. O sistema acusatório – que parecia tão certo apenas alguns anos atrás – de repente se acha mergulhado na mais profunda incerteza sobre seu significado; pois, se, por exemplo, o juiz pode intervir, sem provocação, a qualquer momento, na fase preliminar ao exercício da ação penal para encerrá-la sumariamente com base no “princípio da proteção judicial efetiva”, então, na prática, ele pode quase

---

2 Não se ignora que, no moderno direito processual, a ideia de “lesão e ameaça de lesão”, que inspirou o texto constitucional do art. 5º, XXXV, foi substituída, com maior rendimento teórico, pela de “ilícito”, para fugir à concepção individualista – e, até certo ponto, privatista – que se tinha do processo. Isso está claro também no processo penal, sobretudo na generosa extensão do *habeas corpus* a situações em que a liberdade de locomoção se acha apenas indiretamente ameaçada, o que funciona às vezes como uma tutela inibitória dentro do processo penal.

tudo, ressalvado talvez – ainda assim com grandes dúvidas<sup>3</sup> – o oferecimento de denúncia nos crimes de ação penal pública.

De onde vem e para onde vai a aporia, muito maior do que esses breves exemplos<sup>4</sup>? Este artigo pretende, modestamente, fora

---

3 Caberia lembrar que até essa última trincheira do princípio acusatório, de uma literalidade que beira a clareza solar, está ameaçada por iniciativas legislativas, apoiadas por ministros do STF, que fixam prazos irrealistas para o oferecimento de denúncia e favorecem o exercício da ação privada subsidiária, ou seja, a vingança privada. É como se ignorassem o alerta de Montesquieu sobre o assunto (texto com a grafia original e negritos nossos): *“À Rome, il étoit permis à un citoyen d’en accuser un autre. Cela étoit établi selon l’esprit de la république, où chaque citoyen doit avoir, pour le bien public, un zèle sans bornes; où chaque citoyen est censé tenir tous les droits de la patrie dans ses mains. On suivit, sous les empereurs, les maximes de la république; & d’abord on vit paroître un genre d’hommes funestes, une troupe de délateurs. Quiconque avoit bien des vices & bien des talens, un ame bien basse & une esprit ambitieux, cherchoit un criminel, dont la condamnatinn pût plaire au prince: c’étoit la voie pour aller aux honneurs & à la fortune, chose que nous ne voyons point parmi nous. Nous avons aujourd’hui une loi admirable; c’est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les loix, prépose un officier, dans chaque tribunal, pour poursuivre en son nom tous les crimes: de sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous. Et, si ce vengeur public étoit soupçonné d’abuser de son ministere, on l’obligeroit de nommer son dénonciateur.”*

4 Poderíamos citar e comentar também outro ataque direto ao princípio acusatório que foi a destruição, pela quase unanimidade do STF, do modelo negocial de “colaboração premiada” (influenciado pela variedade de acordos penais no direito americano) e sua substituição por uma diluída versão brasileira na qual o Ministério Público e até a polícia, a qual não atua em juízo, simplesmente prometem que vão levar a boa vontade do colaborador à boa vontade do juiz, que poderá ou não conceder os benefícios legais a seu talante (ver Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.508, j. 20-6-2018). Pior: levou o controle externo da polícia para dentro do Poder Judiciário, ao resolver que a opinião do Ministério Público sobre a colaboração obtida pela polícia e seus resultados tem o mesmo valor da opinião de qualquer colunista de jornal de domingo

dos debates intensos sobre a crise conjuntural brasileira, sugerir duas linhas de pesquisa sobre a contraposição “sistema acusatório” *versus* “sistema inquisitório” no Brasil, numa tentativa de superar a incompreensão sobre o que significa cada uma das categorias – o elemento estrutural da crise do princípio acusatório entre nós. Assim, quem sabe, possamos encontrar uma saída para os impasses e desafios que a jurisprudência oscilante do STF criou nos últimos anos.

Em primeiro lugar, propõe-se uma nova história da distinção entre os sistemas, já que hoje se tem apenas uma história da evolução dos modelos em direitos específicos (uma espécie de “história do direito positivo”), sem referência precisa à matriz intelectual e às referências contextuais em que a dicotomia nasceu e cresceu. Em segundo lugar, uma pesquisa empírica sobre o funcionamento real do sistema processual no direito comparado, e no próprio direito brasileiro, que vá além da simples análise dos textos normativos: mais *law in action* e menos *law in books*. Por fim, com vistas a ilustrar a confusão, uma discussão sobre a dificuldade de chegar a um acordo sobre o que significam “acusatório” e “inquisitório”, usando como exemplo a legislação processual do Império do Brasil.

---

que o juiz decida ler. Difícil subestimar o risco de a colaboração se tornar mais uma ferramenta ineficaz na coleção do Ministério Público, e mais difícil ainda não pensar que isso nada tem a ver com o estrondoso sucesso – acompanhado, é verdade, por alguns épicos fracassos – das colaborações no âmbito da chamada “Operação Lava Jato”. Esse foi um caso em que o Judiciário não conseguiu ou não quis – talvez por não lhe ser interessante – renunciar a seu papel de “gestor da verdade” no processo, aquele que tem a última palavra sobre a reconstituição dos fatos. Impressiona que os ministros do STF não vejam que essa atitude se acha no centro da própria crise de legitimidade da jurisdição.

## 2. A QUESTÃO CONSTITUCIONAL E O MOVIMENTO RUMO AO SISTEMA ACUSATÓRIO: POR UMA HISTÓRIA INTELLECTUAL DA DISTINÇÃO ENTRE OS SISTEMAS

A aplicação da lei penal constitui um dos elementos mais importantes de qualquer regime político. Ao lado da cobrança de tributos e da conscrição (não à toa chamada antigamente de “tributo de sangue”), a privação da liberdade – ou até da vida – está na base do exercício do poder do Estado sobre os indivíduos. Pode-se afirmar que não há organização política que desconheça o restabelecimento da ordem jurídica por meio de sanções impostas aos autores de infrações graves, e todas o fazem segundo um procedimento pré-definido, que pode assumir diversas formas em sua concretude histórica. Essa íntima associação entre o “processo penal” e a vida na pólis produziu, ao longo da história, diversas avaliações do que seria o melhor sistema de administração da justiça criminal como parte das discussões sobre a mais perfeita constituição. Em outras palavras, o assunto tem caráter constitucional, e o constitucionalismo, antigo e moderno, nunca o ignorou. Para isso, contudo, o discurso jurídico teve de adotar um modo comparativo.

No debate contemporâneo sobre modelos de processo penal, as categorias denominadas “sistema acusatório” e “sistema inquisitório” têm lugar de destaque. Elas ocupam o centro da discussão sobre o direito processual comparado e servem ao mesmo tempo como arma retórica nas disputas tanto pela reforma quanto pela identidade de uma determinada ordem jurídica. Hoje, aliás, como no passado, o relativo prestígio das técnicas processuais surgidas nos Estados Unidos tornou o “sistema inquisitório” quase uma palavra de baixo calão. A ordem é a de “*écraser l’infâme*” e migrar o mais rápido possível para um modelo que emule o americano em seus aspectos essenciais, por meio de adaptações criativas de velhos institutos e incorporação seletiva de novas práticas. Exemplos dessa tendência

são, no Brasil, a utilização, em casos de grande repercussão, do antigo método da colaboração premiada e a ampliação dos espaços de justiça penal negociada<sup>5</sup>. Mas eles existem em quase todos os sistemas de algum modo influenciados pela *civil law*, como atestam a transformação da “ordem penal” (*Strafsbefehl*) em um procedimento negociado no direito alemão, e a adoção de variados tipos de acordo no direito italiano, holandês e francês (THAMAN, 2012).

Esse movimento em direção ao “sistema acusatório”, todavia, não tem nada de novo. Antes de os Estados Unidos servirem de molde para o decalque, era para a Inglaterra que os olhos se voltavam em busca de inspiração. A crítica iluminista aos métodos inquisitórios prevalentes no processo penal do *Ancien Régime*, na França, levou o governo revolucionário a adotar o modelo acusatório com forte

---

5 Embora essas ideias sejam apresentadas como reforço do sistema acusatório (o que pode até ser o caso), parece mais adequado vê-las sobretudo como respostas a uma crise global da ação, da jurisdição e do processo. Hoje o enorme conjunto de garantias e o elevado módulo de prova para condenações tornaram a investigação, o processo e o julgamento tão caros e lentos que o sistema teve de acionar válvulas de escape para manter sua operacionalidade. Havia, pronto, um Ministério Público organizado, com razoável autonomia (em alguns casos, como o brasileiro, com o mesmo regime jurídico dos juízes), para assumir papéis que antes cabiam aos demais magistrados, mediante um arranjo que fizesse seus poderes dependerem do consentimento do investigado ou do acusado. A justiça penal negociada tem origem numa sociedade contratual, a americana, mas se difunde rapidamente por falta de opções para incrementar a eficiência dos vários sistemas diante da crescente complexidade social. Amplificando a crença do século XVIII de que o modelo acusatório inglês era superior em termos de resultados ao continental, associa-se tudo o que melhora as condições de operação da justiça criminal ao conceito de “sistema acusatório”, o que parece ter ampliado significativamente seu campo semântico, fazendo dele uma bandeira de reforma do processo penal em diversos países – e até mesmo de resistência a mudanças nos Estados Unidos. Veja-se a propósito Slansky (2008).

influência inglesa (FERRAJOLI, 2000; DIEZ-PICAZO, 2000), sob a influência de diversos nomes de prestígio, como Voltaire e Sieyès. Esse ímpeto reformista durou, contudo, pouco tempo, pois Napoleão, no *Code d'Instruction Criminelle*, de 1808, introduziu um processo misto, com duas fases bem distintas: a instrução, escrita, secreta e levada a efeito por um magistrado, e o julgamento, no qual havia contraditório, debates orais e maior atuação das partes. Esse sistema, em linhas gerais, expandiu-se pela Europa do século XIX – com a notável exceção da Inglaterra, fiel a seu modelo processual – e sobreviveu, com adaptações locais, até pouco tempo atrás em diversos países.

Além disso, a distinção conceitual entre os dois princípios que orientam o processo penal surge no discurso jurídico e político inglês muito antes das revoluções americana e francesa, em um contexto bastante específico do século XV: a *civil law*, que vigorava na Europa continental, parecia uma tentação para os monarcas ingleses porque sustentava um regime absolutista, enquanto o poder do soberano do outro lado do canal vinha sendo progressivamente limitado pelas prerrogativas do parlamento e pela tradição da *common law*. Em momento agudo de crise política e guerra civil, com usurpações do trono, intensos conflitos entre a nobreza – como foi praticamente todo o século XV inglês –, o risco de tirania aumentou e a preocupação com a justiça, como anteparo ao arbítrio, floresceu no pensamento sobre o bom governo<sup>6</sup>.

---

6 Nesse contexto aparece *De Laudibus Legum Angliae*, de John Fortescue (1394-1479), publicado postumamente em 1543 e escrito durante os anos de exílio do autor com a família real inglesa, na França, no período crucial das “Guerras das Duas Rosas” (*Wars of the Roses*). Fortescue era um experiente advogado e juiz que escreveu *De Laudibus Legum Angliae* na forma de um diálogo com Edward of Westminster, Príncipe de Gales, filho de Henrique VI. Este era fraco, estava endividado pelo peso da guerra com a França herdada de seu

Assim, a contraposição dos sistemas processuais não aparece no vácuo, não é inocente nem desprovida de propósitos políticos. Ao contrário, tem uma história intelectual e política que pode – e precisa – ser contada, dadas as várias implicações para o tipo de Estado em que vivemos e queremos viver. Compreender a trajetória dos conceitos manejados por juristas, políticos e, hoje mais do que nunca, corporações nas discussões sobre o tipo de processo penal que temos e pretendemos ter pode iluminar bem os interesses e os valores que estão de cada lado das batalhas legislativas e judi-

pai, Henrique V, e apresentava vários problemas emocionais. Em 1461, Henrique VI foi deposto por Richard Plantagenet, Duque de York, o que motivou o início de uma guerra civil que se estendeu por doze anos. Após derrotas militares importantes, o rei fugiu com a esposa, Margaret de Anjou, e a corte (inclusive o filho Edward, ainda pequeno) para a Escócia e, depois, para a França. Acredita-se que Fortescue tenha redigido *De Laudibus* no exílio francês. Trata-se de uma obra claramente *ad usum delphini*, de instrução do príncipe nos assuntos do direito e do governo, que aparecem intimamente ligados no pensamento de Fortescue. Além da muito conhecida comparação entre os sistemas inglês e francês – a *common law* e a *civil law* –, o livro enuncia uma teoria política inspirada em Aristóteles e Tomás de Aquino, com alguns toques originais, entre os quais a ideia, que depois se tornou muito utilizada na Inglaterra, de que o reino seria um “domínio real e político” (*dominium regale et politicum*), para limitar o poder do rei e ressaltar a base consensual do governo. De acordo com Langer (2016), Fortescue teria realizado ademais cinco contribuições decisivas para o direito processual penal comparado que sobrevivem até hoje: a conceptualização das diferenças entre *civil law* e *common law*; os usos normativo e descritivo da dicotomia; a análise epistemológica – que se preocupa com a questão da “verdade” como resultado do processo – na comparação entre sistemas processuais; a afirmação de que existe uma relação entre os sistemas de *common law* e *civil law* e as respectivas sociedades em que eles operam; e a relação entre os sistemas e os tipos de poder político exercidos nessas sociedades. Apesar de ser do século XV, parece urgente o estudo do texto de Fortescue para uma pesquisa mais aprofundada sobre a história intelectual das categorias “sistema acusatório” e “sistema inquisitório” que transcenda a mera evolução histórica dos sistemas jurídicos concretos.

ciais sobre a configuração concreta de nosso sistema jurídico. Daí a necessidade não apenas de construir modelos que interpretem a normatividade constitucional vigente em dado momento histórico, mas também de conhecer melhor como o debate chegou à forma atual e, quem sabe, dar-lhe uma expressão mais moderna, adequada às transformações radicais do século XXI<sup>7</sup>.

No caso brasileiro, vimos que o princípio acusatório, tal como concebido pela Constituição em traços largos, está sob tensão permanente em todas as frentes. Isso ocorre, além de outras causas mais conjunturais, pela ação de duas tendências históricas de nosso sistema: fortalecer mais do que o necessário à proteção de direitos fundamentais o papel dos juízes no processo penal (por herança do procedimento *ex officio* que por muito tempo vigorou entre nós); e dar à função desempenhada por alguns policiais – os delegados de polícia – um estranho caráter “jurídico”<sup>8</sup> que os aproxima da

---

7 Ainda não foi assimilado pelo pensamento jurídico, por exemplo, o potencial impacto das tecnologias de informação e comunicação – inclusive e sobretudo da inteligência artificial – e das mudanças ambientais globais (clima, biodiversidade, oceanos) na organização de nossas sociedades. Podemos ter no próximo século um mundo bastante diferente do atual, com transformações tão profundas que talvez tornem nossas instituições rapidamente obsoletas. Como o processo penal responderá a esses desafios a fim de realizar justiça e proteger direitos? Ninguém parece fazer a menor ideia.

8 Ver o art. 2º da Lei n. 12.830/2013, que atribui “natureza jurídica” à atividade dos delegados de polícia, no que parece ser duplo movimento: um jurídico, que resulta na consolidação do monopólio de bacharéis em Direito na direção das investigações e dos órgãos policiais; outro político, que busca vinculação com os rendimentos e o *status* de carreiras jurídicas, sobretudo o Ministério Público e o Poder Judiciário. Fora isso, não se sabe exatamente o que a atividade policial (polícia judiciária) tem de jurídico que outras atividades administrativas – a administração ordenadora, a administração tributária etc. – não tenham também.

figura de juízes de instrução ou, no mínimo, de auxiliares diretos do juiz. Assim, o Poder Judiciário mantém-se, nas interpretações mais radicais desse modelo, na posição de sujeito central da investigação.

A manifestação mais clara dessas tendências pode ser observada sem esforço nas regras sobre inquéritos no STF, que, com a “Operação Lava Jato”, ganharam enorme visibilidade. Apesar das alterações legislativas que reforçaram na última década o caráter acusatório do processo penal brasileiro na fase de instrução e julgamento, a investigação preliminar permanece uma arena na qual ninguém se entende sobre o significado da oposição entre “sistema acusatório” e “sistema inquisitório” – nem mesmo o STF –, reinando talvez uma impossibilidade de acordo.

Apenas uma história intelectual rigorosa da dicotomia pode, a meu ver, nos aproximar de uma compreensão efetiva sobre como chegamos aos variados e mutuamente incompreensíveis significados de “sistema acusatório” e “sistema inquisitório”. Esse passo constitui a primeira – e decisiva – etapa na reconstrução do discurso sobre o processo penal, que parece estar hoje quebrado, aviltado e apropriado por diversos interesses que pouco ou nada têm a ver com a realização da justiça. Por isso deveria ser prioritária na agenda de pesquisa tanto dos especialistas em direito comparado quanto dos estudiosos dos sistemas nacionais de processo penal – sem falar no direito internacional dos direitos humanos, que se vê obrigado a interpretar e aplicar inúmeras disposições de tratados sobre direitos e garantias processuais a contextos nacionais divergentes em razão de sua trajetória histórica.

### 3. COMO OS SISTEMAS REALMENTE FUNCIONAM: MÉTODOS QUANTITATIVOS E QUALITATIVOS

As normas que definem os traços principais de um sistema processual têm de ser aplicadas por diversos sujeitos a várias situações concretas, afetando diretamente a vida de inúmeras pessoas diferentes que em algum momento se encontram com a justiça criminal. Há um caminho a percorrer entre a simples previsão em lei, digamos, de poderes instrutórios aos juízes e sua efetiva utilização em casos concretos. Essa distância entre a norma (ou um conjunto de normas) e sua efetividade varia segundo inúmeros fatores: do modo de organização do Estado a características demográficas ou econômicas de âmbito espacial de aplicação, passando por valores dos aplicadores, definição de prioridades, alocação de recursos, ou mesmo características dos “clientes”. Além disso, produz resultados, na forma de denúncias, arquivamentos, condenações, absolvições e acordos. Desse modo, a pesquisa empírica, usando métodos quantitativos e qualitativos, pode ser extremamente relevante na comparação entre os sistemas de justiça criminal, seja na avaliação das lacunas entre a norma e sua implementação, seja na identificação dos fatores que podem influenciar esse divórcio.

Há uma razoável tradição de estudos qualitativos com algum componente quantitativo fora do Brasil, pesquisas que se baseiam em entrevistas, observações diretas e levantamentos em arquivos históricos (LANGER, 2014). Essas metodologias se cruzam em diversos pontos e produzem resultados interessantes, em especial no que diz respeito à compreensão de crenças, valores, práticas e ideologias compartilhadas (ou não) no sistema de justiça criminal. Também são abordagens úteis para diagnóstico de problemas na operação cotidiana do sistema e avaliação de propostas de reforma. Alguns pesquisadores brasileiros adotaram linhas semelhantes em relação a temas relacionados, ainda que indiretamente, ao

processo penal: Ministério Público (ARANTES, 2002; SADEK, 2009; VIECKO e SADEK, 2010); controle externo da atividade policial (LEMGRUBER, MUSUMECI e CANO, 2003); juízes (VIANNA, 1998; SADEK, 1994 e 2005); delegados de polícia (SADEK, 2009). Há nessas pesquisas, contudo, falta da perspectiva comparativa e de maior diálogo com a produção acadêmica no exterior e com outras disciplinas. Além disso, a dogmática jurídica não parece ter se beneficiado desse relativamente amplo e bem documentado conjunto de informações. É como se houvesse uma barreira cognitiva entre o direito e a realidade empírica.

Sabemos também que pode haver diferenças significativas nas condições e resultados da aplicação da ordem jurídica dentro de um mesmo sistema, que merecem atenção e podem sinalizar para problemas e soluções. No Brasil, por exemplo, a Justiça Federal, a Militar (que conta com legislação processual própria) e a dos estados e do Distrito Federal operam em registros bastante diferentes, que por sua vez guardam uma tênue relação (se alguma) com o que ocorre nos tribunais superiores: o arcaico Regimento Interno do STF, por exemplo, constitui um monumento coberto de pátina ao sistema inquisitório, dando aos ministros poderes extraordinários (uma mistura de juízes de instrução com juízes de garantia, juízes da admissibilidade da acusação e, por fim, juízes de julgamento – como se ainda fosse pouco, transforma-os ainda em juízes de recurso e de rejuízo nos embargos infringentes<sup>9</sup>), defeitos que

---

9 Recentemente a Segunda Turma do STF foi muito além na inquisitorialidade e atribuiu a um de seus ministros a função de instaurar e presidir investigação criminal sobre fato que aparentemente nem mesmo estava compreendido em sua competência: o uso de algemas em um ex-governador de estado transportado pela polícia por determinação de outro juízo em transferência de estabelecimento prisional. A autorização para instaurar o procedimento investigatório foi dada

se reproduziram largamente na Lei n. 8.038/1990, a qual regula o processo penal também no Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>10</sup>.

---

pela Corte no *Habeas Corpus* n. 152.720, que originou o Inquérito n. 4.696, já concluído. Em suma: um colegiado fracionário do mais alto tribunal do País, no julgamento de *habeas corpus*, autoriza um de seus membros a atuar como investigador em fase preliminar ao oferecimento da denúncia. Esse membro, por sua vez, designa um juiz instrutor (o nome já diz muito) para realizar as diligências, e resolve “intimar” o Ministério Público e a polícia – órgãos que deveriam se encarregar do trabalho de apuração – para, querendo, “acompanhar” o inquérito. É muito difícil não ver aí ofensa, no mínimo, à separação entre as funções de acusar (nela compreendida a função de preparar a acusação por meio da investigação criminal, diretamente ou com o concurso da polícia) e julgar, reservando ao juiz, no máximo, a função de proteção de direitos fundamentais no curso de uma investigação realizada por outras autoridades. O exemplo prova que a crise do sistema acusatório é realmente grave, mas convém não exagerar seu alcance: apesar de algumas características estruturais, esse exagero da Segunda Turma do STF não passa de um subproduto, ou de uma “subcrise”, dentro de uma crise muito maior que arrasta o Brasil para uma situação extremamente perigosa do ponto de vista da sobrevivência do Estado Democrático de Direito. São o próprio primado da lei (reduzida a uma fonte secundária do direito) e a certeza do direito que estão sob ameaça.

10 Foge ao escopo deste artigo, mas não custa observar que a reforma do Regimento Interno do STF e da Lei n. 8.038/1990 traria ao sistema processual brasileiro inúmeros benefícios, capazes de superar até mesmo a incerta e problemática jurisprudência que se formou no sentido de limitar o foro por prerrogativa de função (o *leading case*, confuso, foi a questão de ordem na Ação Penal n. 937). Não há dúvida de que o chamado “foro privilegiado” contribui para a impunidade, mas não parece que seja apenas pelo fato de existir. Dois outros fatores parecem mais relevantes: a enorme quantidade de processos distribuídos aos tribunais superiores todos os anos, o que limita o tempo de análise da equipe dos gabinetes e dos próprios ministros, bem como a total disfuncionalidade das regras processuais aplicáveis tanto ao Supremo quanto ao STJ. Provavelmente, numa análise mais realista – e, quem sabe, empírica –, resultam daí a demora, a prescrição e qualquer outro resultado distante do julgamento de mérito.

Há variações igualmente entre os estados e, dentro dos estados, de regiões para regiões. Tudo isso pode – e deve – ser objeto de pesquisas empíricas metodologicamente rigorosas.

Todavia, são incipientes, até onde seja de meu conhecimento, as pesquisas que façam comparações dentro do sistema brasileiro, com o objetivo de avaliar como as regras do jogo processual – inclusive o princípio acusatório, suas exceções normativamente previstas, as negações abertas pela jurisprudência e as tentativas do Ministério Público de efetivá-lo – de fato funcionam (ou, em perspectiva histórica, funcionaram) nas diversas unidades de jurisdição (as “justiças”, o primeiro e o segundo grau, os tribunais superiores). Isso nos traria uma nova visão sobre os vários institutos relacionados com essas categorias, o que enriqueceria o conhecimento sobre vários dos pontos relativos à tradicional dicotomia do processo penal.

Ainda mais raros, se houver algum, são os estudos quantitativos, que aplicam métodos estatísticos a um conjunto de dados, com o objetivo de contrapor sistemas, ou diferentes modos de funcionamento de um mesmo sistema, elaborados no Brasil<sup>11</sup>. A razão para isso parece estar em que, no Brasil sobretudo, os dados disponíveis são de baixa qualidade. A tendência de que isso mude, porém, está no horizonte dos futuros pesquisadores, com a crescente informatização da justiça criminal no Brasil (que, como efeito colateral de uma crescente centralização administrativa das polícias, do Poder Judiciário e do Ministério Público<sup>12</sup>, impõe

---

11 Langer (2014) menciona Feeney (1998) como um dos raros exemplos, mesmo no exterior, de pesquisas quantitativas. Floyd Feeney, professor da University of California Davis, realizou vinte anos atrás uma pesquisa extremamente original que compara a persecução de diversos crimes nos Estados Unidos e na Alemanha com apoio de séries históricas.

12 Poder Judiciário e Ministério Público têm conselhos nacionais previstos na

uma padronização de tratamento de dados) e o aumento do poder computacional acessível.

#### **4. DIFICULDADE DE ACORDO SOBRE O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO: O EXEMPLO DO BRASIL IMPERIAL**

Para avaliar a importância dessas ideias de pesquisa, imagine o leitor que, em algum momento da história, as expressões “processo acusatório” e “processo inquisitório”, assim como as variantes iniciadas pelos termos “sistema”, “princípio” e “modelo”, passaram a ser usadas num sentido diferente do original, significando algo que não havia sido cogitado por quem primeiro as usou. Agora, imagine que esse novo uso deu origem a outros, recebendo um conteúdo semântico variado, com pesadas camadas de interpretação, que se irradiaram no discurso jurídico em um sentido não apenas descritivo mas também normativo, com intensa conotação política.

Nessa mesma linha, considere o generoso leitor um estado de coisas em que as versões descritivas começam a derivar para teorias, modelos mais ou menos afastados da realidade dos ordenamentos jurídicos concretos, e que essas construções teóricas divergem seriamente sobre o que deve ser considerado essencial tanto no “sistema acusatório” quanto no “sistema inquisitório”, em especial na etapa

---

Constituição Federal como órgãos superiores de administração e controle externo, que uniformizam critérios de classificação de dados. As polícias estaduais e federais, por sua vez, foram integradas em um “Sistema Único de Segurança Pública”, criado pela Lei n. 13.675/2018, que tem na padronização dos registros policiais, na interoperabilidade e no banco de dados único algumas de suas pedras de toque. Ainda não é certo, porém, como o “Sistema Único” recentemente criado para a segurança pública vai funcionar na prática.

preliminar ao processo, a investigação criminal, gerando novas variantes normativas. Acrescente a esse quadro, se ainda tiver paciência, um turbilhão de mudanças sociais em curso, ou iminentes, que impõem modernização, ou atualização, do processo penal, gerando ainda mais conflitos semânticos – e políticos – sobre qual direção tomar.

A confusão estará instalada. Todos os participantes do discurso continuam a usar os mesmos significantes, porém os significados variam conforme as preferências ideológicas, políticas, corporativas ou mesmo nacionais dos utentes. Ninguém se entende. A questão se torna ainda mais grave se, na própria origem da celeuma, quando os potenciais significados estavam em uma unidade indiferenciada, a controvérsia não dizia respeito necessariamente ao ponto que se tornou relevante hoje – por exemplo, nos países de tradição europeia continental, a investigação criminal preliminar.

Pensemos no caso brasileiro. Desde que o País adquiriu autonomia política, com a independência de Portugal em 1822, adotaram-se várias soluções para o problema das etapas que antecedem a formação do processo penal e a instalação do juízo. Vamos nos concentrar no período imperial, do qual vem, até hoje, a forma de investigação por meio de “inquérito policial”. Nos primeiros anos da monarquia, mantivemos, com alguns acréscimos, as normas portuguesas, em especial o Livro V das Ordenações Filipinas, cuja principal característica no processo, tanto civil quanto penal, foi a de elaborar uma compilação do *ius commune* europeu, adaptado às circunstâncias peculiares de Portugal (LIEBMAN, 1962). Em seguida, o Código de Processo Criminal de 1832 criou um modelo descentralizado, em que as atribuições policiais cabiam aos “juizes de paz”, em número de quatro, eleitos, em cada distrito, para exercer também funções judiciais<sup>13</sup>.

---

13 A exposição do sistema processual do Império do Brasil baseia-se no valio-

Não durou muito, porém, o sistema em que a função de investigação criminal cabia a autoridades locais eletivas: os tumultos que quase fragmentaram o Brasil durante o período das Regências (1831-1840) levaram à criação de um conjunto de autoridades policiais subordinadas ao ministro da Justiça, ou seja, ao governo central. Essas autoridades, por sua vez, exerciam, em determinados casos, função jurisdicional, o que valeu, no século passado, uma censura veemente de Marques (1949). Apenas em 1871, com a reforma que criou o “inquérito policial” (cujo nome aparece no Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871, mas não na Lei n. 2.033, de 20 de setembro do mesmo ano), operou-se a separação quase completa entre as autoridades policiais e as judiciais – preservando-se, contudo, a competência para a instrução processual nos mesmos casos em que, antes, lhes cabia também o julgamento. Desde então, a investigação criminal se faz por autoridades que não mais julgam, diferenciando-se os papéis de investigador e de julgador.

Haveria como chegar a um consenso sobre se essas formas de reunião de elementos para o início da ação penal devem ser consideradas como parte de um sistema inquisitório ou acusatório? A simples e rápida descrição acima não contribui muito. Parece claro que, no período imperial, até 1871, a investigação criminal se fazia por escrito, reduzindo-se a um conjunto de peças que se denominava “auto de corpo de delito”. Nele, produzia-se uma perícia, se houvesse vestígios, ou o relato de testemunhas, nos demais casos, com tudo o que o juiz encontrasse no lugar do delito e em sua vizinhança que pudesse servir de prova.

Essa breve investigação, que não era obrigatória, podia subsidiar

---

so material – tanto de fontes primárias quanto secundárias – recolhido por Pierangeli (1983).

o exercício da ação penal pública pelo Ministério Público (e, nos casos previstos no Código, por qualquer do povo), a atuação *ex officio* pelas autoridades judiciais (nos crimes de ação pública) ou ainda o exercício da ação penal privada (a “queixa” nos “crimes particulares”). Por ser executada, primeiro, por juízes de paz e, depois, por autoridades policiais – que poderiam também ser juízes, caso dos “chefes de polícia” –, somos tentados a crer que se tratava de um elemento do sistema inquisitório.

A realidade, porém, não parece ser tão simples. Embora a fase preparatória que antecede a ação penal fosse unilateral, judicial e escrita, características tidas como de um modelo inquisitório, a investigação nela realizada era bastante sumária e pode ser considerada, na verdade, uma simples preservação de vestígios passíveis de se apagar com o tempo, ou seja, um conjunto de providências *ad perpetuam rei memoriam*, quase uma “justificação”, muito semelhante ao estilo informal da apuração de crimes nos sistemas de *common law*. Além disso, o caráter “judicial” se atenuou bastante depois que a atuação *ex officio* dos juízes de paz na formação dos autos de corpo de delito se extinguiu, em 1841, e foi transferida para os chefes de polícia, delegados e subdelegados, desfazendo-se, assim, em parte, o vínculo entre quem colhia a prova antes do início da ação penal e o julgador. A partir de 1871, não se podia mais falar em atividade judicial na investigação criminal e já se reconhecia até mesmo, no art. 10, § 1º, da Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, que os “Promotores Públicos” eram os destinatários da investigação.

Portanto, não houve, no período imperial brasileiro, um sistema inquisitório puro, nem misto, como o francês, de instrução unilateral, escrita e secreta, seguida de julgamento público, oral e contraditório. Nosso modelo – mesmo antes da grande reforma de 1871 – adotou uma fase de investigação muito sucinta, sumária e

dispensável, seguida do exercício da ação penal, que trazia em si um forte e inequívoco componente inquisitório: a possibilidade de atuação *ex officio* do juiz. Nesse ponto, sem dúvida alguma, nós nos afastamos completamente do princípio acusatório durante todo o Império e um longo período da República.

Ocorre que, logo em seguida à atuação de ofício, no procedimento da legislação imperial, já entravam elementos acusatórios. A instrução subsequente à acusação formalizada era escrita, porém contraditória. Ao final da instrução, que recebia o nome de “formação de culpa”, havia o julgamento por juiz singular no processo sumário ou, no processo ordinário, um juízo de admissibilidade da acusação (que cabia, até 1841, a um “júri de acusação”). Se fosse o caso de pronúncia pelo primeiro júri, procedia-se, depois, a uma sessão pública, oral e contraditória de julgamento também perante o júri (o “júri de sentença”). Esse modelo de “dois júris”, claramente inspirado no antigo sistema inglês do *grand jury* e do *petit jury*, foi substituído pela pronúncia por juiz singular na reforma de 1841, mantendo-se, todavia, a mesma estrutura procedimental de um “auto de corpo de delito”, seguido de um conjunto de fases contraditórias de instrução (ou “formação de culpa”), julgamento ou, se fosse o caso, pronúncia e julgamento.

Por essas razões, o sistema do Código de Processo Criminal de 1832 se denominou “ecclético” e, apesar de não parecer muito, foi beber na fonte de velhas práticas inglesas, como a dos juízes de paz, quando tratou da investigação criminal, ou da duplicidade de júris para a acusação e o julgamento, até 1841 – e mesmo depois, com a sobrevivência da investigação sumária, que não se aparenta nem de longe à instrução criminal francesa. É possível aplicar a ele os rótulos de “acusatório” ou “inquisitório”? Difícil dizer com segurança, pois combinava, em graus diversos, elementos de um e de outro modelo processual.

Como já dissemos, era no exercício da ação penal que o sistema mais ressaltava traços inquisitórios. Em teoria, porém, reconhecia-se que a acusação era uma função pública exercida por funcionários especializados, os promotores, o que era moeda corrente na época, inclusive na *common law*. Na prática, por diversas circunstâncias, a atuação *ex officio* dos juízes no início da ação penal, permitida por lei, prevaleceu durante todo o período, tornando-se residual, em 1871, até ser eliminada completamente mais de cem anos depois, em 1988, com a Constituição em vigor. A figura do promotor, nesse processo penal imperial, ganhava enorme relevo no júri, quando a separação entre acusador e julgador era muito mais nítida do que nos momentos anteriores. Não se impedia, entretanto, que os promotores fossem mais ativos em outros momentos processuais. Em suma, havia no sistema a potencialidade de um processo de partes também na fase antecedente do juízo, que ficou, contudo, subdesenvolvida pelo exercício frequente dos vastos poderes atribuídos aos juízes.

O exemplo do Brasil imperial demonstra que os princípios “acusatório” e “inquisitório” raramente correspondem, em sua aplicação prática, a um modelo concreto; e mais, sugere que se pode divergir, hoje, sobre o que significa um processo ser “acusatório” ou “inquisitório” diante de uma ou outra característica específica aplicada a sistemas bem mais sofisticados do que o de uma monarquia escravocrata e iliberal construída sobre uma sociedade agrária e iletrada. Vale mais a atuação de ofício ou a gestão da prova? A exigência de um julgamento justo por um juiz (acompanhado ou não de júri) ou a eficiência por meio de saídas abreviadas controladas pelos promotores? A separação entre acusação e jurisdição ou a proteção de direitos?

Nessa linha, podemos afirmar, quase sem controvérsia, que separação entre acusador e julgador parece ser essencial ao princípio acusatório. Mas ela impede hoje, na era dos direitos, que a

investigação prévia à ação penal esteja sob a supervisão de um juiz para garantia de direitos fundamentais? Qual seria o grau de controle judicial necessário e o momento adequado para preservar a “acusatoriedade” do sistema? E como fica a questão do “acordo penal”, ou “acordo de não persecução”, em que a pena é sugerida pelo Ministério Público diretamente ao investigado, sem processo<sup>14</sup>? Não haveria aplicação da pena – equivalente, na prática, a um julgamento, ainda que tenha sua fonte no consentimento e na confissão – pelo mesmo órgão que deu início (muitas vezes de ofício) à investigação, colheu as provas ou, no mínimo, acompanhou sua produção em inquérito policial não contraditório?

São, obviamente, questões que refletem o grau de desacordo sobre o uso dos termos “acusatório” e “inquisitório” no século XXI, como se tivéssemos perdido de vista o sentido último dessa distinção, que era o de aperfeiçoar as instituições para melhor promover a justiça como remédio contra o arbítrio. Hoje, no Brasil, haverá opiniões em todos os sentidos, e talvez até uma para cada ministro do STF, que volta e meia é chamado a desenhar o que a Constituição de 1988 somente esboçou: um sistema acusatório que estrutura o processo penal de partes com inafastabilidade da jurisdição e – num oximoro

---

14 O Conselho Nacional do Ministério Público, sem apoio em nenhuma lei (as únicas citadas são a que atribuem competência para o Ministério Público conduzir procedimentos administrativos), instituiu por meio da Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017, o “acordo de não persecução” na fase anterior à denúncia para determinados crimes, o que opera uma espécie de fusão entre as “ordens penais” europeias (especialmente a alemã) e o *guilty plea* americano. Apesar de seus idealizadores considerarem que se trata de mera “regulamentação” da discricionariedade dos promotores e procuradores (alçada a princípio constitucional decorrente do “sistema acusatório”), essa modalidade de justiça penal negociada ainda suscita muitas dúvidas e precisa passar pelo teste dos tribunais superiores.

mal compreendido – o Ministério Público como “parte imparcial”<sup>15</sup>, que tem a mesma responsabilidade do juiz na realização da ordem jurídica justa. Estamos à altura desse desafio?

E o que dizer, para concluir este artigo, da discricionariedade do exercício da ação penal pública, uma bandeira do Ministério Público brasileiro que tem sustentado diversas inovações? Luigi Ferrajoli, por exemplo, em sua largamente citada obra (FERRAJOLI, 2000), argumenta que a discricionariedade prende-se a um aspecto secundário do princípio acusatório, de valor histórico, que era o caráter difuso da legitimidade para a ação penal pública no direito inglês medieval, sem relevância alguma para o modelo conceitual do princípio, não obstante a discricionariedade ter sobrevivido quase intacta nos direitos inglês e americano.

Há, nisso aí, um porém. É o próprio Ferrajoli (2000, p. 575), reconhecendo que nada é definitivo nessa matéria, que nos explica, em síntese particularmente feliz, por que há tanta confusão sobre o “acusatório” e o “inquisitório” no processo penal:

---

15 Mazzilli (2011), conhecido e influente autor de manuais sobre o Ministério Público, refuta a ideia de “parte imparcial” com dois argumentos: o Ministério Público não deixa de ser fiscal da lei quando ocupa a posição de parte (logo, a adjunção de “imparcial” nada descreveria); e falar em “parte imparcial”, se por “parte” se entender o conceito puramente processual, nada acrescenta ao conteúdo dos direitos, deveres, ônus e sujeições da instituição no processo. Essa tese parece ignorar o sentido de todos os paradoxos, que é o de revelar a presença de dois ou mais níveis de linguagem. Em “parte imparcial”, a palavra “parte” de fato se refere ao conceito processual, mas “imparcial” denota a posição do Ministério Público em relação ao direito material subjacente, idêntica à do juiz, que é a de imparcialidade. Assim, o juiz não é imparcial apenas em sentido processual (porque não é parte), mas também em sentido material (porque está distante do direito material subjacente). Basta correr os olhos sobre as hipóteses de impedimento no CPP para compreender essa distinção.

*Ovviamente la costruzione teorica dei due modelli e la decisione su ciò che in essi è essenziale e ciò che invece è contingente sono ampiamente convenzionale, essendo vincolate soltanto alla tendenziale presenza degli elementi assunti come costitutive nelle rispettive tradizioni storiche e soprattutto alla compatibilità logica. Inoltre, la selezione degli elementi teoricamente essenziali nei due modelli è inevitabilmente condizionata da guidizi di valore, a causa del nesso che indubbiamente può essere istituito tra sistema accusatorio e modello garantista.<sup>16</sup>*

## 5. CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar que, apesar de a crise profunda do sistema acusatório ter claro caráter conjuntural, ligado à crise política, econômica, moral e jurídica em que o Brasil mergulhou desde 2014 (e que não se resolverá até que dessa instabilidade tremenda surja alguma ordem), há outro aspecto, estrutural, relacionado a carências muito graves no discurso jurídico que podem ser superadas mediante o desenvolvimento de duas linhas de pesquisa. A escassez de informações não provenientes de análises subjetivas – ou *educated guesses*, como se diz em inglês – torna o debate a respeito da

---

16 Tradução livre do autor: “Obviamente a construção teórica dos dois modelos e a decisão sobre o que nele é essencial e o que, ao contrário, é contingente são amplamente convencionais, estando vinculadas apenas à presença tendencial dos elementos considerados como constitutivos nas respectivas tradições históricas e sobretudo a sua compatibilidade lógica. Além disso, a seleção dos elementos teoricamente essenciais nos dois modelos está inevitavelmente condicionada por juízos de valor, em razão do nexo que, sem dúvida, pode ser criado entre sistema acusatório e modelo garantista.”

dicotomia “princípio inquisitório *versus* princípio acusatório” algo como um diálogo de surdos em que cada um trata suas opiniões como se fosse a verdade. Há um desacordo extremamente sério sobre as questões valorativas mais fundamentais.

Tendo presente essa grave dificuldade de comunicação entre os sujeitos dos discursos jurídico e político, as linhas de pesquisa sugeridas – realizar uma história intelectual da distinção entre os modelos e utilizar métodos empíricos, seja qualitativos, seja quantitativos – podem lançar muita luz sobre duas questões cruciais para a não trivialização do debate. Primeira, a questão de saber o que, historicamente, se considerou como fundamental em cada um dos sistemas, sobre o que levou o processo penal inglês (e, hoje, o americano) a ter tanta influência e ser adotado como modelo. Segunda, a questão de compreender melhor como os regimes jurídicos se transformam em práticas sociais, bem como quais os resultados dessas práticas e das normas correspondentes.

Busca-se, assim, uma rota de fuga do caos da conjuntura brasileira, estimulada pela oscilação brutal no conteúdo do direito, mediante a proposta de uma agenda de trabalho para a comparação de sistemas processuais e a análise de sistemas específicos. Estamos em um momento da maior gravidade, que exige não apenas coragem e firmeza para enfrentar um futuro que se anuncia sombrio (e um presente que causa inúmeras perplexidades), mas também disciplina e rigor intelectual no trato de assuntos tão relevantes quanto o processo penal, que vem a ser nada menos que o caminho para o exercício legítimo das mais intensas modalidades de coerção contra os membros da comunidade política.

## REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: EDUC, 2002.

BRASIL. Código de Processo Criminal de primeira instância. Lei de 29 de novembro de 1832. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871. Regula a execução da Lei n. 2.033, de 20 de setembro do corrente ano, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciária. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/DIM4824.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM4824.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841. Reformando o Código de Processo Criminal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM261.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2018. Acesso em: 30 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM2033.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Dispo-

nível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/LEIS/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L8038.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5277>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104. Relator: Ministro Roberto Barroso. Procurador-Geral da República *versus* Tribunal Superior Eleitoral. Brasília, DF, 21 maio 2014. *DJe*, 30 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088758>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.508. Relator: Ministro Marco Aurélio. Procurador-Geral da República *versus* Presidente da República e Congresso Nacional. Brasília, DF, 20 jun. 2018. *DJe*, 26 jun. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=125&dataPublicacaoDj=25/06/2018&incidente=4972866&codCapitulo=2&numMateria=18&codMateria=3>>. Acesso em: 10 set. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Segunda Turma. *Habeas Corpus* n. 152.720. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Paciente: Sérgio de Oliveira Cabral Santos Filho. Impetrante: Rodrigo Henrique Roca Pires. Impetrado: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 10 abr. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/>

[paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14829562](#)>. Acesso em: 30 ago. 2018.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; SADEK, Maria Tereza. *O Ministério Público Federal e a administração da justiça no Brasil [on-line]*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2010, 40 p. ISBN 978-85-7982-037-3. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/qb3pp/pdf/castilho-9788579820373.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

CORREA, Plínio de Oliveira. O *habeas corpus* de ofício no futuro Código de Processo Penal. *Revista de Informação Legislativa*, v. 15, n. 59, p. 157-166, jul./set. 1978.

DIEZ-PICAZO, Luis María. El poder de acusar. *Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*. Barcelona: Ariel, 2000.

FEENEY, Floyd. German and American prosecutions: an approach to statistical comparison. United States Department of Justice. *BJS Discussion Paper*. NCJ-166610, fev. 1998. Disponível em: <<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/gap.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: Teoria del Garantismo Penale*. Milão: Laterza, 2000.

FORTESCUE, John. *On the laws and governance of England*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

LANGER, Maximo. In the beginning was fortescue: on the intellectual origins of the adversarial and inquisitorial systems and common and civil law in comparative criminal procedure. *Liber Amicorum in Honor of Professor Damaska*. Berlim: Duncker & Humblot, 2016; UCLA School of Law Research Paper No. 16-03. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2703126>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

LANGER, Maximo. The long shadow of the adversarial and inquisitorial categories. In: DUBBER, Markus D.; HÖERNLE, Tatjana (Eds.). *Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford: OUP, 2014; *UCLA School of Law Research Paper*, n. 13-41. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2360617>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignacio. *Quem vigia os vigias?: um estudo sobre controle externo da polícia no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

MARQUES, José Frederico. Evolução histórica do processo penal. *Revista Investigação*, São Paulo, ano I, n. 7, 1949.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público é parte imparcial? *Revista dos Tribunais*, n. 913, p. 289, 2011.

MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat, Barão de la Brède e de Montesquieu). *L'Esprit des Loix*. Paris: Garnier, 1777.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Edipro, 1983.

SADEK, Maria Tereza. A crise do Judiciário vista pelos juízes resultados de uma pesquisa quantitativa. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Uma introdução ao estudo da justiça [on-line]*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. p. 17-31. ISBN 978-85-7982-032-8. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/4w63s/pdf/sadek-9788579820328-03.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Cidadania e Ministério Público. In: \_\_\_\_\_. (Org.); SANCHES FILHO, A. O., et al. *Justiça e cidadania no Brasil [on-line]*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein, 2009. p. 3-22.

ISBN 978-85-7982-017-5. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/rrwrz/pdf/sanches-9788579820175-01.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

\_\_\_\_\_ (Org.) *Delegados de polícia [on-line]*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. 172 p. ISBN 978-85-7982-014-4. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/s7v75/pdf/sadek-9788579820144.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

SLANSKY, David Alan. Anti-inquisitorialism. 122 *Harvard Law Review* 1634, 2008.

THAMAN, Stephen C. The penal order: prosecutorial sentencing as a model for criminal justice reform?. In: LUNA, Erik; WADE, Marianne (Eds.). *The prosecutor in transnational perspective*. Oxford: OUP, 2012, p. 156-175. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2648266>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

VIANNA, Luiz Weneck. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

# O TEMPO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A HORA DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Vladimir Barros Aras\*

## 1. O TEMPO DOS CASOS FRIOS

Uma das angústias de Carlos Heitor Cony vez por outra aparecia em suas crônicas: onde estariam os ossos de Dana de Teffé? A *socialite* estrangeira que vivia no Rio de Janeiro foi dada como morta em 29 de junho de 1961, mas seu corpo nunca foi encontrado. Apelidado de advogado do diabo, o bacharel Leopoldo Heitor tornou-se o principal suspeito do crime.

O que parece o roteiro de uma novela é a história de um crime jamais esclarecido. Infelizmente não é o único. Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2017, 63.880 pessoas foram vítimas de mortes violentas no Brasil. Isso corresponde a 175 mortes por dia.

---

\* Membro do Ministério Público, atualmente no cargo de procurador regional da República. Mestre em Direito Público (UFPE), Especialista MBA em Gestão Pública (FGV), professor assistente de processo penal (UFBA), professor de direito penal (IDP), professor em temas criminais e internacionais (ESMPU), editor do *site* <[www.vladimiraras.blog](http://www.vladimiraras.blog)>.

Uma delas foi a da vereadora carioca Marielle Franco, vítima de um crime de mando. A execução ocorreu em 14 de março de 2018. Mais de cinco meses depois, a investigação ainda não levou à identificação dos autores do homicídio. A Polícia Civil do Rio de Janeiro está fazendo seu trabalho, mas há casos fáceis e casos difíceis, e não se pode usar a mesma medida de tempo para todos eles.

O tempo é inimigo de qualquer investigação. Vestígios desaparecem, perícias se tornam impossíveis, testemunhas mudam de endereço ou esquecem os fatos. A prescrição se avizinha. O tempo só beneficia o delinquente. Por isso mesmo, polícias mundo afora têm unidades especializadas nos chamados *cold cases*. Essas unidades se dedicam a lutar contra o tempo quando o caso criminal esfria, mas ainda pode ser desvendado.

Diante de um rol de crimes insolúveis num país em que mais de 60 mil pessoas são mortas intencionalmente todos os anos, realmente é preciso falar do tempo e considerá-lo na dimensão das possibilidades e das expectativas humanas compartilhadas por investigados, vítimas e sociedade.

Esse diálogo poderia focar-se sobre o nosso tempo, os dias de hoje, em que a violência recrudescer e as soluções estatais são insuficientes ou não chegam, um tempo em que um crime grave como a corrupção segue endêmica a roubar o futuro e às vezes a vida de milhões de brasileiros, que não terão escolas, hospitais ou a infraestrutura que poderia ligar as populações do país ao desenvolvimento e ao amanhã.

## 2. O TEMPO FATAL NO PROCESSO PENAL

O tempo sempre foi objeto de preocupações do Direito. Há prazos para tudo. Muitos jamais são cumpridos, e nossa Justiça labuta contra sua sina de morosidade.

Preocupados com o tempo da punição, os legisladores conceberam a prescrição, a decadência e a perempção, institutos que suprimem o direito do Estado de punir. São as causas extintivas da punibilidade (CP, art. 107, IV), tais como a morte, que encabeça a lista, sinalizando que nosso tempo na Terra acabou.

O tempo no processo é tão importante que surgiu um direito fundamental relacionado a seu aproveitamento e fruição. De que adianta o acesso à Justiça se o seu fruto não chega a tempo? Refiro-me, evidentemente, ao direito à razoável duração do processo, insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição de 1988, em cujos termos “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Num país onde a vida termina e os processos não têm fim, deixando de servir a ela, é hora também de refletir sobre qual é o tempo razoável de uma investigação criminal. Infelizmente, sem ter um norte legal ou uma segura orientação doutrinária, em junho de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a adotar critérios arbitrários para aproveitar o seu próprio tempo, numa sequência de decisões “defensivas” para limpar a pauta da Corte e garantir sua viabilidade. Evidentemente o Tribunal deve ocupar-se do que importa, mas não deve tomar decisões prematuras, descartando casos que podem ser viáveis e de fato o são.

Sem atentar para os ponteiros das horas, dos minutos e dos segundos, cinco dos onze ministros do STF passaram a arquivar, por critérios monocráticos gestados isoladamente por este ou aquele

juiz, investigações que consideravam desgastadas, demoradas ou indefinidas. É preciso, antes, ajustar o relógio.

“O direito não socorre aos que dormem” (*dormientibus non succurrit ius*). Esse é um dos primeiros brocardos que o aluno aprende nas faculdades de Direito. Aplica-se ao Estado, no direito penal, como óbice ao início da persecução criminal ou à sua continuidade, quando, por inércia ou demora, seus órgãos (o Ministério Público e o Judiciário) não aviam as providências que lhes competem nos prazos devidos. O tempo passa e com ele perece o direito. Perece até mesmo o direito de punir.

Para pôr termo ao *jus puniendi*, o legislador fixa prazos escalonados, por lei, de acordo com a gravidade objetiva dos crimes e a partir das penas que lhe são impostas. Crimes leves prescrevem rapidamente, em cerca de três ou quatro anos. Crimes graves prescrevem em dezesseis ou vinte anos. Crimes gravíssimos não prescrevem nunca. Entram na categoria dos delitos imprescritíveis aqueles que a Constituição elenca e outros que sejam assim considerados pelo direito internacional.

Se a prescrição da pretensão punitiva (direito de punir) ou da pretensão executória (direito de executar a punição) está presente, o caso está encerrado. Seguem-se no particular os prazos fixados pelo legislador e, excepcionalmente, a imprescritibilidade própria dos crimes contra a humanidade.

A prescrição é o critério primordial para regular o tempo no âmbito criminal. Mas não é o único. Perempção e decadência são também causas extintivas de punibilidade. Diferentemente da prescrição, não se aplicam aos crimes mais graves, que são os de ação penal pública incondicionada, como o homicídio, o latrocínio, o terrorismo e a corrupção.

A decadência, que ocorre no prazo de seis meses, atinge os crimes de ação pública condicionada à representação (como o

delito de ameaça) e os crimes de ação penal privada (como os delitos contra a honra). Se a vítima ou quem tenha qualidade para representá-la não cumpre o prazo decadencial para provocar a movimentação da jurisdição, seja representando ao Ministério Público, seja apresentando queixa-crime em juízo, o caso será encerrado e a persecução criminal não poderá iniciar-se. O Estado-juiz é inerte e só age quando provocado. O transcurso do prazo decadencial impede que a jurisdição seja exercida. Ponto final.

Já a perempção só se aplica aos crimes cuja persecução menos interessa ao Estado: as infrações penais de ação penal privada. O melhor exemplo é o dos crimes contra a honra. Segundo o art. 60 do Código de Processo Penal (CPP), os prazos de perempção são de trinta ou sessenta dias, basicamente, mas o instituto se materializa noutras duas hipóteses ali previstas. Desse modo, nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante trinta dias seguidos, ou quando, falecendo o querelante ou sobrevindo sua incapacidade, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de sessenta dias, ressalvado o disposto no art. 36 do CPP.

Em síntese, a lei brasileira somente prevê a incidência fatal do fator tempo, mediante a especificação de prazos para encerramento de casos criminais, com prejuízo, a título de prescrição, decadência e perempção:

INSTITUTO	PRAZO	APLICABILIDADE
Prescrição	3, 4, 8, 12, 16 e 20 anos	Qualquer ação penal
Decadência	6 meses	Somente na ação penal pública condicionada à representação e na ação penal privada
Perempção	30 e 60 dias	Somente na ação penal privada

### 3. O TEMPO DE TRAMITAÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES

Ao lado dessas regras de prazo, que são peremptórias, o art. 10 do CPP/1941 estabelece que a investigação criminal deve estar concluída em trinta dias, se o investigado estiver solto. A lei brasileira, porém, permite sucessivas prorrogações (CPP, art. 10, § 3º), tantas quantas sejam necessárias, por autorização do Ministério Público ou, excepcionalmente, do juízo, para que diligências imprescindíveis sejam concluídas pelo *Parquet* ou pela polícia.

Desde a publicação da Resolução n. 63/2009<sup>1</sup> do Conselho da Justiça Federal (CJF), a qual implantou a tramitação direta de inquéritos policiais federais, é o Ministério Público Federal (MPF) que concede ou nega dilações de prazo à Polícia Federal para a conclusão de um inquérito. Essa regra, aplicada em toda a Justiça Federal brasileira, reduziu drasticamente o tempo de tramitação dos inquéritos policiais e contribuiu para adensar o princípio acusatório, afastando o juiz da etapa investigativa, como deve ser, numa perspectiva garantista.

Nos termos do art. 3º da Resolução n. 63/2009 do CJF, os autos de inquérito policial nos quais for desnecessário autorizar medidas com reserva de jurisdição e houver representação policial para que o prazo de conclusão seja prorrogado serão encaminhados pela Polícia Federal “diretamente ao Ministério Público Federal para ciência e manifestação, sem a necessidade de intervenção do órgão do Poder Judiciário Federal competente para a análise da matéria”.

Por que a tramitação de inquéritos policiais federais é assim? Exatamente porque, no sistema acusatório, o juiz criminal não se envolve na investigação criminal, salvo para autorizar diligências investigativas que, por determinação constitucional, têm reserva de

---

1 V. a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.305.

jurisdição. Esse é o papel do juiz de garantias<sup>2</sup>, que não se confunde com a função de juiz de instrução, atividade muito parecida com a que vem sendo desenvolvida pelos ministros do STF nos inquéritos originários.

Entre as diligências com reserva de jurisdição estarão as interceptações telefônicas ou telemáticas, as escutas ambientais, as ações controladas, as buscas e apreensões, as quebras de sigilo bancário e postal e as prisões cautelares, que se ultimam apenas após decisão favorável da autoridade judiciária, no papel de “juiz de garantias”.

Vários estados brasileiros – sobretudo os que contam com centrais de inquéritos – inspiram-se em modelo semelhante, tendo eliminado a tramitação triangular de investigações entre polícia, juiz e Ministério Público, rotina ultrapassada que aumentava o tempo da investigação criminal, com passagens meramente burocráticas pelos cartórios das três instituições mesmo quando o que se pretendia era a mera extensão de prazo para concluir a apuração.

#### **4. O PROBLEMA DA TRIANGULAÇÃO DOS INQUÉRITOS ORIGINÁRIOS**

A tramitação de inquéritos foge a esse moderno padrão de tramitação direta justamente no STF, onde os inquéritos (originários) que apuram fatos atribuídos a titulares de foro especial por prerrogativa de função (foro privilegiado), além de seguirem a defasada e morosa tramitação triangular, também estão submetidos à desnecessária autorização do ministro relator para singelas medidas policiais, como, por exemplo, oitivas.

---

2 O projeto do novo CPP, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, introduz no Brasil o juiz de garantias na primeira instância.

É evidente que grande parte do tempo gasto nas investigações de foro especial no STF diz respeito a problemas inerentes ao rito que o regimento interno da Corte (RISTF) impõe a investigações de fatos atribuídos a altas autoridades. Apesar disso, entre os meses de junho e agosto de 2018, oito decisões monocráticas de cinco ministros do Tribunal transferiram toda a responsabilidade por um suposto excesso de prazo à Procuradoria-Geral da República (PGR) e à Polícia Federal. Ao prolatar tais decisões, de aparente rigor quanto à suposta morosidade ou ineficiência de órgãos terceiros, os ministros em questão revelaram escassa autocrítica no que concerne à contribuição do STF para essa delonga.

Não bastasse, esses mesmos ministros encerraram prematuramente investigações criminais em relação às quais ainda havia o que fazer, no entendimento do órgão ao qual a Constituição atribui o poder-dever da persecução criminal.

Como dito, parte do problema está ligada à ultrapassada forma de tramitação de inquéritos no STF. Conforme apontamos em artigo anterior<sup>3</sup>, a condução de inquéritos sob o controle de ministros relatores na Corte Suprema é um dos principais fatores de morosidade das investigações, embora não seja o único.

Diferentemente do que se passa em primeira instância, na qual há mais de uma década já ocorre tramitação direta entre a Polícia Federal e o MPF, no STF a tramitação é intermediada por um ministro relator para cada passo investigativo, o que consome muito tempo e contribui para que essas apurações demorem mais do que outras semelhantes em primeiro grau.

---

3 ARAS, Vladimir Barros; DIAS, Danilo. Sistema acusatório na investigação e foro especial do STF. *Jota*, 16 out. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/colunas/pelo-mp/sistema-acusatorio-na-investigacao-e-foro-especial-do-stf-17102017>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

No lugar de eliminar esse problema, que não decorre da Constituição, mas, sim, da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990 (art. 1º, § 1º), e do próprio RISTF (art. 231, § 1º), o Tribunal resolveu acelerar o encerramento de investigações sobre fatos atribuídos em tese a autoridades com direito a foro especial, mediante abrupto trancamento *contra legem*, em duas situações básicas: a) quando ainda pendentes diligências que o MPF e a Polícia Federal acreditavam úteis e viáveis; ou b) quando presente pedido de declinação a outra instância, em virtude do esgotamento da competência do STF provocada pela decisão adotada pela própria Corte na Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ (STF, Plenário, relator o ministro Roberto Barroso, j. 3-5-2018).

## 5. O PROBLEMA DA INSTAURAÇÃO DOS INQUÉRITOS ORIGINÁRIOS

Abrindo a fileira de decisões incompatíveis com o sistema acusatório, no qual se preconiza que o juiz não aja no papel de investigador nem se substitua a este, em 2017 o ministro Dias Toffoli indeferiu a instauração de inquérito destinado a apurar o crime do art. 350 do Código Eleitoral, falsidade ideológica eleitoral atribuída a deputado federal.

A instauração do Inquérito n. 4.499/DF<sup>4</sup> foi indeferida em 30 de outubro de 2017, e o feito foi arquivado monocraticamente, “por absoluta falta de justa causa”, com base no art. 21, XV, e, do RISTF. Em outras palavras, o MPF nem sequer pôde iniciar

---

4 A decisão foi atacada por agravo regimental, não provido em votação por maioria, vencido o ministro Edson Fachin (STF, Segunda Turma, Agravo Regimental na Petição n. 7.354, j. 6-3-2018).

a investigação a que se propunha, numa precoce intromissão do Judiciário que não costuma ocorrer nos casos do foro comum de primeira instância.

Uma vez que os atos investigativos contra autoridades titulares de foro especial somente podem ser realizados no inquérito originário, chegou-se ao paradoxo de não haver justa causa por não ter sido autorizada a realização de nenhum ato que a demonstrasse ou pudesse elucidar a suspeita. Na prática, o STF substituiu-se ao Ministério Público na formação da *opinio delicti*, de forma prematura, sem que os órgãos de persecução tivessem podido explorar, com os primeiros atos de investigação, a hipótese fática posta na notícia-crime.

Isso não devia ser assim. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), Corte que também exerce competência criminal originária, tem entendimento mais avançado acerca dessa questão, na medida em que sustenta a desnecessidade de prévia autorização de tribunal de justiça para a abertura de inquérito contra autoridades sujeitas ao foro especial na Corte estadual. Segundo o STJ, a instauração de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público do Rio Grande do Norte para apuração de fatos atribuídos a agente público com foro por prerrogativa de função não depende de prévia autorização do tribunal (STJ, Quinta Turma, Recurso Especial n. 1.563.962, relator o ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 8-11-2016):

Nesse contexto, não há razão jurídica para condicionar a investigação de autoridade com foro por prerrogativa de função a prévia autorização judicial. Note-se que a remessa dos autos ao órgão competente para o julgamento do processo não tem relação com a necessidade de prévia autorização para investigar, mas antes diz respeito ao controle judicial exercido nos termos do artigo 10, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal.

Assim, a passagem da notícia-crime pelo STF para decisão do relator sobre a instauração de inquérito é um problema à parte que fere a isonomia, uma vez que, para os cidadãos sem foro especial, a instauração de inquérito policial se faz sem outras formalidades que não a emissão de uma portaria pela autoridade policial. Esse requisito adicional instituído em favor das autoridades com foro impede o início imediato de investigações criminais nesses casos, tal como se deu no Inquérito n. 4.499/DF, acima mencionado, abortado na origem.

Destino semelhante teve o Inquérito n. 3.847/GO, também da relatoria do ministro Dias Toffoli, cuja instauração foi indeferida por suposta ausência de “base empírica idônea” para a abertura de investigação. No recurso do MPF, a Primeira Turma do STF manteve o indeferimento de instauração (STF, Primeira Turma, Agravo Regimental no Inquérito n. 3.847/GO, relator o ministro Dias Toffoli, j. 7-4-2015). Diferentemente do que se passa com os demais brasileiros, autoridades com foro no STF só podem ser investigadas após autorização do Tribunal, mas os indícios seguros da prática ilícita, se houver, obviamente só podem ser levantados ou obtidos pelo MPF e pela Polícia Federal depois da instauração. Ficamos então no já referido impasse. A suspeita de ilícito não pode ser investigada porque, na visão do ministro relator (não do policial experimentado em investigação), dali nada surgirá.

No acórdão, a Primeira Turma assentou:

a titularidade da ação penal pública e a atribuição para requerer o arquivamento do inquérito policial (art. 28 do Código de Processo Penal) **não significam que todo e qualquer requerimento de instauração de inquérito formulado pela Procuradoria-Geral da República deva ser incondicionalmente atendido pelo Supremo Tribunal Federal.**

Não é disso que se trata, mas de algo mais simples, anterior a este debate e oculto pela ideia de supremacia do STF.

O ponto é: é exigível prévia decisão da Corte sobre se haverá ou não instauração de investigação sobre fato atribuído a autoridade com foro? Ou, como ocorre com os demais cidadãos, esse controle judicial deve ser sempre posterior ao início da apuração? Este, sim, é o ponto fulcral que coloca a questão nos seus devidos termos, em harmonia com o princípio acusatório e com a ideia de igualdade cidadã. A antecipação do momento do controle, que só se dá no foro especial<sup>5</sup>, é prejudicial ao modelo de divisão de funções, à eficiência da investigação e ao maior rigor que se deve ter para com a conduta de pessoas politicamente expostas (PEPs). E isso custa muito tempo.

## **6. O PROBLEMA DA INSTAURAÇÃO EX OFFICIO DE INVESTIGAÇÕES ORIGINÁRIAS SEM COMPETÊNCIA**

A atual composição do STF inaugurou nova regra de competência no foro especial. Apartando-se dos dispositivos que regem a competência da Suprema Corte, o ministro Gilmar Mendes determinou a instauração de um inquérito originário sem que houvesse fato atribuído a qualquer autoridade detentora de foro especial por prerrogativa de função (Inquérito n. 4.696). A decisão foi tomada

---

5 A restrição ao foro especial decorrente do julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ deixará ainda mais à mostra essa incongruência, na medida em que um deputado federal investigado por homicídio em primeira instância terá um tratamento na investigação criminal em primeiro grau e outro quando investigado por crime *propter officium* perante a instância originária. O inquérito perante o juízo de primeiro grau tramitará muito mais rapidamente.

no julgamento do *Habeas Corpus* n. 152.720/RJ, de competência da Segunda Turma. No caso, o paciente era o ex-governador fluminense Sérgio Cabral.

No sistema acusatório, juízes não investigam. Como consequência desse preceito, juízes não devem ordenar a instauração de investigações nem presidi-las. Não devem nem sequer requisitar que a polícia o faça, a fim de não formarem convicção sobre eventos que lhes caberá julgar depois. No entanto, na situação que envolvia o ex-governador Sérgio Cabral, o STF decidiu, *ex officio*, instaurar o inquérito originário e presidi-lo, a despeito de não haver nenhuma autoridade sujeita ao foro especial entre os suspeitos, e, de fato, realizar diligências de instrução. Em abril de 2018, Cabral, que responde a ações penais no Rio de Janeiro, foi transferido para uma unidade prisional no Paraná, tendo sido algemado nas mãos e, de forma aparentemente desnecessária, acorrentado também nos pés, nos quais foram apostos grilhões. Nessa condição, foi submetido a uma *perp walk* à brasileira. O Inquérito n. 4.696/DF teve, assim, a finalidade de apurar eventual violação à Súmula Vinculante n. 11 do STF.

A PGR opôs-se à novidade. No entanto, o ministro Gilmar Mendes, tornado relator do inquérito que mandara abrir, ignorou a manifestação do MPF, que pretendia tivesse a investigação curso na instância apropriada: a primeira. Em agosto de 2018, quando encerrada a investigação espúria, o inquérito foi encaminhado ao MPF, com cópias ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e ao Ministério de Segurança Pública, para providências judiciais e disciplinares. Evidentemente, as provas ou indícios nele colhidos são imprestáveis, porquanto obtidos por autoridade sem competência legal perante juízo constitucionalmente inadequado.

## 7. O PROBLEMA DO ARQUIVAMENTO MONOCRÁTICO DOS INQUÉRITOS ORIGINÁRIOS

Em junho e agosto de 2018, cinco ministros do STF proferiram oito decisões monocráticas com o mesmo viés inquisitivo. Tais decisões recaíram sobre inquéritos originários já instaurados, mas encerrados de forma prematura, sem que houvesse pedido da PGR.

Confira-se a tabela a seguir:

INQUÉRITO	MINISTRO RELATOR	DATA DO ARQUIVAMENTO	SUPOSTO CRIME	DATA DA INSTAURAÇÃO	PRAZO	PEDIDO DA PGR
<a href="#">4.442/DF</a>	Roberto Barroso	6-6-2018	Falsidade ideológica eleitoral (Código Eleitoral, art. 350)	4-4-2017	1 ano, 2 meses, 2 dias	Declinação para o Tribunal Regional Eleitoral/ES
<a href="#">4.429/DF</a>	Alexandre de Moraes	8-6-2018	Corrupção	13-3-2017	1 ano, 2 meses, 26 dias	Declinação para a Justiça Federal/AM
<a href="#">4.244/DF</a>	Gilmar Mendes	29-6-2018	Corrupção e lavagem de dinheiro	11-5-2016	2 anos, 1 mês, 18 dias	Declinação para a Justiça Federal/RJ
<a href="#">4.393/DF</a>	Gilmar Mendes	29-6-2018	Falsidade ideológica eleitoral (Código Eleitoral, art. 350)	4-4-2017	1 ano, 2 meses, 25 dias	Declinação para o Tribunal Regional Eleitoral/SP
<a href="#">4.391/DF</a>	Dias Toffoli	29-6-2018	Corrupção e lavagem de dinheiro	4-4-2017	1 ano, 2 meses, 25 dias	Novas diligências
<a href="#">4.441/DF</a>	Dias Toffoli	29-6-2018	Falsidade ideológica eleitoral (Código Eleitoral, art. 350)	4-4-2017	1 ano, 2 meses, 25 dias	Declinação para a Justiça Federal/GO
<a href="#">4.454/DF</a>	Gilmar Mendes	29-6-2018	Falsidade ideológica eleitoral (Código Eleitoral, art. 350)	18-4-2017	1 ano, 2 meses, 11 dias	Novas diligências
<a href="#">4.215/DF</a>	Edson Fachin	1º-8-2018	Corrupção	22-3-2016	2 anos, 4 meses, 10 dias	Declinação para a Justiça Federal/RJ

Fonte: *Blog do Vlad* ([www.vladimiraras.blog](http://www.vladimiraras.blog)).

A intromissão da autoridade judiciária na investigação criminal, formulando juízos categóricos sobre a viabilidade ou não desta, é carro adiante dos bois, é prática que foge à ideia da separação de funções, sobretudo porque o juiz, ainda que ministro da Suprema Corte, não pode conhecer nem compartilhar, por não ser investigador, as estratégias que a polícia e o Ministério Público pretendem empregar para chegar à prova.

A intervenção inoportuna é também indesejável porque o juiz ignora os dados de inteligência de que dispõem os órgãos de persecução, únicos autorizados a convertê-los em prova, fazendo surgir a justa causa. E só eles detêm tal autorização porque nosso sistema repudia a figura do juiz investigador.

## **8. PRAZO “EXCESSIVO” DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL COMO MOTIVO PARA ARQUIVAR**

No Inquérito n. 4.454/DF, o relator, ministro Gilmar Mendes, invocou as seguintes razões para o arquivamento:

A pendência de investigação, por prazo irrazoável, sem amparo em suspeita contundente, ofende o direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). (STF, Inquérito n. 4.454/DF, relator o ministro Gilmar Mendes, d. 29-6-2018.)

O prazo de investigação considerado “excessivo” pelo ministro foi de 1 ano, 2 meses e 11 dias. Segundo o relator, “após mais de um ano de investigação, não há nenhuma perspectiva de obtenção suficiente da existência do fato criminoso”, juízo de probabilidade que formou sem permitir à PGR concretizar as diligências divisadas nos autos.

## 9. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO MOTIVO PARA NÃO INVESTIGAR

No Inquérito n. 4.244/DF, o ministro Gilmar Mendes fundamentou assim a necessidade de arquivamento:

A pendência de investigação, por prazo irrazoável, sem amparo em suspeita contundente, ofende o direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). (...) A declinação da competência em uma investigação que deveria estar concluída representaria apenas protelar a solução, violando o direito à duração razoável do processo e à dignidade da pessoa humana. Dado o contexto, a providência a ser adotada é indeferimento da declinação da competência e o arquivamento das investigações, na forma do art. 231, § 4º, *e*, do Regimento Interno do STF.

A Corte não esclareceu em que medida a dignidade da pessoa humana é ferida por uma investigação feita sem tortura, com respeito ao devido processo legal, sob controle do mais alto tribunal do País e conduzida pela mais alta autoridade do Ministério Público brasileiro.

Ademais, como consta da própria decisão do relator, o MPF requereu mais prazo “sob o pretexto de recebimento de novas provas”, cujo exame no curso da investigação criminal pareceu imprescindível à PGR.

Ainda mais grave: ao decidir pelo arquivamento, o ministro relator reconheceu que o STF já não detinha competência para fazê-lo: “Não há dúvida de que esta Corte é incompetente para o processo e julgamento, conforme decidido na Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ.”

## 10. ARQUIVAMENTO MONOCRÁTICO POR JUÍZO INCOMPETENTE

O ministro Roberto Barroso determinou o arquivamento do Inquérito n. 4.442/DF mesmo ciente da incompetência da Suprema Corte. Fundamentou sua decisão alegando que o MPF não apresentara manifestação conclusiva nem oferecera a denúncia. Como a PGR poderia denunciar, se desde o julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ já não tinha tal atribuição?

3. No caso dos autos, encerrado o prazo para a conclusão das investigações, e suas sucessivas prorrogações, o Ministério Público, ciente de que deveria apresentar manifestação conclusiva, limitou-se a requerer a remessa dos autos ao Juízo que considera competente. Isso significa dizer que entende não haver nos autos elementos suficientes ao oferecimento da denúncia, sendo o caso, portanto, de arquivamento do inquérito.

Mais adiante, o ministro alegou que “o Judiciário, no exercício de suas funções típicas, não se submete à autoridade de quem esteja sob sua jurisdição”. Todavia, a interferência extemporânea na investigação criminal não é função típica do Judiciário, mas, sim, da polícia e do Ministério Público. Além disso, seja na função típica, seja na atípica, os tribunais, tal como quaisquer servidores públicos, sujeitam-se à Constituição, que marca a distinção entre os papéis dos órgãos de persecução e julgamento.

O ministro Dias Toffoli seguiu a mesma toada ao mandar arquivar o Inquérito n. 4.441/DF, no qual o STF já não tinha mais competência:

Com efeito, extrapolados os prazos estabelecidos para as investigações, a Procuradoria-Geral da República não encontrou nos autos

elementos suficientes à formação da *opinio delicti*, tanto que, até o momento, não o fez. A remessa dos autos à primeira instância, como pretende o Ministério Público Federal, implicaria admitir o constrangimento ilegal do investigado, que não pode permanecer figurando como objeto de investigação por tempo superior ao razoável, especialmente quando ele se mostra colaborativo com as investigações.

Todos sabem, inclusive o ministro relator, que uma decisão dessa ordem só pode ser tomada pela autoridade judiciária competente, na forma da Constituição.

## 11. PROVAS INDEFERIDAS, INQUÉRITO ARQUIVADO

O Inquérito n. 4.429/DF, arquivado monocraticamente e *ex officio* pelo ministro Alexandre de Moraes, põe à mostra a inadequação do envolvimento de autoridade judiciária em estratégias de investigação.

Inicialmente, o relator indeferiu provas requeridas pela PGR, as quais eram consideradas relevantes pelo órgão de acusação na linha de trabalho que estabelecera. Em inquéritos comuns, tais diligências teriam sido realizadas diretamente pela polícia ou pelo Ministério Público. No STF, foram obstadas:

Em decisão de fls. 228/232, indeferi os pedidos de oitivas dos colaboradores DALTON DOS SANTOS AVANCINI e EDUARDO HERMELINO LEITE, respectivamente, Diretor-Presidente e Vice-Presidente da empresa CAMARGO CORREA, uma vez que o Ministério Público não apontou qualquer relação dos mesmos com os fatos tratados nos autos; bem como, indeferi o pedido de oitiva do colaborador LUIZ CARLOS MARTINS, executivo da CAMARGO CORREA, pois como o próprio Ministério Público afirmou o colaborador é “investigado

por crime de corrupção e lavagem de dinheiro por fatos vinculados à construção da Usina Hidroelétrica de Belo Monte”, que não guarda relação com os fatos apurados no presente inquérito.

Mais adiante, o relator prosseguiu na função de juiz investigador, substituindo-se aos órgãos constitucionalmente autorizados à preparação da persecução estatal:

(...) após 15 (quinze) meses de investigação, as oitivas das testemunhas MARCO ANTONIO COSTA, HENRIQUE BARROSO DOMINGUES e MARCO AURÉLIO BITTAR, requeridas em 13 de março de 2017 pela Procuradoria-Geral da República e devidamente deferidas, não foram realizadas por opção da própria investigação, pois conforme petição da própria empresa CAMARGO CORREA (fls. 138/139) e informações da autoridade policial (fl. 240), em face do acordo de leniência celebrado pela 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, o MPF/PR ainda está analisando a documentação apresentada, para somente após sua conclusão, o Ministério Público decidir pela realização dos referidos depoimentos.

Considerados os juízos probatórios e probabilísticos que o relator formulou *ante tempus* e a interferência na estratégia persecutória, fica evidente a ofensa ao princípio acusatório, com, de um lado, a substituição da atribuição do MPF pela vontade do relator e, de outro, a troca de papéis, passando este de juiz de garantias a juiz investigador.

## **12. OS ARQUIVAMENTOS MONOCRÁTICOS A DESTEMPO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO RISTF**

Em seu voto no Agravo Regimental no Inquérito n. 3.847/GO (STF, Primeira Turma, relator o ministro Dias Toffoli, j. 7-4-2015),

o ministro Roberto Barroso asseverou que “não há jurisprudência firmada quanto a essa questão da possibilidade de arquivamento, sem pedido do Ministério Público”.

De fato, não há lei nem jurisprudência. Se houvesse, tais regras estariam em conflito com o princípio acusatório insculpido na Constituição de 1988 e com o próprio RISTF, que exige manifestação do colegiado maior quando se trata de verificar ato abusivo atribuído ao procurador-geral da República para a concessão de *habeas corpus* (RISTF, art. 6º, I, *a*).

No entanto, em abril de 2015, a Primeira Turma definiu que é possível o arquivamento de ofício pelo colegiado, tendo ficado vencido o relator, ministro Dias Toffoli, que já então admitia “o arquivamento até mesmo por decisão monocrática”.

Como vimos, as críticas às oito decisões proferidas pelo STF de junho e agosto de 2018 referem-se ao arquivamento de ofício contra pedido da PGR, que insistia em novas diligências em alguns dos inquéritos ou promovia a declinação de competência e de atribuição em outros. Critica-se também o arquivamento por decisão monocrática, equivalente à concessão de *habeas corpus* de ofício em face de ato da PGR (que é de competência do Pleno), e o arquivamento por juiz que deixou de ser competente em razão da posição da Corte na Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ.

Tais decisões estariam baseadas no direito à razoável duração do processo, no princípio da dignidade da pessoa humana (uma carta curinga, de aplicabilidade cada vez mais ampla, às vezes *contra legem*) e nos arts. 21, XV, e 231, § 4º, *e*, do RISTF. Conforme este dispositivo regimental, o relator deve determinar o arquivamento do inquérito quando verificar a falta de indícios mínimos de autoria ou materialidade nos casos em que forem descumpridos os prazos para a instrução do inquérito. No mesmo sentido é o art. 21, XV, *e*, do RISTF, mas sem referência a prazos.

Esses artigos do Regimento Interno devem ser confrontados com o art. 3º, I, da Lei n. 8.038/1990, segundo o qual compete ao relator “determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, **quando o requerer o Ministério Público**, ou submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal”, o que já torna evidente a impossibilidade de arquivamento monocrático sem pedido da PGR, salvo em algumas das hipóteses corretamente listadas no art. 21 do RISTF, de absoluta atipicidade, por exemplo.

Em redação resultante da Emenda Regimental n. 44/2011, diz o art. 21, XV, do RISTF que são atribuições do relator “determinar a **instauração** de inquérito a **pedido do Procurador-Geral da República, da autoridade policial ou do ofendido**” e ordenar seu **arquivamento** quando o requerer o procurador-geral da República, ou quando verificar:

- a) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
- b) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade;
- c) que o fato narrado evidentemente não constitui crime;
- d) extinta a punibilidade do agente; ou
- e) ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade.

O art. 231, § 4º, do RISTF, também alterado pela Emenda Regimental n. 44/2011, inovando a ordem jurídica de forma inconstitucional e com ofensa ao princípio da legalidade, acrescentou um adendo a essa quinta causa (alínea *e*) ao estabelecer que o arquivamento pode ocorrer diante de ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade “nos casos em que forem descumpridos os prazos para a instrução do inquérito ou para o oferecimento de denúncia”.

Segundo o ministro Roberto Barroso,

**a lei não prevê** essa possibilidade do arquivamento monocrático. A lei é de 1990. Depois vem o Regimento Interno, numa emenda regimental de 2011, e diz: “§ 4º O Relator tem competência para determinar o arquivamento, quando o requerer o Procurador-Geral da República ou quando verificar”. E aí ele repete as possibilidades que estão anteriormente no artigo 21. Portanto, houve uma clara manifestação administrativa do Supremo ao aprovar o Regimento Interno, a emenda, no sentido da possibilidade do arquivamento monocrático, **que, todavia, parece estar em contraste com a lei, sendo que essa norma do Regimento Interno foi aprovada em um momento em que o Supremo já não detinha mais competência normativa primária.** Portanto, há uma complexidade aqui que envolverá, no mínimo, **uma declaração incidental de inconstitucionalidade de um dispositivo do Regimento aprovado recentemente.** (STF, Primeira Turma, Agravo Regimental no Inquérito n. 3.847/GO, relator o ministro Dias Toffoli, j. 7-4-2015.)

O ministro Marco Aurélio o acompanhou:

**Não vejo como possa o Supremo, simplesmente, revogar uma lei.** A Lei n. 8.038/90 é claríssima, não apresenta qualquer distinção no que junte a possibilidade de o relator arquivar o inquérito, a requerimento do Ministério Público. Não havendo o requerimento, o inquérito deve vir, como veio aquele alusivo aos deputados José Aníbal e Rodrigo Garcia, à Turma, em questão de ordem. Se o relator entende que é o caso, sugira o arquivamento. É a primeira observação que faço. **Considerada a própria previsão da Lei, não tenho como deixar de dar eficácia ao que nela se contém, mais precisamente ao artigo 3º.** (STF, Primeira Turma, Agravo Regimental no Inquérito n. 3.847/GO, relator o ministro Dias Toffoli, j. 7-4-2015.)

Toda essa engenharia regimental é **inconstitucional** (no que tange à legalidade), ofende a isonomia entre os cidadãos e o sistema acusatório e a regra de eficiência porque judicializa diligências simples, como a mera expedição de ofícios ou a tomada de depoimentos, medidas investigativas que não exigem prévia decisão judicial.

Na Questão de Ordem no Inquérito n. 2.411/MT (STF, Plenário, relator o ministro Gilmar Mendes, j. 10-10-2007)<sup>6</sup>, embora o STF tenha decidido que “a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe a juiz ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro”, acabou incorrendo em grave impropriedade ao asseverar não haver “razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF”. A Constituição não ordena a existência de supervisão judicial na investigação criminal; o art. 102, I, *b*, trata apenas da regra de competência originária.

Insistindo no equívoco, ressaltou a Corte: “a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações (isto é, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*)”.

A questão fundamental é: para quê? A que serve essa “supervisão”, senão para atravancar a tramitação do inquérito e envolver o juiz (ministro relator) na investigação criminal, muito além do necessário?

Mesmo sem “supervisão judicial” da investigação no foro especial, os abusos que houvesse poderiam ser corrigidos mediante

---

6 V. também sobre o tema da supervisão judicial de inquéritos originários: STF, Plenário, Questão de Ordem na Petição n. 3.825/MT, relator o ministro Sepúlveda Pertence, relator para o acórdão o ministro Gilmar Mendes, j. 10-10-2007.

*habeas corpus* ou simples petição ao relator sorteado. Num tribunal assoberbado como o STF, tal orientação já seria temerária, quando não fosse absolutamente irracional e apartada do modelo de divisão de funções que o próprio STF já reconheceu mais de uma vez ao longo dos trinta anos de vigência da Constituição.

### **13. O PAPEL DO JUIZ CRIMINAL DURANTE A INVESTIGAÇÃO NO MODELO ACUSATÓRIO SE- GUNDO OS TRIBUNAIS**

No modelo acusatório, submetem-se ao Judiciário, na fase da investigação, apenas medidas probatórias que exijam reserva de jurisdição, a exemplo de buscas, prisões, quebras de sigilo bancário, interceptações, escutas ambientais, ações controladas, infiltrações policiais etc. Se for além daí, o juiz poderá resvalar no papel de inquisidor ou de juiz investigador (juiz de instrução), figura já rechaçada pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.570/DF, na qual foi declarada a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n. 9.034/1995<sup>7</sup> (STF, Plenário, relator o ministro Maurício Corrêa, j. 12-2-2004).

Dizia o art. 3º daquela lei:

Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.<sup>8</sup>

---

7 Antiga Lei do Crime Organizado, revogada pela Lei n. 12.850/2013, que regula a colaboração premiada e outros meios de enfrentamento às organizações criminosas.

8 O art. 3º da Lei n. 9.034/1995 foi declarado inconstitucional pelo STF. Esse diploma foi revogado pela Lei n. 12.850/2013.

O sistema acusatório é um modelo contraditório (de confronto dialógico), no qual as partes – isto é, o Ministério Público, pela acusação, e o réu, com seu defensor – dialogam e produzem provas diante de um juiz ou tribunal imparcial a quem cabe julgar a causa com base no acervo probatório que lhe for apresentado, com observância dos princípios da oralidade, concentração e imediação. Sua característica fundamental é a absoluta separação de funções entre o Ministério Público, como órgão de investigação e persecução, e os juízes, como órgãos da jurisdição.

Membros do Ministério Público (e, obviamente, da polícia) não podem exercer funções jurisdicionais; juízes não podem realizar atos de investigação criminal, de postulação ou de acusação. No processo penal brasileiro, não há lugar para os juízes de instrução ou autoridades equivalentes.

Um observador atento verá que, três décadas depois da promulgação da nossa Constituição, ainda não nos livramos de procedimentos, das formas ou do ideário inquisitivo, fundado no sigilo, no autoritarismo e no cartorialismo, esta última uma característica que, impregnada na atividade bacharelesca da investigação, da persecução e da jurisdição, atravanca a fluidez do processo judicial em juízos e tribunais e no Ministério Público.

Elementos inquisitivos são indesejáveis no processo. No entanto, ainda tentam manter-se e infiltrar-se nas rotinas processuais, numa linha de retrocesso ao que tem ocorrido na América Latina nos últimos vinte anos. Nesse período, os países vizinhos consolidaram o modelo acusatório a partir de amplas e sucessivas reformas processuais.

Pouco a pouco, o STF também vinha solidificando as bases do modelo acusatório de processo penal no Brasil, como teve oportunidade de fazer ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.570/DF (de 2004, relator o ministro Maurício Corrêa), a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104/DF (de

2014, relator o ministro Roberto Barroso) e a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.693/BA (de 2017, relator o ministro Alexandre de Moraes).

Assim foi ementado o primeiro desses precedentes, proferido há uma década e meia pela Suprema Corte:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9.034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9.034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII, e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (STF, Plenário, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.570/DF, relator o ministro Maurício Corrêa, j. 12-2-2004.)

Já na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104/DF, que questionou o art. 8º da Resolução n. 23.396/2013 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o ministro Roberto Barroso, mediante cautelar concedida em 2014, suspendeu o dispositivo assim pontuando:

A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. (STF, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104/DF, relator o ministro Roberto Barroso, d. 21-5-2014.)

O art. 8º da resolução dizia<sup>9</sup> que “[o] inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante”. Consta da decisão do ministro Barroso:

Resolução n. 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema acusatório e papel institucional do Ministério Público. (...) 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução n. 23.396/2013. Ao condicionar

---

9 Eis o texto atual, com a redação dada pela Resolução n. 23.424, de 27-5-2014, do TSE: “Art. 8º O inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante requisição do Ministério Público Eleitoral ou determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante.”

a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório.

Por sua vez, em 2017, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.693/BA, ajuizada pela PGR contra o parágrafo único do art. 378 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia (RITJBA), o ministro Alexandre de Moraes realçou o princípio acusatório e considerou inconstitucional o dispositivo atacado, assim vazado:

Art. 378. Quando no curso de qualquer investigação, houver indício da prática de crime por parte de Magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Presidente do Tribunal, para o prosseguimento da apuração do fato, sob a direção de Relator, intimando-se o Procurador-Geral de Justiça.

Parágrafo único. Encerrada a investigação e feito o relatório, os autos serão postos em mesa para julgamento. Se o Tribunal Pleno, em votação pública, concluir pela existência de crime em tese, remeterá o feito ao Ministério Público para o procedimento cabível. Se concluir pela inconsistência da imputação, determinará com relação ao Magistrado, o arquivamento dos autos, dando ciência ao Procurador-Geral de Justiça e à autoridade que iniciou as investigações, para que esta, se for o caso, prossiga contra os demais indiciados.

Na sua pertinente decisão de 2017, o ministro Alexandre de Moraes lembrou e esclareceu que o art. 378 do RITJBA inovava em matéria processual – mesmo vício no qual incorre o art. 231, § 4º, do RISTF –, normatizando em sentido contrário o disposto no art. 129, I, da CF:

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou, em matéria de processo penal, o sistema acusatório, atribuindo a órgãos diferentes as funções de acusação e julgamento. A norma impugnada, como visto, estatui que, havendo indício de prática de crime por magistrado, concluídas as investigações, os autos sejam postos em julgamento no âmbito do Poder Judiciário, que poderá, se concluir pela inconsistência da imputação, determinar, desde logo, o arquivamento dos autos em relação ao Magistrado, independentemente de qualquer ciência, análise ou manifestação prévia do titular da ação penal pública – Ministério Público – nesse sentido.

Em juízo de cognição sumária, tenho que o preceito em questão não condiz com o sistema acusatório, ao atribuir ao Tribunal de Justiça a formação da *opinio delicti*, afrontando a regra constitucional do art. 129, I, da Constituição Federal. Este é, inclusive, o pacífico entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que, em regra, em virtude da titularidade exclusiva da ação penal pública pelo Ministério Público, expressamente prevista no citado art. 129, I, da Constituição Federal, **o ordenamento jurídico não possibilita o arquivamento *ex officio* de investigações criminais pela autoridade judicial** (Inq 4.045 AgR, rel. min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, *DJe* de 19-6-2017; HC 93.921 AgR, rel. min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, *DJe* de 1º-2-2017; RHC 120.379 ED, rel. min. LUIZ FUX, Primeira Turma, *DJe* de 16-9-2016), como está previsto no regimento interno ora impugnado.

O exercício da titularidade privativa da ação penal pública pelo Ministério Público, obviamente, não impede ao Poder Judiciário o exercício de sua “atividade de supervisão judicial”, que “deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*” (STF, Pet 3.825, relator o ministro SEPÚLVEDA PERTENCE,

relator para o acórdão o ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, *DJe* de 4-4-2008), inclusive autorizando, excepcionalmente, e uma vez configurado o injusto constrangimento e ausência de justa causa, a possibilidade de, “exercendo o dever-poder que lhe confere o ordenamento positivo (CPP, art. 654, § 2º), conceder, *ex officio*, ordem de *habeas corpus* em favor daquele que sofre ilegal coação por parte do Estado” (STF, HC 106.124, relator o ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, *DJe* 11-9-2013). (STF, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.693/BA, relator o ministro Alexandre de Moraes, d. 30-10-2017.)

Para lembrar que tal entendimento do STF estava consolidado, vejamos um caso de 2011, relatado pelo ministro Celso de Mello. Nele, a Suprema Corte decidiu ser

inviável, em nosso sistema normativo, o arquivamento *ex officio*, por iniciativa do Poder Judiciário, de peças informativas e/ou de inquéritos policiais, pois, tratando-se de delitos perseguíveis mediante ação penal pública, a proposta de arquivamento só pode emanar, legítima e exclusivamente, do próprio Ministério Público. Precedentes. Essa prerrogativa do *Parquet*, contudo, não impede que o magistrado, se eventualmente vislumbrar ausente a **tipicidade penal dos fatos investigados**, reconheça caracterizada situação de injusto constrangimento, tornando-se conseqüentemente lícita a concessão *ex officio* de ordem de *habeas corpus* em favor daquele submetido a ilegal coação por parte do Estado (CPP, art. 654, § 2º). (STF, Segunda Turma, *Habeas Corpus* n. 106.124, relator o ministro Celso de Mello, j. 22-11-2011.)

Em importante julgado de 2017, o STJ, seguindo seu próprio caminho, adensou o princípio acusatório, reafirmando sua existência

também nas investigações criminais no foro especial, que devem ser conduzidas pelo Ministério Público:

Como forma de fortalecer as liberdades individuais e a presunção de inocência, nosso Direito Processual Penal adotou o sistema acusatório, segundo o qual a acusação, a defesa e o julgamento do mérito da pretensão punitiva são atribuídos a órgãos distintos. Por esse motivo, embora o inquérito deva tramitar sob a supervisão do STJ, o Ministro Relator não se torna a autoridade investigadora. O inquérito, procedimento administrativo destinado a formar o juízo de probabilidade que autorizará ou não recebimento da denúncia, mesmo quando relativo a fatos imputados a autoridades com foro por prerrogativa de função, deve ser, portanto, conduzido pelo Ministério Público, de modo a formar adequadamente a sua *opinio delicti*. (STJ, Reclamação n. 31.629/PR, Corte Especial, relatora a ministra Nancy Andrighi, j. 20-9-2017.)

Também do STJ, na relatoria do ministro Ribeiro Dantas, vem a lição:

(...) da prerrogativa de função, contudo, não decorre qualquer condicionante à atuação do Ministério Público, ou da autoridade policial, no exercício do mister investigatório, sendo, em regra, despicienda a admissibilidade da investigação pelo Tribunal competente. 5. Corolário do sistema acusatório, a investigação pré-processual, tendo como destinatário o órgão acusador, também deve ser desempenhada por órgão diverso daquele que julgará a ação penal. (...) De rigor, pois, o exercício pleno da atribuição investigativa do *Parquet*, independente da sindicabilidade do Tribunal de Justiça, que somente deverá ocorrer por ocasião do juízo acerca do recebimento da denúncia ou, eventualmente, antes, se houver

necessidade de diligência sujeita à reserva jurisdicional, conforme disposição expressa nos arts. 4º e 6º da Lei 8.038/90. 7. Recurso desprovido. (STJ, Quinta Turma, Recurso em *Habeas Corpus* n. 77.518/RJ, relator o ministro Ribeiro Dantas, j. 9-3-2017.)

Embora não seja órgão jurisdicional, o CNJ também contribuiu para a afirmação do modelo acusatório. Em 17 de maio de 2018, atendendo representação do procurador-geral de justiça do estado do Pará, o conselheiro André Godinho proferiu decisão em procedimento de controle administrativo sobre a instauração de investigação criminal de autoridades com foro especial perante o Tribunal de Justiça paraense. Entendeu o relator que o Ministério Público não precisa de autorização judicial para abrir investigação sobre autoridades locais que detenham a prerrogativa de foro naquela Corte estadual.

Esse requisito estava previsto nos arts. 116 a 118 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Pará e foi derrubado pelo CNJ, em decisão monocrática:

A exigência regimental, que estabelece prévia autorização para instauração de inquérito de autoridades detentoras do foro privilegiado, vai de encontro às premissas básicas do sistema acusatório (...) percebe-se que a exigência do Tribunal de Justiça do Estado do Pará de prévia autorização judicial para instauração de inquérito policial contra pessoas detentora de foro privilegiado afigura-se desarrazoada e incompatível com os postulados do sistema penal acusatório consagrado na Constituição Federal de 1988.

Na liminar que concedeu no Procedimento de Controle Administrativo n. 0002734-21.2018.2.00.0000, o relator mencionou decisão do plenário do CNJ, da relatoria do então conselheiro Saulo Casali

Bahia, no tocante a semelhante norma regimental do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que foi afastada:

RECURSO ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. REGIMENTO INTERNO. INVESTIGAÇÃO DE MAGISTRADOS. CRIME DE AÇÃO PENAL PÚBLICA. AUTORIZAÇÃO DA CORTE SUPERIOR. REPRODUÇÃO DE ARTIGO DA LOMAN. NÃO RECEPÇÃO. PRECEDENTES DO STF. 1. O dispositivo da LOMAN que exige autorização da Corte Superior para prosseguimento das investigações quando constatados indícios de prática de crime de ação pública por magistrado não foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Precedentes do STF. 2. Não há necessidade de autorização prévia do Tribunal para o prosseguimento de investigações contra magistrados. Exigência do art. 360 e parágrafos do Regimento Interno do TJMG que deve ser suprimida. 3. Recurso administrativo provido. (CNJ, Recurso Administrativo em Procedimento de Controle Administrativo n. 0006125-28.2011.2.00.0000, relator Saulo Casali Bahia, 183ª Sessão Ordinária, j. 25-2-2014.)

#### **14. A DISSOCIAÇÃO ENTRE AS DECISÕES ISOLADAS DOS MINISTROS DO STF E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE**

Num processo penal de modelo acusatório, não se espera dos ministros do STF, como juízes, inovação na ordem jurídica nem a formulação de juízos de probabilidade sobre o êxito de diligências a serem executadas pela polícia ou pelo Ministério Público na linha investigatória escolhida pelos órgãos de persecução. Essa atuação judicial na fase de inércia (*ne procedat ex officio*) se afasta da deontologia do cargo judiciário.

Além disso, arquivamentos monocráticos com fixação de tempo arbitrário para conclusão da apuração, sob pena de encerramento, não estão previstos no ordenamento brasileiro. No Brasil, não há lei processual que permita ao Judiciário fechar investigação em crime de ação pública por excesso de prazo. E, como é evidente, o RISTF não pode inovar em matéria processual, como o fez, de forma inconstitucional, mediante a Emenda Regimental n. 44/2011.

Segundo reiterada jurisprudência do STF, arquivamentos ou concessões de *habeas corpus* de ofício só podem ocorrer ante evidente falta de justa causa. Exemplo disso é o Agravo Regimental no Inquérito n. 2.913/MT, relatado pelo ministro Luiz Fux e no qual ficou vencido o relator original, ministro Dias Toffoli:

INQUÉRITO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PARLAMENTAR. NOMEAÇÃO DE FUNCIONÁRIO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES INCOMPATÍVEIS COM O CARGO EM COMISSÃO OCUPADO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE PECULATO DESVIO (ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO DE OFÍCIO, SEM OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. DOCTRINA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, **reclama deva ser o juiz apenas um “magistrado de garantias”, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a *opinio delicti* do Ministério Público.** 2. A doutrina do tema é uníssona no sentido de que, *verbis*: “Um processo penal justo (ou seja, um *due process of law* processual penal), instrumento garantístico que é, deve promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização

é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microsistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais.” (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição: Modificando Paradigmas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 3, p. 125-136, 2009).

3. Deveras, mesmo nos inquéritos relativos a autoridades com foro por prerrogativa de função, é do Ministério Público o mister de conduzir o procedimento preliminar, de modo a formar adequadamente o seu convencimento a respeito da autoria e materialidade do delito, atuando o Judiciário apenas quando provocado e limitando-se a coibir ilegalidades manifestas. 4. *In casu*: (i) inquérito destinado a apurar a conduta de parlamentar, supostamente delituosa, foi arquivado de ofício pelo i. Relator, sem prévia audiência do Ministério Público; (ii) não se afigura atípica, em tese, a conduta de Deputado Federal que nomeia funcionário para cargo em comissão de natureza absolutamente distinta das funções efetivamente exercidas, havendo juízo de possibilidade da configuração do crime de peculato-desvio (art. 312, *caput*, do Código Penal). 5. O trancamento do inquérito policial deve ser reservado apenas para situações excepcionalíssimas, nas quais não seja possível, sequer em tese, vislumbrar a ocorrência de delito a partir dos fatos investigados. Precedentes (RHC 96.713, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 7-12-2010; HC 103.725, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 14-12-2010; HC 106.314, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 21-6-2011; RHC 100.961, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 6-4-2010). 6. Agravo Regimental conhecido e provido. (STF, Plenário, Agravo Regimental no Inquérito n. 2.913/MT, relator para o acórdão o ministro Luiz Fux, j. 1º-3-2012.)

A jurisprudência do STF sobre trancamento de inquéritos está bem posta no agravo regimental (Inquérito n. 2.913/MT) e noutros precedentes já citados. Vê-se nas decisões monocráticas de junho e agosto de 2018 uma atuação a modo de jurisprudência “defensiva”, de defesa da pauta viável da Corte.

A jurisprudência “defensiva” nada tem a ver com a promoção de posições jurídicas no interesse da defesa de acusados. Relaciona-se, na verdade, com a “defesa” da higidez e da funcionalidade da pauta e com a limitação da carga processual de um tribunal. É prática que compreende decisões adotadas por um tribunal de modo a impedir a chegada de novas causas ou a reduzir o conjunto de processos em andamento, mediante critérios meramente formais, como juízos de admissibilidade mais rigorosos ou estipulação de prazos peremptórios.

## **15. O PRAZO DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (CPP)**

A definição do prazo de conclusão de investigações criminais é um tema importante, ninguém o nega, e está em debate na Câmara dos Deputados. No art. 33 do projeto do novo CPP (Projeto de Lei n. 8.045/2010), segundo o texto do relator, deputado João Campos, tal prazo será de 720 dias, não peremptórios, podendo ser dado prazo superior no caso de investigações complexas:

Art. 33. Não obstante o disposto no art. 31, *caput* e §§ 1º e 2º, o inquérito policial não excederá ao prazo de setecentos e vinte dias.

§ 1º Esgotado o prazo previsto no *caput* deste artigo, os autos do inquérito policial serão encaminhados ao Ministério Público para arquivamento.

§ 2º Diante da complexidade da investigação, constatado o empenho da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, o juiz das garantias poderá prorrogar o inquérito pelo período necessário à conclusão das diligências faltantes.

A questão do prazo é tema crucial e se relaciona com o direito de todos à duração razoável do processo. Como vimos, em crimes de ação pública incondicionada, não há decadência nem perempção. Logo, os prazos a serem hoje observados em casos como os aqui tabulados são apenas os prescricionais, sendo importante lembrar que o STJ veda por súmula a prescrição em perspectiva, tática de arquivamento que se relaciona com o tempo do processo. Súmula n. 438: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”

## **16. O TEMPO ÚTIL DA INVESTIGAÇÃO: CASOS EMBLEMÁTICOS E A OPERAÇÃO LAVA JATO**

O tempo razoável de investigações criminais nem sempre é o tempo que “achamos” ideal num critério puramente cronológico, de contagem de dias. É possível citar mais um exemplo, além do que introduz este artigo. Em 11 de setembro de 1973, o cantor Victor Jara foi morto em Santiago, mas somente em julho de 2018 a Justiça chilena condenou os homicidas. Em Justiça Transicional e em casos criminais complexos, o prazo razoável para uma investigação ou um processo não segue regras peremptórias.

Nessa linha, em março de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) condenou o Estado brasileiro pela morte do jornalista Vladimir Herzog. Várias medidas de reparação contra o Brasil foram ordenadas, como a retomada da investigação crimi-

nal e a abertura de ação penal sobre os fatos de 25 de outubro de 1975, para que se pudesse identificar, processar e, em sendo o caso, punir as pessoas que torturaram e mataram a vítima mais de quarenta anos atrás.

Tal decisão da CIDH mostra que os marcos da duração razoável e do tempo de investigação, especialmente em crimes contra bens jurídicos primordiais, não podem ser fixados senão em lei, e nunca por concepções discricionárias.

Ademais, a percepção de que uma investigação é demorada e “a nada levará” pode estar absolutamente equivocada. Por isso, deve haver parcimônia na interrupção da trajetória investigativa. Um bom policial trabalha com dados de inteligência, redes de informações e provas. Sua experiência acumulada e seu faro podem revelar provas que outros não veriam.

Tome-se como exemplo o caso investigado pela Operação Lava Jato. Se aplicássemos ao inquérito-mãe dessa operação o critério de tempo afirmado pelo STF nos oito arquivamentos *ex officio* de junho e agosto de 2018, esse gigantesco escândalo de corrupção nacional e transnacional não teria sido descoberto.

De fato, o inquérito no qual tudo começou (IPL n. 714/2009-SR/PF/PR) foi instaurado pela Polícia Federal do Paraná em 24 de junho de 2009<sup>10</sup> e só rendeu os primeiros frutos a partir do monitoramento telefônico iniciado em julho de 2013, tendo culminado em março de 2014, quase cinco anos depois, na deflagração da Operação Lava Jato. Se adotado o marco temporal de mais ou

---

10 O inquérito deriva de um procedimento criminal diverso (PCD) aberto em 2006 na delegacia de Londrina, cujo objeto era o rompimento do acordo de colaboração premiada firmado pelo MPF com Alberto Youssef, no caso Banestado, cerca de dois anos antes.

menos catorze meses, eleito pelo STF para o fechamento da maior parte dos inquéritos originários em junho de 2018, nunca saberíamos a extensão desse esquema global de corrupção.

A Operação Lava Jato não existiria porque um juiz ou ministro se teria substituído ao papel de investigador (da polícia ou do Ministério Público), na formulação de juízos categóricos e probabilísticos sobre a viabilidade de uma investigação criminal complexa e as estratégias adotadas pelos órgãos constitucionais de persecução penal.

Para além da maior ou menor complexidade deste ou daquele caso, o prazo de investigação criminal sofre contingências normais decorrentes da pletora de crimes que têm de ser apurados pelo Estado, da complexidade de certas provas a produzir, do intrincado desenrolar do procedimento cooperativo, do necessário amadurecimento de certas providências e ocasiões. O Judiciário não pode fechar os olhos a tal fato, sob pena de, a pretexto de uma jurisprudência defensiva, consumir lesão ao princípio da proibição da proteção deficiente e a direitos das vítimas, determinadas ou indeterminadas, que, segundo a lei, podem esperar a resposta penal do Estado até o fim do prazo de prescrição.

## **17. JÁ É TEMPO DA CONCLUSÃO**

No processo penal acusatório, a primeira decisão é a de acusar ou não. Ela cabe ao Ministério Público, e não ao juiz, que a complementa com a decisão de receber, ou não, a denúncia.

Uma vez instaurada a acusação formal, apresentada a defesa e colhidas as provas indicadas pelas partes, cabe ao juiz a decisão fundamental e final do processo: condenar ou absolver o réu.

A escalada de supremas más notícias para o sistema acusatório começou em abril de 2018, no caso do ex-governador Sérgio Cabral,

quando o Tribunal mandou instaurar de ofício uma investigação para a qual não tinha competência, o que resultou no inédito Inquérito n. 4.696/DF. Pouco depois, em junho de 2018, o STF, por maioria, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.508/DF, na qual a PGR atacava dispositivos da Lei n. 12.85/2013, incompatíveis com o modelo acusatório de processo penal, de cunho bilateral (processo penal de partes) e pactuado (duplamente consensual).

Ao manter a possibilidade de delegados da Polícia Civil e da Polícia Federal negociarem e firmarem acordos de colaboração premiada, diferentemente do que parece, a Suprema Corte não empoderou autoridades policiais. Na verdade, avançou sobre a legitimidade das partes e sobre a gestão da prova, para suprimir atribuições de acusação e defesa, que decorrem do modelo negocial brasileiro. Ao restringir drasticamente a amplitude dos acordos penais e reduzir seu escopo a meras promessas policiais a serem aceitas ou não pelo juiz criminal, a Corte manteve consigo (isto é, com os juízes) o poder de adjudicação por inteiro das situações consensuais, em casos de colaboração premiada. Não deu poder algum à polícia; na verdade, reafirmou o seu próprio poder, numa resistência ao modelo negocial, que dá maior protagonismo às partes do processo penal e confere menos segurança jurídica aos interessados. O modelo divisado não suprimia a atividade judicante na aferição da legalidade e regularidade dos acordos, na concessão dos benefícios e na verificação da eficiência corroborativa de tais ajustes penais.

Então veio a série monocrática. Nos oito casos arquivados em junho e agosto de 2018, o STF cometeu equívocos de dois tipos:

a) em seis dos casos havia pedidos da PGR para declinação de competência. Isto é, a outro juízo, que não o STF, cabia decidir sobre a causa. Se o Supremo não tinha mais competência (Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ), não podia decidir pelo arquivamento dessas investigações;

b) noutros dois casos, havia diligências que o MPF (PGR) reputava indispensáveis para formar o juízo (que é só seu segundo o art. 129, I, da CF) sobre os fatos sob investigação, decidindo de forma positiva (denunciar) ou negativa (arquivar).

O Ministério Público acreditava na viabilidade daquelas diligências para poder formar sua opinião sobre a existência ou não de crime. Esse é um dos papéis que lhe compete no sistema acusatório.

Ademais, tais decisões foram adotadas monocraticamente, em afronta à jurisprudência da própria Suprema Corte.

Em resumo, ministros do STF instauraram inquéritos de ofício, presidiram investigações, fixaram prazo de prorrogação de inquéritos e decidiram encerrá-los com base em prazos arbitrariamente instituídos, em alguns casos decidindo já sem competência ou mesmo diante de pedidos de realização de novas diligências.

## **18. O TEMPO DAS SUGESTÕES DE APERFEIÇOAMENTOS**

Diante do que vimos, não há como negar a necessidade de mudanças estruturais no processo penal brasileiro, que já muito tardam. Uma delas é a instituição do juiz de garantias, objeto dos arts. 14 a 17 do projeto do novo CPP (Projeto de Lei n. 8.945/2010). Com ajustes tópicos, e afastados os óbices orçamentários, essa nova função dos juízes fará bem ao processo penal brasileiro, na primeira instância e também nos tribunais, onde o relator para o inquérito deverá ficar impossibilitado de atuar no julgamento.

No que diz respeito ao rito dos inquéritos originários no STF, o ideal é que o foro especial se restrinja a cinco ou seis autoridades nacionais: o presidente e o vice-presidente da República, os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o presidente do STF e o procurador-geral da República. Ninguém

mais. Deve haver uma ressalva para garantir as simetrias estaduais em prol do governador e seu vice, do presidente da Assembleia Legislativa, do presidente do Tribunal de Justiça e do procurador-geral de Justiça.

Enquanto essa restrição de privilégios não ocorre (e que advenha da atuação do Congresso Nacional), algumas modificações legais ou puramente regimentais fariam bem ao STF, auxiliando a Corte a reduzir sua carga de procedimentos:

1) Para começar, tornar desnecessário requerimento da PGR para a instauração de inquérito originário. A mera comunicação pela PGR deveria ser suficiente, para que fosse sorteado o relator responsável pela “supervisão” judicial, que passaria a ser reservada aos casos abusivos e aos pedidos sobre diligências com reserva de jurisdição;

2) Passar a instaurar procedimentos de investigação criminal (PIC), de atribuição da PGR, para casos de foro especial, mediante comunicação da instauração à Corte;

3) Instituir a tramitação direta de inquéritos originários perante o STF, de modo a que a investigação se faça no diálogo fluido entre a polícia e o MPF, reservando-se a intervenção do ministro relator para os casos de reserva de jurisdição, apenas como juiz de garantias;

4) Tornar excepcional o arquivamento *ex officio* dos inquéritos originários, sempre na forma da lei, e não de acordo com inovações regimentais eivadas de inconstitucionalidade. As hipóteses seriam a absoluta falta de justa causa, a atipicidade da conduta ou, quando comprovada, a existência de excludente de ilicitude ou causa extintiva de punibilidade; e

5) Restringir ao relator o recebimento da denúncia em casos de foro especial, sem necessidade de manifestação do colegiado.

Enquanto o RISTF contiver regras inconstitucionais como as que tem hoje, além de outros resquícios do modelo inquisitorial,

difícilmente os ponteiros serão mais ligeiros, e as causas criminais do foro especial continuarão a passear inutilmente pelos escaninhos das instituições à espera de sua hora derradeira, que é o tempo de implementação (este, sim, legal) da prescrição da pretensão punitiva.

As decisões do Supremo Tribunal nos seus casos de foro especial influenciam os juízes brasileiros. Servem-lhes de modelo.

A prevalecer pelo País a ideia de que o simples decurso de prazo de inquéritos é fatal para as investigações de crimes graves não prescritos, como homicídios, estupros e corrupção, fenecerá mais um pouco a confiança na Justiça brasileira, que é composta por uma série de órgãos, não só pelo Poder Judiciário. A justiça pode tardar, mas não pode falhar. E como tem falhado. Se não pudermos revirar nossa farta história de delinquência, que se agiganta ano a ano, é a verdade desses crimes graves que permanecerá soterrada nos salões dos nossas promotorias e tribunais. E continuaremos, como Cony, desesperançados, a procurar os ossos de Dana de Teffé.

# O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEU PRÓPRIO “SISTEMA INQUISITÓRIO” NA CONTRAMÃO MUNDIAL

*Monique Cheker de Sousa\**

## 1. INTRODUÇÃO

Em meados de 2018, foram noticiadas algumas decisões nas quais o Supremo Tribunal Federal (STF) arquivou investigações contra políticos. Algumas dessas apurações criminais tinham pouco mais de um ano de tramitação, e não havia manifestação da Procuradoria-Geral da República (PGR) pelo arquivamento.

Em 29 de junho de 2018, o ministro **Dias Toffoli** arquivou o Inquérito n. 4.391, iniciado em 14 de março de 2017 contra o deputado federal Bruno Cavalcanti de Araújo (PSDB-PE), investigado pela suposta prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, apesar de o Ministério Público Federal (MPF) ter solicitado a continuidade da investigação.

Para tanto, o ministro alegou:

---

\* Ex-procuradora do Ministério Público de Contas do Rio de Janeiro. Procuradora da República no município de Petrópolis/RJ. Pós-graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

O presente inquérito perdura por prazo significativo [mais de quinze meses], com prorrogações sucessivas, sem que tenham aportado nos autos elementos informativos que se possa considerar elementos de corroboração às declarações dos colaboradores, ou provas outras.<sup>1</sup>

A decisão cita precedentes do ministro **Alexandre de Moraes** – Inquérito n. 4.429<sup>2</sup>, que arquivou investigação contra o senador Omar Aziz (PSD-AM) – e do ministro **Roberto Barroso** – Inquérito n. 4.442<sup>3</sup>, cujo investigado era o senador Eduardo Braga (MDB-AM).

O ministro **Gilmar Mendes**, por sua vez, determinou o arquivamento dos Inquéritos n. 4.244<sup>4</sup> e n. 4.393<sup>5</sup>, nos quais eram investigados, respectivamente, os senadores Aécio Neves (PSDB-MG) e Jorge Viana (PT-AC). O primeiro deles foi instaurado para apurar eventual responsabilidade de Aécio Neves nos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro quanto ao suposto recebimento de vantagem por empresas contratadas por Furnas Centrais Elétricas S.A. No segundo, no qual era investigado também o governador do Acre, Tião Viana, o objeto de apuração era a suspeita de omissão da doação de R\$ 1,5 milhão na prestação de contas da campanha eleitoral de 2010 e de R\$ 300 mil na de 2014, com base em declarações de executivos da Odebrecht.<sup>6</sup>

---

1 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/INO4391Arquivamento.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

2 Iniciado em 14 de março de 2017 e arquivado em 8 de junho de 2018.

3 Iniciado em 14 de março de 2017 e arquivado em 11 de junho de 2018.

4 Iniciado em 2 de maio de 2016 e arquivado em 29 de junho de 2018.

5 Iniciado em 14 de março de 2017 e arquivado em 29 de junho de 2018.

6 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382893>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

Causou ainda mais espanto o fato de a PGR ter-se manifestado pela declinação da competência para a Justiça Federal do Rio de Janeiro, no caso de Aécio Neves, e para a Justiça Eleitoral em São Paulo, no caso de Viana. Mesmo assim, o ministro do STF entendeu que o MPF já estava “em mora em dar uma solução para o Inq 4.244”. Quanto ao Inquérito n. 4.393, **Mendes** afirmou que “a declinação da competência em uma investigação que deveria estar concluída representaria apenas protelar a solução”.<sup>7</sup>

A par desses arquivamentos, cabe trazer à baila a decisão do ministro **Gilmar Mendes** que, de ofício, instaurou o Inquérito n. 4.696 para investigar suposta irregularidade na utilização de algemas contra o ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral durante a transferência de presídio em Curitiba. Na ocasião, a PGR foi categórica em defender que o inquérito “deve ser prontamente arquivado porque não há previsão legal ou regimental de determinação de instauração de inquérito de ofício (sem requisição do Ministério Público), nem previsão de autodesignação como relator”.<sup>8</sup>

Tais decisões de arquivamento ou de instauração de inquérito de ofício, sem requerimento do Ministério Público, oriundas do STF, encontram respaldo legal ou constitucional na Carta Magna de 1988? Quais são, de um lado, o sistema jurídico que predomina no Brasil e, de outro, a tendência mundial em relação a interferências de juízes em investigações criminais?

---

7 Podemos separar os inquéritos que tiveram desfecho atípico em: (1) os que tinham indicações de novas diligências por parte da PGR (Inquéritos n. 4.391/DF e n. 4.454/DF) e (2) os que tinham manifestação da PGR pelo declínio de competência para outros juízos (Inquéritos n. 4.442/DF, n. 4.429/DF, n. 4.393/DF, n. 4.441/DF e n. 4.215/DF).

8 Disponível em: <[https://www.jota.info/wpcontent/uploads/2018/04/523\\_inq\\_4696\\_vintulado\\_ao\\_hc\\_152.pdf](https://www.jota.info/wpcontent/uploads/2018/04/523_inq_4696_vintulado_ao_hc_152.pdf)>. Acesso em: 1º jul. 2018.

## 2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Atualmente, há consenso entre os estudiosos dos sistemas acusatório e inquisitório de que nenhum país adota, na integralidade, um ou outro, dentro de uma concepção clássica. Importante focar, então, em vez de meros enquadramentos conceituais, as características fixas ou mínimas de cada sistema, já que eles sempre apresentarão variáveis.

Segundo **Andrade** (2013, p. 41),

os *elementos fixos* são aqueles que sempre devem estar presentes em um determinado sistema jurídico, pois sua finalidade é permitir sua criação e diferenciação entre os sistemas já existentes (...) já os *elementos variáveis* são aqueles cuja presença não é obrigatória nos sistemas jurídicos, pois se destinam simplesmente a permitir sua mobilidade ou funcionamento.

As características geralmente atribuídas ao sistema acusatório nasceram nos países da *common law*<sup>9</sup>, em contraposição ao sistema inquisitório, oriundo dos países da *civil law*. Essas características

---

9 Andrade (ibidem, p. 112) faz, entretanto, importante observação sobre esse tema: “Entre os juristas pertencentes ao direito continental, é comum a afirmação de que o processo penal dos países da *common law* possui natureza acusatória. Entretanto, quando se observa a opinião dos juristas pertencentes à *common law*, nitidamente se abrem duas vias para sua classificação. Para um primeiro grupo, que se soma ao posicionamento de seus companheiros do direito continental, a classificação a ser dada ao seu processo seria a de integrante do sistema acusatório. Mas, para um segundo grupo, cujo entendimento parece ser majoritário, o processo penal inglês e norte-americano seria integrante do *adversary system*, em vez do sistema acusatório.”

estão presentes em julgamentos que ocorrem em sociedades democráticas e nos códigos processuais penais cujo teor vai ao encontro das convenções internacionais sobre direitos humanos e das mais amplas garantias jurídicas conferidas aos cidadãos.

Conforme bem resume **Certoma** (1982), “*in general, the accusatorial system seems to be more sensitive to the liberty of the citizen, while the inquisitorial system places more emphasis on ensuring the punishment of a guilty party*”.<sup>10</sup>

O *sistema inquisitório* tem como base a investigação do fato acima de tudo; assim, algumas garantias do cidadão, como a publicidade, tendem a ser colocadas em segundo plano. O juiz inclina-se a assumir papel mais ativo na preparação de provas, no questionamento de testemunhas e na descoberta da verdade.

Já o *sistema acusatório* exige distância do juiz da investigação dos fatos e impõe ao Ministério Público (*fiscal*) o ônus de comprovar todos os elementos do fato criminoso, primando por sua imparcialidade na análise da ação penal.

Para **Deu** (2007), os países que aplicam o sistema acusatório

*eliminam la fase de instrucción, como instancia procesal encomendada a un juez con facultades investigadoras. En realidad, el juez aparece por primera vez a la hora de corroborar la admisibilidad de la acción penal y la legalidad de las actuaciones investigadoras.*<sup>11</sup>

---

10 Tradução livre: “Em geral, o sistema acusatório parece ser mais sensível à liberdade do cidadão, enquanto o sistema inquisitorial coloca mais ênfase em garantir a punição de um culpado.”

11 Tradução livre: “Eles eliminam a fase de instrução, como uma instância processual confiada a um juiz com poderes investigativos. Na verdade, o juiz aparece pela primeira vez quando corrobora a admissibilidade da ação penal e a legalidade das ações investigativas.”

A mesma autora continua e frisa que, no sistema acusatório, há clara configuração tripartite do processo, com um órgão acusador, um acusado e um tribunal imparcial que julga e cujo objetivo é garantir a imparcialidade. Já no sistema inquisitivo, a função acusadora e a julgadora concentram-se no mesmo sujeito. O objetivo, neste caso, é garantir a acusação de crimes, mesmo ao custo de sacrificar a imparcialidade.

Comum falar, também, em *adversarial legal system*. Colomer (s.d.) bem registra que os termos “adversarial” e “acusatório” se complementam, mas não têm o mesmo significado, *ad verbum*:

(...) “adversarial” significa que son las partes la que tienen la responsabilidad de aportar los hechos y sus pruebas al proceso, de ahí que sean ellas quienes deban investigar los hechos, así como la responsabilidad de desarrollar los aspectos legales que los fundamenten interpretándolos de la manera más favorable a los intereses del Estado/Gobierno (Ministerio Público) o del acusado (abogado defensor); mientras que acusatorio significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de convencer al juzgador sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, principalmente el Ministerio Fiscal tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado. En este juego, la posición del Juez (con el Jurado) es proceder imparcialmente en el desarrollo del proceso que corresponde a ese sistema, observando sin inmiscuirse la contienda tal y como es planteada por las partes, en una aplicación contradictoria al cien por cien de la dialéctica procesal entre ellas, dictando finalmente una sentencia justa. La última evolución de sistema “adversarial” y proceso acusatorio lleva a considerar que el juez no es un mero espectador, un decisor inactivo frente a lo que está sucediendo ante él, sino que debe tener un mayor protagonismo, y también a entender que no se permite a las partes desarrollar el caso enteramente por su cuenta en función de sus intereses, por ejemplo, deben sujetarse a determinadas

*reglas garantistas, es decir, se va hacia un modelo menos puro si se prefiere esta expresión.*<sup>12</sup>

Apesar do registro final de que a evolução do sistema “adversarial” e do processo acusatório não autoriza o juiz a se pôr como um espectador inativo, os registros do próprio autor levam à conclusão de que essa “interferência” judicial serve para resguardar garantias legais e impedir que os interesses das partes prevaleçam sobre o interesse público.

Mesmo que atualmente tenhamos sistemas acusatórios mistos, **Ferrajoli** (1995) bem destaca:

*Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez*

---

12 Tradução livre: “‘Contraditório’ significa que cabe às partes a responsabilidade de fornecer os fatos e provas ao processo, portanto elas são as únicas que devem investigar os fatos e a responsabilidade para o desenvolvimento dos aspectos legais que fundamentem a interpretação mais favorável aos interesses do Estado/Governo (Ministério Público) ou do acusado (advogado de defesa); ao passo que ‘acusatório’ significa que compete às partes a responsabilidade de convencer o juiz sobre a culpa ou inocência do acusado, e sobretudo o Ministério Público tem o ônus de provar a culpa do acusado. Nesse jogo, a posição do tribunal de justiça (júri) é agir imparcialmente no desenvolvimento do processo que corresponde a esse sistema, observando sem invadir a contenda, levantada pelas partes, em uma aplicação contraditória em cem por cento da dialética processual entre eles, ditando finalmente uma sentença justa. A mais recente evolução do sistema ‘contraditório’ e do processo acusatório conduz à conclusão de que o juiz não é um mero espectador, um sentenciador inativo frente ao que está acontecendo diante dele; ele deve ter maior protagonismo e saber que não é permitido às partes desenvolver o caso inteiramente por conta própria, a depender de seus interesses. As partes devem, por exemplo, estar sujeitas a certas regras de garantia, ou seja, vão em direção a um modelo menos puro se essa expressão for preferida.”

*como sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que le compete la carga de la prueba, enfrentada, a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción.*

Características do sistema acusatório constam dos princípios fixados pelo **Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes**, realizado em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1990.<sup>13</sup>

Constam também da **Declaração de Bordéus sobre o Papel dos Juízes e dos Procuradores numa Sociedade Democrática**, de 2 de julho de 2009<sup>14</sup>, bem como dos parágrafos 17<sup>15</sup> e 21<sup>16</sup> da **Recomen-**

---

13 “(...) 10. As funções dos magistrados do Ministério Público deverão ser rigorosamente separadas das funções de juiz. 11. Os magistrados do Ministério Público desempenham um papel ativo no processo penal, nomeadamente na dedução de acusação e, quando a lei ou a prática nacionais o autorizam, nos inquéritos penais, no controlo da legalidade destes inquéritos, no controlo da execução das decisões judiciais e no exercício de outras funções enquanto representantes do interesse público”, entre outros. Disponível em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/princorientadores-mp.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2018.

14 “(...) 1. É do interesse da sociedade que o Estado de Direito seja garantido por um sistema judicial imparcial e eficaz. (...) 3. Uma boa justiça exige o respeito pela igualdade das armas entre o Ministério Público e a defesa. (...) 4. O papel distinto mas complementar dos juízes e procuradores é uma garantia necessária para uma justiça equitativa e imparcial. Se os juízes e os procuradores devem ser independentes no exercício das suas funções, devem também ser independentes uns dos outros.” Disponível em: <<https://rm.coe.int/16807476ae>>. Acesso em: 1º jul. 2018.

15 “Os Estados devem, em particular, garantir que uma pessoa não possa desempenhar, ao mesmo tempo, as funções de membro do MP e de juiz.”

16 “Em geral, o MP deve examinar a legalidade das investigações policiais, o

**dação REC (2000) 19, do Conselho da Europa** (adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 6 de outubro de 2000).<sup>17</sup>

O **Tribunal Europeu de Direitos Humanos** (TEDH), no caso *Piersack*<sup>18</sup> *contra Bélgica*, de 1º de outubro de 1982, deparou com o fato de um membro do Ministério Público (senhor *Van de Walle*), que havia dirigido a seção do departamento responsável pela investigação contra o demandante, ter assumido o cargo de magistrado do Tribunal de Apelação de Bruxelas e passado a figurar como um dos julgadores do caso.

Decidiu-se, já naquela época, ter havido violação ao direito a um tribunal imparcial (artigo 6.1 do Convênio para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais), o que pode significar a obrigatoriedade de o juiz abster-se sempre que nutra algum preconceito em relação ao caso; ou, reconhecendo estar sob um dever mais amplo, sempre que houver razão legítima para cogitar-se sobre a possibilidade de sua intervenção afetar as garantias de imparcialidade.<sup>19</sup>

O **sistema alemão**, ao lado do francês (*Code Civil* – 1804), é um dos pilares do chamado “sistema continental”, “de direito codificado” ou *civil law* (*Bürgerliches Gesetzbuch* – *BGB* – 1900), além de grande influenciador do sistema brasileiro. Na fase de investigação

mais tardar, até o momento de **decidir se um determinado procedimento criminal deve ter início ou ser prosseguido**. A este respeito, o MP deve controlar a forma como a polícia respeita os direitos humanos.” Esse dispositivo bem demonstra não só o monopólio da acusação pelo Ministério Público mas de outros procedimentos criminais incidentes à investigação.

17 Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804b9659>>. Acesso em: 1º jul. 2018.

18 Referência ao demandante Christian Piersack.

19 Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/6caso-piersack-contra-belgica-derecho-a-un-proceso-independiente-e-imparcial.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2018.

criminal, trata-se de um juiz comum que, por interesse público, atua por requerimento do promotor de justiça, ou, na hipótese de não haver promotor no lugar, de ofício, para a adoção de alguma medida cautelar, como, por exemplo, expedir um mandado de busca e apreensão, de prisão ou de interceptação telefônica. Esse juiz é chamado “juiz da investigação” porque é ele que fica, por ocasião de alguma medida por ele efetuada anteriormente na investigação criminal, responsável pela futura ação penal instaurada com base naquela.

Dois parágrafos<sup>20</sup> do Código de Processo Penal (CPP) alemão (*StPO – Strafprozessordnung*) bem demonstram a atuação judicial na investigação somente a pedido do Ministério Público, salvo hipóteses excepcionais previstas em lei:

*§ 125 Zuständigkeit für den Erlass des Haftbefehls*

*(1) Vor Erhebung der öffentlichen Klage erläßt der Richter bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk ein Gerichtsstand begründet ist oder der Beschuldigte sich aufhält, auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder, wenn ein Staatsanwalt nicht erreichbar und Gefahr im Verzug ist, von Amts wegen den Haftbefehl.*

*(2) Nach Erhebung der öffentlichen Klage erläßt den Haftbefehl das Gericht, das mit der Sache befaßt ist, und, wenn Revision eingelegt ist, das Gericht, dessen Urteil angefochten ist. In dringenden Fällen kann auch der Vorsitzende den Haftbefehl erlassen.<sup>21</sup>*

(...)

---

20 Emprega-se o termo “parágrafo” porque a palavra “artigo” somente existe na Constituição Federal alemã.

21 Tradução livre: “§ 125. Da Competência para decretação de mandado de prisão. (1) Antes da instauração da ação penal, o juiz da vara criminal da comarca ou circunscrição do tribunal de justiça competente, ou o juiz de onde o suspeito está sendo mantido, pode expedir, a pedido do promotor

## § 162 Ermittlungsrichter

(1) Erachtet die Staatsanwaltschaft die Vornahme einer gerichtlichen Untersuchungshandlung für erforderlich, so stellt sie ihre Anträge vor Erhebung der öffentlichen Klage bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk sie oder ihre den Antrag stellende Zweigstelle ihren Sitz hat. (...)

(2) Das Gericht hat zu prüfen, ob die beantragte Handlung nach den Umständen des Falles gesetzlich zulässig ist.

(3) Nach Erhebung der öffentlichen Klage ist das Gericht zuständig, das mit der Sache befasst ist. Während des Revisionsverfahrens ist das Gericht zuständig, dessen Urteil angefochten ist.<sup>22</sup>

Além desses, alguns outros parágrafos do CPP alemão permitem ao Ministério Público tomar providências que, embora no Brasil adquiram caráter jurisdicional, devem ser submetidas ao juiz no prazo legal.<sup>23</sup> **Andrade** (ob. cit., loc. cit.) classifica o sistema alemão como acusatório e assim sintetiza as suas características:

---

de justiça, ou de ofício no caso de um promotor de justiça não ser encontrado e houver perigo de demora, a ordem de prisão. (2) Após instaurada a ação penal, a vara ou tribunal que se ocupa com o caso fica competente para julgar a ação. Em caso urgente, o mandado de prisão pode ser decretado pelo presidente do tribunal.”

22 Tradução livre: “§ 162. Do juiz da investigação. (1) Chegando o promotor de justiça à conclusão de que a atuação do juiz é necessária, então ele faz o requerimento perante a vara ou o tribunal competente antes da instauração da ação penal (...). (2) A vara ou tribunal deve, então, verificar de acordo com o caso se a intervenção judicial é legal. (3) Após a instauração da ação penal, a vara ou tribunal que atuou na investigação, fica competente para a ação penal.”

23 Como exemplo, citem-se os seguintes parágrafos, já em tradução livre: “§ 111°. **Arresto da coisa como penalidade sobre a propriedade** (...) (3) Apenas o juiz e, em circunstâncias especiais, também o promotor são competentes para determinar o arresto [ou penhora] em face da uma propriedade. Se a ordem

a) a investigação criminal não é considerada uma fase do processo jurisdicional, já que, com a extinção do juizado de instrução, quem a preside é o Ministério Público; b) o juiz não tem poderes para abrir *ex officio* a fase jurisdicional da persecução penal, que está condicionada ao oferecimento de uma acusação; c) a legitimidade ativa somente está confiada ao Ministério Público; d) o juiz não pode proceder de ofício, mas após o início do processo, tem liberdade para buscar os elementos que entenda necessários para poder julgar; e) estão previstos os princípios da publicidade, oralidade, igualdade de armas, contraditório, presunção de inocência, *in dubio pro reo*, legalidade e oportunidade; f) o juiz tem liberdade para valorar a prova, sempre expondo os motivos de suas decisões; g) a desobediência às normas processuais pode provocar nulidade dos atos praticados; h) possibilidade de recurso contra as decisões proferidas.

---

for dada pelo promotor, deve ser confirmada judicialmente em uma semana. O acusado pode requerer a confirmação judicial. **Seção 111n [apreensão; restrição de horário]** (1) Apreensão de material impresso periodicamente ou de algum outro objeto a que se refere a seção 74d do Código Penal somente pode ser determinada por juiz. Apreensão de outros documentos impressos ou de outros objetos referidos na seção 74d do Código Penal pode, em circunstâncias especiais, ser ordenada pelo promotor. A ordem do promotor perderá a eficácia se não for confirmada pelo juiz em 3 dias. **Seção 111e [ordem de apreensão ou arresto ou penhora]** (1) Apenas o juiz, em algumas circunstâncias o promotor, serão competentes para ordenar a apreensão (Seção 111c) e o arresto [ou penhora] (Seção 111d). Autoridades que auxiliam o promotor (Seção 152 do Ato de Constituição das Cortes) também podem ser competentes para determinar a apreensão de bens móveis (Seção 111c, subseção (1)) em circunstâncias especiais [de novo]. (2) Se o promotor ordenar apreensão ou arresto, deve ser objeto de confirmação judicial dentro de uma semana. Isso não se aplica quando a apreensão for de bens móveis. Em todos os casos, as pessoas interessadas podem requerer decisão judicial a qualquer tempo.”

Para a doutrina alemã, o princípio acusatório também está sintetizado no § 151 do *StPO* (*Anklagegrundsatz*), o qual estabelece que a instauração de um processo judicial pressupõe necessariamente uma acusação. O § 155 (1) do *StPO* dispõe que o processo e a decisão se limitam ao fato indicado na peça inicial acusatória e às pessoas nela imputadas.

Já a exposição de motivos do **CPP português** (Decreto-Lei n. 78, de 17 de fevereiro de 1987) registra que procurou buscar ensinamentos “pela experiência dos países comunitários (Espanha, França, Itália, República Federal da Alemanha) com os quais Portugal mantém um mais extenso património jurídico e cultural comum”.<sup>24</sup> A adoção do sistema acusatório é mencionada diversas vezes no decorrer da exposição de motivos, junto com a indicação das seguintes características: a) “ao Ministério Público é deferida a titularidade e a direcção do inquérito, bem como a competência exclusiva para a promoção processual”; b) os órgãos de polícia criminal são, na fase de inquérito, colocados na dependência funcional do Ministério Público; c) “‘igualdade de armas’ entre a acusação e a defesa”; d) liberdade de atuação para o defensor; e) fortalecimento dos princípios da oralidade, imediação, celeridade, concentração, contraditório e publicidade; f) nulidade dos atos que não respeitem as formas estabelecidas; e g) o carácter excepcional e provisório da prisão preventiva.<sup>25</sup>

---

24 Disponível em <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis)>. Acesso em: 1º jul. 2018.

25 As quatro últimas características são citadas por Andrade (ob. cit., p. 115-116).

### 3. O BRASIL E O STF

Entre 21 e 23 de novembro de 2016, ocorreu no Brasil o seminário internacional Sistema Penal Acusatório: Realidades e Perspectivas, promovido pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em parceria com o Centro de Estudos de Justiça das Américas (CEJA), a PGR, a Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) e o Ministério Público Militar (MPM), na sede da Procuradoria-Geral de Justiça Militar.

Da análise das conclusões, registrou-se o modelo adversarial do sistema acusatório brasileiro, com a separação entre as atividades jurisdicionais e as do Ministério Público; a titularidade exclusiva da ação penal [friso: principal ou cautelar] por este, além da coordenação da persecução penal desde o início; o respeito aos direitos de acusados e também vítimas do crime; e a obediência aos princípios da oralidade, imediatidade e publicidade, entre outros.<sup>26</sup>

Durante a investigação, a intervenção admissível do órgão jurisdicional presta-se ao controle da legalidade e à salvaguarda dos direitos individuais e, justamente por isso, é denominado “juiz de [das] garantias”.

Contudo, urge que o Brasil aprove um CPP com referências mais claras ao sistema acusatório, retirando da legislação resquícios do sistema inquisitório, a respeitar a própria separação entre as funções jurisdicionais e as do Ministério Público que a Constituição Federal de 1988 deixa expressa. Como bem salienta **Aras** (2016), a situação do Brasil é de evidente atraso:

---

26 Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta\\_Semin%C3%A1rio\\_Internacional.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_Semin%C3%A1rio_Internacional.pdf)>. Acesso em: 1º jul. 2018.

Nos 23 países dessa região histórico-geográfica-cultural, apenas Brasil, Cuba e Espanha ainda não aprovaram códigos processuais de cunho acusatório, cujas características primordiais são a separação de funções entre o juiz e o MP, a efetivação dos princípios da oralidade, imediatidade, concentração, publicidade, ampla defesa, contraditório e oportunidade da ação penal pública. Levantamento que fiz sobre o quadro processual penal ibero-americano aponta que o Brasil é realmente um retardatário. Dezenove países ibero-americanos implementaram reformas processuais de natureza acusatória nas últimas duas décadas. A lista de sistemas reformados foi inaugurada pela Guatemala em 1992/1994. O vigésimo país do grupo ibero-americano, Porto Rico, segue o modelo adversarial pelo menos desde 1963, devido à forte influência norte-americana na formação do seu ordenamento jurídico, a partir de sua anexação ocorrida no final do século XIX.

E continua:

Apesar das minirreformas processuais realizadas no Brasil ao longo das duas últimas décadas, que resultaram nas Leis 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), 9.099/1995 (transação penal e suspensão condicional do processo), 9.271/1996 (revelia e suspensão do processo), 10.792/2003 (interrogatório), 11.719/2008 (procedimentos), 11.689/2008 (procedimento do júri), 11.690/1998 (direito probatório), 11.900/2009 (videoconferência) e 12.403/2011 (cautelares penais), **o CPP de 1941, de modelo misto, ainda segue em vigor, havendo inúmeros resquícios inquisitivos na nossa legislação, entre os quais a atividade probatória dos juízes, a atribuição de funções quase-judiciais à autoridade policial (como a fixação de fiança) e a anômala capacidade postulatória de delegados para “representarem” diretamente ao juízo para a aplicação de medidas**

**cautelares, o que desnatura a bilateralidade do processo penal de partes, mantém de forma enviesada a iniciativa *ex officio* dos juízes na fase da investigação e põe em evidente desvantagem o polo defensivo.** (Destacou-se.)

Nos casos de investigação de pessoas detentoras de foro privilegiado junto ao STF, a situação é ainda pior. O Brasil é o país, disparado, com mais casos de pessoas com foro privilegiado, modelo que causa excessivas prescrições da pretensão punitiva<sup>27</sup>, induzindo à impunidade. Todo esse quadro é agravado pelas decisões abordadas neste breve artigo, de arquivamento, de ofício, de investigações criminais, algo que não ocorre em nenhum país minimamente democrático do mundo, muito menos com previsão formal em lei.

A Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o STF. O seu art. 3º, I, prevê que compete ao relator “determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, **quando o requerer o Ministério Público**, ou submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal” (destacou-se).

A redação do art. 28 do CPP vai além: não deixa dúvidas de que o próprio Ministério Público, ao final, promove o arquivamento do inquérito. Assim, caso o juiz não concorde com o pedido de arquivamento feito inicialmente, dentro do controle externo jurisdicional, deve remeter os autos ao procurador-geral,

---

27 *Supremo em números*. Disponível em: <<http://fgv.br/supremoemnumeros/imprensa.html>>. Acesso em: 1º jul. 2018. Estudo mostra que 68% de ações penais de quem tem foro privilegiado prescrevem ou caem para instância inferior. Levantamento da FGV aponta que, no STF, só ocorreram condenações em 0,74% dos casos.

que “designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

Esses dispositivos estão em lei. Além disso, o próprio STF já se pronunciou algumas vezes sobre a impossibilidade de arquivamento de investigações sem requerimento do Ministério Público, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, aptas a ensejar *habeas corpus* de ofício. Vejamos:

**A Constituição Brasileira de 1988 consagrou, em matéria de processo penal, o sistema acusatório, atribuindo a órgãos diferentes as funções de acusação e julgamento.** A norma impugnada, como visto, estatui que, havendo indício de prática de crime por magistrado, concluídas as investigações, os autos sejam postos em julgamento no âmbito do Poder Judiciário, que poderá, se concluir pela inconsistência da imputação, determinar, desde logo, o arquivamento dos autos em relação ao Magistrado, independentemente de qualquer ciência, análise ou manifestação prévia do titular da ação penal pública – Ministério Público – nesse sentido.

Em juízo de cognição sumária, tenho que o preceito em questão não condiz com o sistema acusatório, ao atribuir ao Tribunal de Justiça a formação da *opinio delicti*, afrontando a regra constitucional do art. 129, I, da Constituição Federal. **Este é, inclusive, o pacífico entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao reconhecer que, em regra, em virtude da titularidade exclusiva da ação penal pública pelo Ministério Público, expressamente prevista no citado art. 129, I, da Constituição Federal, o ordenamento jurídico não possibilita o arquivamento *ex officio* de investigações criminais pela autoridade judicial** (Inq 4.045 AgR, rel. min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, *DJe* de 19-6-2017; HC 93.921 AgR, rel. min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, *DJe* de 1º-2-2017;

RHC 120.379 ED, rel. min. LUIZ FUX, Primeira Turma, *DJe* de 16-9-2016), como está previsto no regimento interno ora impugnado.

O exercício da titularidade privativa da ação penal pública pelo Ministério Público, obviamente, não impede ao Poder Judiciário o exercício de sua “atividade de supervisão judicial”, que “deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo ‘*dominus litis*’” (STF, Pet 3.825, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE, rel. p/ acórdão min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, *DJe* de 4-4-2008), inclusive autorizando, excepcionalmente, e uma vez configurado o injusto constrangimento e ausência de justa causa, a possibilidade de, “exercendo o dever-poder que lhe confere o ordenamento positivo (CPP, art. 654, § 2º), conceder, ‘*ex officio*’, ordem de ‘*habeas corpus*’ em favor daquele que sofre ilegal coação por parte do Estado” (STF, HC 106.124, rel. min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, *DJe* de 11-9-2013).<sup>28</sup> (Destacou-se.)

O julgamento referido, conforme claramente destacado, registra que é entendimento “pacífico” no STF não caber ao juiz o arquivamento de ofício das investigações, salvo em hipóteses de ilegalidade flagrante.

Obviamente não podemos considerar “ilegalidade flagrante” o juiz (ou ministro do STF) simplesmente achar que uma investigação do Ministério Público não resultará em nada, sem outras considerações sobre a linha investigativa, estratégias e complexidade do caso; apenas com ponderações sobre o excessivo tempo de tramitação da investigação, quando ela própria é regulada por prazos prescricionais

---

28 Brasil, STF, 2017.

legais justamente para afastar o subjetivismo de avaliação pessoal de cada controlador e conferir segurança jurídica.

Outro dado que importa destacar é o de que a decisão acima, bem como diversas outras na mesma linha, foram prolatadas mesmo diante de algumas previsões no Regimento Interno do STF, como as dos arts. 21, XV, e 231, § 4º, que contrariam disposições legais e o próprio sistema acusatório, declarado como previsto na Constituição Federal de 1988 pela própria Suprema Corte.

Some-se a tudo isso o fato de que há precedentes históricos e é absolutamente pacífico no STF que o pedido de arquivamento da investigação criminal feito pelo procurador-geral da República é irrecusável, em fiel obediência ao sistema acusatório. De forma bem singela resumiu a ministra **Rosa Weber**:

(...) se o arquivamento é requerido por outro órgão do Ministério Público, o juiz, conforme o art. 28 C.Pr.Pen., pode submeter o caso ao chefe da instituição, o Procurador-Geral, que, no entanto, se insistir nele, fará o arquivamento irrecusável. 6. Por isso, se é o Procurador-Geral mesmo que requer o arquivamento – como é atribuição sua nas hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal – a esse não restará alternativa que não o seu deferimento, por decisão de efeitos *rebus sic stantibus*, que apenas impede, sem provas novas, o oferecimento da denúncia (C.Pr.Pen., art. 18; Súmula 524).<sup>29</sup>

Ainda no lamentável novo caminho percorrido pelo STF, o Inquérito n. 4.696, instaurado de ofício pelo ministro **Gilmar Mendes** para investigar suposta irregularidade no uso de algemas

---

29 Brasil, STF, 2018.

pelo ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, atropelou tudo que a Suprema Corte reconhecia até então sobre sistema acusatório e ainda violou o juiz natural em uma autodesignação, sob a justificativa de “distribuição por prevenção”, sem precedentes.

O precedente isolado, ademais, mostra-se ainda mais inaceitável a partir da constatação de que o investigado não tinha foro privilegiado que conferisse o mínimo respaldo jurídico para a instauração de qualquer investigação pelo STF.

#### 4. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, inevitável concluir que, a par da jurisprudência pacificada no sentido de que apenas em hipóteses excepcionais, aptas à concessão de *habeas corpus* de ofício, o juiz pode determinar o arquivamento de investigação, alguns ministros do STF estão a criar um “sistema inquisitório” próprio, na contra-mão do resto do mundo.

Frisa-se como “próprio” por contrariar precedentes históricos acerca do sistema acusatório – inclusive os derivados da lavra dos próprios julgadores –, além de dispositivos legais (CPP e Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990) e constitucionais (CF/1988, art. 129, I).

Além disso, enquanto as características mais destacadas do sistema inquisitório, conforme exposto nas primeiras seções deste breve artigo, autorizam o juiz a assumir papel mais ativo na preparação de provas, no questionamento de testemunhas e na descoberta da verdade, o sistema inquisitório “criado pelo STF”, ao revés, produz enorme sensação social e jurídica de impunidade, na medida em que sepulta investigações de fatos graves, como crimes de corrupção cujos envolvidos detêm grande poder econômico e político.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba, 2013.

ARAS, Vladimir Barros. O sistema acusatório de processo penal. *Blog do Vlad*, 4 jul. 2016. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2016/07/04/o-sistema-acusatorio-de-processo-penal/>>. Acesso em: 1º jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 4.439. Relatora: Ministra Rosa Weber. 13 jun. 2018. *DJe* 123, 21 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.693. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 30 out. 2017. *DJe* 252, 7 nov. 2017.

CERTOMA, Giuseppe Leroy. The accusatory system v. the inquisitorial system: procedural truth v. fact? G L Certoma. *Australian Law Journal*, v. 56, p. 288-292, jun. 1982.

COLOMER, Juan-Luis Gómez. *La reforma estructural del proceso penal y la elección del modelo a seguir*. [s.d.]. Disponível em: <[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_92.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_92.pdf)>. Acesso em: 1º jul. 2018.

DEU, Teresa Armenta. Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa. *Revista Ius et Praxis*, v. 13, n. 2, p. 81-103, 2007. Disponível em: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000200005#19](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200005#19)>. Acesso em: 1º jul. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Trotta, 1995.

# AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PRÉVIA PARA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS POR CRIMES ELEITORAIS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO SISTEMA ACUSATÓRIO

*Lívia Nascimento Tinôco\**

## 1. BREVES LINHAS SOBRE OS SISTEMAS PENAIIS E PELA OPÇÃO BRASILEIRA

Já foi dito e repetido pelo Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>1</sup> e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>2</sup> que a Constituição Federal de 1988 fez uma inequívoca opção pelo sistema penal acusatório quando estabeleceu serem funções institucionais do Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129, VIII). Destacam-se numerosos julgados dessas Cortes assentando a titularidade da ação penal pelo Ministério Público, o entendimento de que é vinculante o pedido de arquivamento do inquérito efetuado pelo procurador-geral da República, e a

---

\* Procuradora da República em Sergipe, foi procuradora regional eleitoral no biênio 2012-2014 e membro do Grupo Executivo Nacional da Função Eleitoral do Ministério Público Federal (GENAFE).

1 ADI n. 5.104 MC/DF; ADI n. 1.570/DF; AP n. 883/DF; Pet n. 7.074 QO/DF; RHC n. 120.379/RO.

2 HC n. 329.128/PI; RHC n. 37.587/SC; RHC n. 59.593/MA; REsp n. 1.658.752/MG.

impossibilidade de o juiz oferecer denúncia ou aditá-la, ou mesmo de realizar diligências investigatórias por conta própria.

A Constituição Federal (CF), em seu art. 129, estabelece as funções institucionais do Ministério Público, empregando a expressão “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial”. Entretanto, ao definir as competências dos diversos órgãos do Poder Judiciário nacional, recorre sempre aos verbos “processar” e “julgar”, jamais mencionando a requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial como atribuições jurisdicionais de quaisquer dos órgãos judiciais que criou<sup>3</sup>.

Unindo as previsões constitucionais relativas às atribuições do Ministério Público e às competências do Poder Judiciário com a existência da advocacia pública e privada, no modelo em que atuam no processo penal, temos no Brasil o conjunto que marca claramente a adoção do sistema acusatório, que se distingue pela existência de agentes públicos diversos exercendo a acusação e o julgamento, dentro de um processo de partes no qual se garante o julgamento por um juiz imparcial.

Um sistema penal é resultante de um conjunto de normas, coordenadas e correlacionadas entre si, que dão as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito a um caso concreto (RANGEL, 2007). São três os sistemas penais comumente conhecidos: a) inquisitório; b) acusatório, como dito, objeto da opção brasileira; e c) misto, também chamado por vezes de “sistema napoleônico” ou “acusatório formal”.

O sistema inquisitório, que teve lugar na Roma antiga, ressurgiu nas práticas medievais, tendo sempre se conformado muito bem aos sistemas políticos ditatoriais e autoritários. Nele, o juiz reúne

---

3 V. arts. 102, 105, 108, 109, 124 e 125 da CF/1988.

a tripla função de acusar, defender e julgar o acusado, o qual é transformado em mero objeto do processo, submetido a uma autoridade toda poderosa que gere e produz as provas, para, ao final, decidir com base naquilo que foi por ele mesmo produzido. Não há partes, não há sujeitos de direitos, não há as garantias constitucionais do contraditório e da paridade de armas.

A opção pelo sistema acusatório significa a adoção de um sistema penal em que estão rigidamente delineadas e separadas as funções de investigar e acusar, de um lado, e de julgar, de outro. A adoção desse sistema garante aos investigados e acusados a certeza de que terão seu comportamento escrutinado por uma autoridade jurisdicional imparcial, não maculada anteriormente pelas impressões decorrentes de atos investigatórios tomados *sponte propria*. Além disso, permite a paridade de armas entre a acusação e a defesa, sob a perspectiva da isonomia e do devido processo legal, em que estas gerem e produzem as provas que entregam, ao final, a um julgador não contaminado pela fase de coleta probatória. Busca-se, assim, a independência e imparcialidade do julgador no momento do julgamento final dos acusados.

Já o sistema misto reúne características dos outros dois mencionados. Estrutura-se em duas fases: a primeira, sob o modelo inquisitório, com o juiz a presidir toda a investigação, colhendo provas de autoria e materialidade para embasar sua acusação a um segundo juiz. Na fase subsequente, surge a figura do acusador, separada do julgador. Observe-se que a segunda fase é uma verdadeira farsa, pois o juiz, agora tangido pelo princípio unificador, permanece com a gestão da prova.

Esse sistema teve origem no Código napoleônico (1808). Para Ferrajoli (2002), esse Código deu vida a um monstro, nascido da união do processo acusatório com o inquisitório, a qual foi chamada processo “misto”. Tal monstro teria somado os defeitos

de ambos os sistemas, comprometendo a tomada de uma decisão justa, exarada por um juiz que se deseja passivo diante da instrução probatória. Coutinho (2001) sustenta que o chamado “sistema misto” é essencialmente inquisitório.

Uma vez que a Constituição Federal brasileira adota o sistema acusatório, não há espaço para consolidá-lo pela metade, nele inserindo práticas que, em verdade, se referem ao sistema inquisitorial. Nem pode o sistema penal escolhido servir para a justiça comum, estadual e federal, mas não para a justiça eleitoral ou para a militar. O sistema acusatório se espraia por sobre todos os tipos de processo penal instituídos no País, sejam eles o comum, o militar ou o eleitoral. Velar pela pureza do sistema acusatório é cuidar das garantias do cidadão.

## **2. SISTEMA ACUSATÓRIO E DIREITOS HUMANOS**

Os sistemas internacionais protetores dos direitos humanos e as ordens constitucionais por eles influenciadas foram sepultando a ideia de submeter um cidadão a um juiz que produzisse provas contra ele e depois com base nelas decidisse sobre a liberdade da pessoa. Diante disso, o sistema penal acusatório é tido como o mais garantidor da liberdade, do devido processo legal, do direito ao contraditório, do direito à imparcialidade do julgador, do tratamento processual isonômico e de tantos outros princípios e direitos que interessam à pessoa submetida a julgamento criminal.

Como visto, a Constituição Federal de 1988 aderiu ao sistema penal acusatório. Porém, antes dela, instrumentos internacionais de direitos humanos já previam a adoção do processo penal sob o sistema acusatório. Exemplo disso são as previsões do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Conven-

ção Americana de Direitos Humanos de São José da Costa Rica, datada de 1969.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, previu para todas as pessoas o direito de serem julgadas por um tribunal competente, independente e imparcial na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra elas. Claramente já admitindo um processo penal de partes, o Pacto coloca o cidadão acusado no mesmo patamar do órgão de acusação, garantindo-lhe o direito de interrogar ou fazer interrogar testemunhas da defesa e obter o comparecimento destas, nas mesmas condições de que dispõe a acusação. Esse instrumento internacional foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, cujos trabalhos foram realizados em São José da Costa Rica, em 1969, previu em seu art. 8º, acerca das garantias judiciais da pessoa humana, a adoção de um sistema penal de partes, com menção à acusação formulada, ao direito de defender-se e ser ouvida perante o juiz ou tribunal competente, independente e imparcial para apuração das acusações penais. A Convenção Americana de Direitos Humanos só foi internalizada no Brasil pelo Decreto n. 678/1992, ou seja, após a promulgação da Constituição de 1988, tendo entendido o STF ter sido esta recepcionada em nosso ordenamento jurídico como norma supralegal.<sup>4</sup>

Em 1990, portanto dois anos depois da promulgação da Constituição Federal brasileira, ocorreu em Havana, a 8ª Conferência para Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes. Dessa conferência, realizada no contexto dos esforços das Nações Unidas, emanou a aprovação de um anexo com princípios orientadores rela-

---

4 RE n. 466.343-1/SP.

tivos à função dos magistrados do Ministério Público. No capítulo referente ao papel da instituição no processo penal, o documento exortou os países-membros à necessidade de separar estritamente as funções do Ministério Público daquelas exercidas pelos juízes. Já no princípio 11, esclareceu que os magistrados do Ministério Público desempenham papel ativo no processo penal e na determinação da investigação criminal. As Regras de Havana, no contexto internacional, clareiam, pois, o papel de promotores e procuradores na investigação criminal e no processo penal, reforçando a importância do sistema acusatório.

Defender esse sistema é defender a ordem democrática e, sobretudo, os princípios que orientam o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. É exatamente por isso que não se pode contemporizar com práticas arcaicas, características do sistema inquisitorial, prontas para sempre deformar o sistema penal acusatório e solapar as garantias individuais dos investigados e acusados.

### **3. INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES ELEITORAIS E SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO**

Conquanto a Constituição Federal tenha claramente adotado o sistema penal acusatório, anota Schietti (2008) jamais termos conseguido nos livrar do ranço inquisitorial, que vem de longa data, e “que essa anomalia na distribuição dos papéis principais desempenhados na persecução penal ainda afeta, nem sempre conscientemente, a praxe do foro criminal”.

Tais ranços existem não apenas no processo penal comum, voltado à apuração dos crimes objeto da competência da Justiça federal ou estadual, mas também no processo criminal eleitoral. Destrinchemos aqui dois exemplos práticos do quanto a mentalidade do Poder Judiciário eleitoral, principalmente no que diz respeito à

Corte Superior Eleitoral e a alguns tribunais regionais eleitorais, ainda está imbuída da lógica que regia o sistema inquisitorial.

O primeiro deles diz respeito à edição pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) da Resolução n. 23.396, de 17 de dezembro de 2013. No normativo, o Tribunal, a pretexto de regrar a instauração de investigações criminais eleitorais, determinou que essas só teriam validade quando previamente aprovadas pela Justiça Eleitoral. Com efeito, a redação do art. 8º afirmava: “O inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante.”

A resolução pretendia restringir brutalmente as hipóteses de instauração de investigações criminais eleitorais, evitando que pudessem decorrer de ato da autoridade policial ou de requisição do Ministério Público. Ressalvavam-se apenas as hipóteses de prisão em flagrante, ficando todas as demais submetidas à prévia decisão judicial que ordenasse a instauração de inquéritos policiais para apurar crimes eleitorais. Claramente, a norma se esqueceu da existência das investigações criminais instauradas e conduzidas pelo Ministério Público Eleitoral, dentro das faculdades que lhe são atribuídas para a instauração de investigações de cunho criminal pelo próprio Código Eleitoral, consubstanciado na Lei n. 4.737/1965.

O TSE tentou, portanto, submeter ao Poder Judiciário a atuação dos órgãos de persecução penal em suas iniciativas investigatórias, reforçando uma prática típica do modelo inquisitorial, no qual o juiz tem iniciativa contra o cidadão investigado ou acusado. A Procuradoria-Geral da República (PGR) propôs, então, ação direta de inconstitucionalidade<sup>5</sup> contra a resolução, solicitando medida cautelar.

No julgamento, o STF, por maioria, suspendeu cautelarmente

---

5 ADI n. 5.104/DF.

o indigitado art. 8º da resolução. Entendeu que o TSE não podia instituir controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais, o que representaria violação ao sistema penal acusatório e ao papel institucional do Ministério Público. Disse que a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório, daí decorrendo rígida separação entre a tarefa de investigar e a de acusar, e que esse sistema, além de preservar a imparcialidade do Judiciário, promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal.

Na ementa do julgado constou que, ao instituir modalidade de controle judicial prévio sobre a condução de investigações, o TSE agiu em violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. Ficaram vencidos, nessa parte, os ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, ambos membros da Corte Superior Eleitoral e participantes da elaboração e edição da Resolução n. 23.396/2013. A maioria do STF posicionou-se, portanto, no sentido de que a Constituição Federal, ao utilizar, no art. 129, a expressão “requisitar”, deu ao Ministério Público poder de requerer *sponte propria* a abertura de inquérito policial, sem subordinação à prévia autorização judicial.

O relator, ministro Roberto Barroso, pontuou, logo de início, que a Constituição Federal adotou o sistema acusatório, e não o sistema inquisitorial, e, apesar de o art. 129 da CF/1988 conceder ao Ministério Público a titularidade e iniciativa da ação penal, a adoção do sistema acusatório podia ser indiretamente extraída da previsão do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Apontou que, de acordo com tal sistema, o juiz deixa de ter papel ativo na fase de investigação e acusação, a fim de manter preservada sua neutralidade para o momento do julgamento, e que o princípio da inércia jurisdicional consistia numa projeção intuitiva dessa exigência.

Continuou o ministro, reforçando que condicionar a investigação a uma autorização do juiz eleitoral seria instituir uma modalidade de controle judicial não previsto na Constituição e incompatível com o sistema acusatório, pois a titularidade da ação penal por parte do Ministério Público pressupõe sua igual “prerrogativa de orientar a condução das investigações e formular juízo próprio acerca da justa causa para o oferecimento de denúncia”, ficando sua independência esvaziada caso as apurações viessem a depender de anuência judicial.

Ora, a interferência judicial na fase investigatória é sempre excepcional, e a direção judicial das investigações é inadmissível. Durante a investigação criminal, que deve ocorrer, em regra, sem interferência judicial e por meio da tramitação direta entre o Ministério Público e a polícia, as únicas exceções para a atuação judicial devem ser aqueles momentos em que os atos de investigação se voltem a direitos para os quais a Constituição Federal previu procedimentos especiais antes de sua vulneração. São as chamadas cláusulas de reserva de jurisdição<sup>6</sup>, incidentes apenas sobre determinadas matérias, tais como interceptações telefônicas, buscas domiciliares e decretação de prisão sem ocorrência de flagrante. As exceções sobre as quais incidem o princípio da reserva de jurisdição são a confirmação da regra do princípio acusatório.

Durante o julgamento, o ministro Joaquim Barbosa frisou que a criação de crivo preliminar do Poder Judiciário em fase anterior à instauração da investigação eleitoral suprimia, por ato infraconstitucional, sem suporte constitucional, as funções institucionais do Ministério Público, além de retardar e impedir que se imprimisse celeridade às investigações.

---

6 MS n. 23.639-6/DF.

O julgamento ocorreu em 21 de maio de 2014, e o TSE, no dia 27 de maio, alterou o art. 8º da Resolução n. 23.396, por meio da Resolução n. 23.424, dando-lhe nova redação, que passou a ser a seguinte: “O inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante requisição do Ministério Público Eleitoral, *ou determinação da Justiça Eleitoral*, salvo a hipótese de prisão em flagrante.” Embora tenha corrigido o erro inicial de solapar do Ministério Público Eleitoral o poder de requisição da instauração de inquérito policial para a apuração de crime eleitoral, a novel redação permaneceu incorrendo no equívoco de colocar o Poder Judiciário eleitoral em uma postura ativa de atuação contra os cidadãos, permitindo-lhe avaliar os atos alheios para neles ver, antes mesmo da imputação pelo órgão acusador ou pela polícia, fato criminoso passível de investigação.

É de se perguntar o grau de isenção guardada por um membro do Poder Judiciário que determina, por si mesmo, a instauração de investigação criminal contra um cidadão e, depois, recebe promoção de arquivamento do Ministério Público, com a avaliação de que a conduta inquinada como criminosa pelo juiz não configura, na visão do órgão acusador, sequer fato típico passível de persecução penal. Essa simples hipótese já demonstra o quão incompatível tal procedimento é com a lógica do sistema acusatório.

Dado esse primeiro exemplo, passemos a um segundo caso, no qual se pode vislumbrar a tentativa de ferir o sistema acusatório no contexto da apuração de crimes eleitorais, agora já por imitação do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).

Não é desconhecido o fato de que o STF entende que as normas do seu Regimento Interno, anteriores a 1988, foram recepcionadas pela atual ordem constitucional, com força de lei. Tal decisão foi expressa no julgamento de Agravo Regimental nos Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 845.201/RS. Importante

colher o ensinamento do ministro Celso de Mello, nesse particular, durante o julgamento:

O Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, *c*), dispunha de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a ostentar força e eficácia de norma legal (*RTJ* 147/1010 – *RTJ* 151/278), revestindo-se, por isso mesmo, de plena legitimidade constitucional a exigência de pertinente confronto analítico entre os acórdãos postos em cotejo (RISTF, art. 331).

Embora o acórdão decorrente do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104 tenha sido publicado em 30 de outubro de 2014, alguns tribunais passaram, mesmo posteriormente, a inserir em seus regimentos internos, muito possivelmente por imitação dos termos do RISTF, normas que previam a necessidade de prévia autorização das Cortes judiciais para a abertura de investigações nos casos de autoridades submetidas ao foro privilegiado. O STF já afastara a exigência geral, genérica e irrestrita realizada pelo TSE por meio do art. 8º da Resolução n. 23.396, mas agora se queria discutir se essa exigência não seria cabível pelo menos nos casos de autoridades com foro por prerrogativa de função.

É que, curiosamente, o STF aplicou dois pesos e duas medidas a situações idênticas. Apesar de posicionar-se pela violação do sistema acusatório na situação anteriormente estudada, em seu próprio regimento interno há previsão de prévia autorização da Corte para a instauração de inquéritos policiais contra autoridades que detêm foro perante aquele Tribunal. Para esses casos, o STF

entendeu recepcionadas, pois em conformidade com a Constituição, as previsões do seu regimento interno anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988.

Aos detentores de foro por prerrogativa de função junto àquela Corte, o STF assegurou a garantia da prévia autorização judicial do relator para a abertura das investigações requeridas pelo procurador-geral da República, assim como a garantia da supervisão judicial do inquérito policial durante toda a tramitação da investigação, desde sua abertura, até o arquivamento ou o oferecimento da denúncia. Perceba-se que o STF não garantiu a si mesmo, apenas, e tão somente, o papel de juiz garantidor, qual seja, o desempenhado pelo órgão judicial especificamente nos momentos em que a investigação necessita da tomada de medidas passíveis de afetar o *status libertatis* do investigado ou outras liberdades e garantias constitucionais próprias dos acusados<sup>7</sup>. Foi além e permitiu a si mesmo imiscuir-se na decisão acerca da abertura da investigação e controlar toda a produção probatória quando se trata de autoridade com foro privilegiado, o que, a toda evidência, fere da mesma forma o sistema acusatório.

Como é fértil, em nosso país, o propósito e a criatividade de criar barreiras para a investigação de autoridades com foro privilegiado, alguns tribunais passaram a inserir em seus regimentos internos a mesma previsão do RISTF. Foi o caso, por exemplo, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que, por meio de uma resolução de 2016, passou a dispor ser indispensável a autorização judicial para instauração de inquérito policial contra pessoas detentoras de foro privilegiado.

A discussão desembocou no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), suscitada pelo Ministério Público do Estado do Pará, dando

---

7 Inq n. 4.633/DF.

origem ao Procedimento de Controle Administrativo (PCA) n. 0002734-21.2018.2.00.0000, julgado recentemente, em 17 de julho de 2018. O Conselho entendeu procedente o pedido do Ministério Público para determinar que o Tribunal de Justiça do Pará suprimisse a exigência de autorização prévia para investigar crime cometido por autoridade com prerrogativa de foro. Para isso, posicionou-se sobre o sistema acusatório. No âmbito desse julgamento, o CNJ invocou o resultado da aqui já debatida Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104/DF.

Disse o Conselho que o modelo de Estado Democrático de Direito estabelece que a jurisdição seja exercida de modo imparcial, seguindo os ditames do processo penal democrático, moldado sob o sistema acusatório. Pontuou que o inquérito policial tem natureza preparatória da ação penal, com claro objetivo de coletar elementos de informação sobre a materialidade e autoria dos crimes. Reforçou a ideia de a atuação judicial moderna na fase do inquérito ser voltada apenas para o resguardo dos direitos fundamentais do investigado, quando presentes situações que possam afetar aquele núcleo de direitos passíveis de restrição exclusivamente mediante autorização judicial, dentro do que se denomina “reserva de jurisdição”, o que qualifica a atuação jurisdicional no inquérito policial como a de um “magistrado de garantias”.

Dessarte, segundo o CNJ, a exigência regimental do Tribunal de Justiça do Pará, em imitação às normas regimentais do STF, vai de encontro ao sistema acusatório. Além disso, fez lembrar voto da ministra Rosa Weber, no julgamento da Ação Penal n. 912/PB, quando se pronunciou no sentido de que não existe disciplina normativa que coloque em equivalência a situação de prefeitos municipais com aquelas outras autoridades que se sujeitam a julgamento pelo STF, no tocante à prévia autorização judicial para a instauração de inquéritos.

Outrossim, o CNJ recordou posicionamento anterior idêntico que já tomara em 2014, no âmbito do Recurso Administrativo em PCA n. 0006125-28, quando entendeu não ter sido recepcionado pela CF/1988 dispositivo da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) que exigia autorização da Corte superior para prosseguimento de investigações de atos ilícitos praticados por magistrados, de modo que artigos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que reproduziam a exigência deveriam ser suprimidos.

Voltando os olhos para o processo criminal eleitoral e as investigações de crimes eleitorais praticados por autoridades com foro por prerrogativa de função, a celeuma não é diversa. Basta citar um recentíssimo caso ocorrido no Tribunal Regional Eleitoral (TRE) de Sergipe, em 17 de julho de 2018. O acusado alegou nulidade da respectiva ação penal, em grau de recurso, porque a instauração do inquérito, para apuração do crime previsto no art. 299 do Código Eleitoral (corrupção eleitoral), ocorrera sem prévia autorização do TRE, embora na época o acusado fosse prefeito.

O recorrente pretendia ver a si aplicado o mesmo procedimento adotado pelo RISTF, que, aliás, nem sequer estava reproduzido no Regimento Interno do TRE de Sergipe. Para dar solução ao caso, brilhou o voto que inaugurou a divergência e foi seguido pelos demais magistrados. Resultou vencedor por seis votos a um, vencido apenas o relator, o entendimento no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade do procedimento investigatório por ausência de autorização prévia da Corte regional eleitoral.

O voto do juiz federal Fábio Cordeiro de Lima no Recurso Criminal n. 42-10.2015.6.25.0005 conduziu ao entendimento de não ser aplicável o procedimento adotado no STF pelo fato de o foro por prerrogativa de função constituir exceção constitucional ao princípio republicano da igualdade. Portanto, qualquer interpretação que se faça a respeito deve ser *comedida (não extensiva)*, com vistas

a evitar que a interpretação extensiva se converta “em um verdadeiro escudo, em um verdadeiro privilégio para poucos”. Realçou, ademais, o papel do magistrado eleitoral como um magistrado de garantias, com atuação na fase pré-processual, voltada apenas para deliberar sobre medida sujeita a reserva de jurisdição, quando a tentativa de chegar à verdade real leve à necessidade de flexibilização das garantias do acusado.

Tocou, ainda, na influência da tramitação direta da investigação entre o Ministério Público e a polícia judiciária, refletindo sobre sua importância, como homenagem ao princípio acusatório, para evitar a presença do juiz supervisor burocrata dos requerimentos investigatórios do *Parquet*, já que ao juiz não caberia indeferir liminarmente um ato de investigação que não vulnerasse cláusula de reserva de jurisdição.

Importante lembrar que a tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a polícia judiciária está regulada por resolução do CNJ, com a finalidade de tornar as investigações mais ágeis, a revelar que a participação do juiz na fase pré-processual era mera formalidade sem grande serventia. A tramitação direta é aplicável há anos em toda a Justiça Federal e em diversos tribunais regionais eleitorais.

#### 4. CONCLUSÃO

A CF/1988 optou pelo sistema penal acusatório como modelo de persecução penal. O sistema acusatório se espraiou por sobre todos os tipos de processo penal instituídos no País, sejam eles o comum (federal ou estadual), o militar ou o eleitoral. Uma vez que a Constituição brasileira adota o sistema acusatório, não há espaço para consolidá-lo pela metade.

O sistema penal acusatório é tido como o mais garantidor da liberdade do cidadão, do devido processo legal, do direito ao contraditório, do direito à imparcialidade do julgador, do tratamento processual isonômico e de tantos outros princípios e direitos que interessam à pessoa humana, razão por que é fomentado por instrumentos internacionais de direitos humanos.

Conquanto a Constituição tenha claramente adotado o sistema penal acusatório, jamais conseguimos nos livrar do ranço inquisitorial do passado, e tal problema, contemporaneamente, é mais político do que jurídico-filosófico.

O TSE, por meio da Resolução n. 23.396, de 17 de dezembro de 2013, tentou submeter ao Poder Judiciário eleitoral a atuação dos órgãos de persecução penal em suas iniciativas investigatórias. A norma teve a constitucionalidade afastada em julgamento de medida cautelar no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104, examinada pelo STF em 2014.

Posteriormente, a Corte Superior Eleitoral alterou o art. 8º da resolução por meio da Resolução n. 23.424. Todavia, embora tenha corrigido o erro inicial de solapar do Ministério Público Eleitoral o poder de requisitar a instauração de inquérito policial para se apurar crime eleitoral, a novel redação permaneceu incorrendo no equívoco de oferecer ao Poder Judiciário eleitoral papel ativo na fase investigativa, condicionando a instauração de inquérito policial eleitoral a sua autorização.

Mesmo após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104, alguns tribunais continuaram a inserir em seus regimentos internos, por imitação aos termos do RISTF, normas que previam a necessidade de prévia autorização das Cortes judiciais para abertura de investigações nos casos de autoridades submetidas ao foro privilegiado. Foi o caso dos Tribunais de Justiça do Pará e de Minas Gerais.

A discussão chegou ao CNJ, que se posicionou acerca da adoção do sistema acusatório e, invocando o decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104, afirmou que o modelo de Estado Democrático de Direito determina seja a jurisdição exercida de modo imparcial, seguindo os ditames do processo penal democrático. O Conselho reforçou a ideia de que a atuação judicial moderna, na fase investigatória, é voltada apenas para o resguardo dos direitos fundamentais do investigado, quando presentes situações que possam afetar a reserva de jurisdição, o que qualifica a atuação do juiz como “magistrado de garantias” nessa fase preliminar.

Embora se desconheça, no âmbito dos regimentos internos dos tribunais regionais eleitorais, a inserção de dispositivos como esse que exige a autorização prévia do tribunal para instauração de investigação de crimes cometidos por pessoas com foro privilegiado, a falta de entendimento ou conhecimento acerca da extensão dos precedentes do STF tem levado a mesma tese a ser suscitada perante os tribunais regionais eleitorais na defesa de autoridades com foro por prerrogativa de função, a exemplo do caso concreto ocorrido em Sergipe.

O foro por prerrogativa de função deve ser visto como exceção constitucional ao princípio republicano da igualdade. Portanto, qualquer interpretação que se faça a seu respeito deve ser *comedida (não extensiva)*, a fim de se evitar a reprodução das práticas previstas no RISTF, o qual também já deveria ter sido modificado, nesse particular, para se moldar melhor ao sistema acusatório abraçado pela Constituição Federal.

Parafraseando a advertência de Bobbio (1992), o problema fundamental em relação ao sistema acusatório, hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas o de protegê-lo. Não se trata mais de indagar qual é o seu fundamento, mas, sim, qual é o modo mais seguro de garanti-lo e de impedir que, apesar das solenes previsões internacionais, constitucionais e legais, ele seja violado.

Defender o sistema penal acusatório é defender a ordem democrática e, sobretudo, os princípios que orientam o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. É exatamente por isso que não se pode contemporizar com práticas arcaicas, características do sistema inquisitorial, prontas para sempre deformar o sistema penal acusatório e solapar as garantias individuais dos investigados e acusados.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Daniela Baccaccia Vresiani. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do Juiz no processo penal. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12. ed. Lumen Iuris, 2007.

SCHIETTI, Rogério. Com a palavra, as partes. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, jul. 2008.

# O SISTEMA ACUSATÓRIO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O FORO ESPECIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM SIMPLES AJUSTE PROCEDIMENTAL NO REGIMENTO INTERNO REDUZIRIA O TEMPO DE INVESTIGAÇÃO

*Danilo Pinheiro Dias\**

*Vladimir Barros Aras\*\**

## 1. INTRODUÇÃO

Relatório recentemente elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) confirma aquilo que já se intuía em relação aos casos criminais em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF): o índice de prescrição das ações originárias na Corte Suprema vem aumentando com o tempo, tendo saltado de 0%, em 2009, para quase 20%, em 2016. Isso significa que, mesmo após uma condenação,

---

\* Procurador regional da República em Brasília/DF, MBA em Gestão Pública pela FGV, chefe da Assessoria Criminal da Procuradoria-Geral da República entre 2015 e 2017.

\*\* Professor de Processo Penal, procurador regional da República em Brasília/DF, MBA em Gestão Pública pela FGV.

esses casos tiveram como destino o arquivo, sem que fosse aplicada qualquer penalidade pelos crimes comprovadamente praticados.

O tema ganhou relevância com a recente chegada do STF à cena política nacional. Desde o julgamento da Ação Penal n. 470 (“Mensalão”), todos os movimentos da Corte são escrupulosamente escrutinados e submetidos a críticas da imprensa e da sociedade civil. Trata-se de mudança comportamental relevante na sociedade, a demonstrar o amadurecimento das instituições e da própria democracia. No entanto, o incremento de demandas originárias da Corte, especialmente em razão do caso “Lava Jato”, tem causado alguma perplexidade aos observadores mais atentos, notadamente a partir da usual comparação feita entre o ritmo das investigações e das ações penais no STF e em juízos federais de primeira instância, em especial a 13ª Vara Federal de Curitiba e a 6ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

É fato que, passados três anos desde o início do caso, contam-se às dezenas os julgamentos realizados em primeira instância (171 réus foram condenados<sup>1</sup>), enquanto no STF houve apenas 2 julgamentos. O número de denunciados também é inferior na instância máxima se comparado à “Lava Jato” em Curitiba/PR, com 328 denunciados, e no Rio de Janeiro/RJ, com 153. No STF, são 100.

Muitos atribuem tal assimetria a uma suposta ineficiência da Procuradoria-Geral da República (PGR), ou do próprio STF, na condução de investigações ou processos criminais contra as grandes autoridades da República. Não nos parece, porém, que as causas do problema estejam nessas duas possibilidades. A questão é muito mais complexa e decorre de uma infinidade de fatores, que vão

---

1 Em Curitiba, 134 réus foram condenados em primeira instância, tendo havido outros 37 condenados no Rio de Janeiro.

desde o anacronismo da legislação processual penal até as inadequações cartorárias de uma Corte constitucional que não foi concebida para funcionar como juízo de feitos criminais. Indubitavelmente, porém, o fator primordial nessa equação é o foro especial por prerrogativa de função. Ou seja, trata-se de um problema estrutural que tem a ver com a própria concepção do foro privilegiado.

Sabe-se que os tribunais, de modo geral, não são eficientes na condução dos chamados processos originários. Toda a sua estrutura é concebida não para instruir uma causa ou conduzir uma investigação, mas para julgar recursos de forma colegiada. A prerrogativa de foro, nada obstante, exige que as Cortes de apelação e as superiores, inclusive o STF, funcionem ocasionalmente<sup>2</sup> como varas de primeira instância. Nesse ponto, encontra-se um dos gargalos do sistema; constituíssem esses casos exceção, com algum esforço os tribunais dariam conta da demanda, mas não é isso que ocorre na prática. A corrupção generalizada que tem sido observada nos estamentos superiores do Estado brasileiro aumentou enormemente a demanda processual nesses tribunais, tornando regra o que era exceção e transformando essas Cortes em cartórios criminais onde impera o caos.

A enxurrada de casos criminais originários no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no STF revelou um problema crônico e expôs a notável ineficiência do procedimento previsto na Lei n. 8.038/1990 e nos regimentos internos dessas Cortes para lidar com o fenômeno da criminalidade dos agentes políticos de maior hierarquia da República.

Resolver em definitivo o problema passaria necessariamente pela extinção da prerrogativa de foro prevista nos arts. 29, 96, 102, 105

---

2 Hoje não tão ocasionalmente assim.

e 108 da Constituição, ou pelo menos por sua drástica redução – estima-se que mais de 20 mil autoridades desfrutem de tal privilégio no Brasil. A primeira e mais ortodoxa forma de alterar esse estado de coisas seria por meio de uma emenda constitucional aprovada pelo Congresso Nacional, o que se vem tentando fazer por meio da Proposta de Emenda à Constituição n. 10/2003, já aprovada no Senado. No entanto, com o elevado número de parlamentares envolvidos em investigações criminais e denunciados ao STF, essa saída parece bastante improvável no curto prazo.

Não foi por outra razão que o ministro Roberto Barroso propôs uma questão de ordem na Ação Penal n. 937, sustentando que a prerrogativa de foro “deve valer apenas para os crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”. Por ampla maioria, na sessão plenária de 3 de maio de 2018, o STF acatou a tese e promoveu uma guinada interpretativa radical acerca do alcance da prerrogativa de foro regulada pela Constituição, embora muitas questões sobre a aplicação desse novo entendimento ainda careçam de melhor sedimentação para que se possa avaliar o real efeito da decisão sobre a prerrogativa de foro no País.

## **2. DA TRAMITAÇÃO DO INQUÉRITO NO STF**

Enquanto o problema não encontra solução definitiva no âmbito do parlamento ou do próprio STF, há outras providências modernizadoras que poderiam acelerar as investigações no âmbito da Suprema Corte e reduzir os casos de prescrição. A designação de juízes auxiliares e instrutores é uma delas. Essa medida, prevista na Lei n. 12.019/2009, vem sendo adotada por quase todos os ministros do STF e também no STJ, revelando-se extremamente acertada por haver desonerado os ministros da realização direta de atos instrutórios

das investigações criminais e dos processos correspondentes e os liberados para ocupar-se do julgamento de mérito dessas causas e de outras tantas de grande relevância que tramitam nas duas Cortes.

Haveria, no entanto, mais uma medida simples e juridicamente adequada que poderia imprimir novo ritmo às investigações conduzidas por esses tribunais de última instância. Atualmente, tanto no STF, como no STJ, a presidência do inquérito é prerrogativa do ministro relator do caso. No STJ, a situação é menos séria, pois ali prevalece o entendimento de que investigação do Ministério Público sobre pessoa dotada de foro especial não depende de prévia autorização do tribunal competente (STJ, Quinta Turma, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Recurso Especial do MPRN, julgado em novembro de 2016), o que elimina uma das etapas puramente burocráticas da apuração criminal, à luz do princípio da isonomia. Porém, no STF o problema procedimental se agrava. O Regimento Interno (RISTF) cuida da investigação criminal nos arts. 230-A a 232. Embora a regulamentação seja, de certa forma, lacônica, fica claro que a presidência do inquérito cabe ao ministro relator, isto é, a um juiz. Esse modelo causa perplexidade, já que, no sistema acusatório, não cabe a juízes a função de investigar crimes nem a de supervisionar diretamente os passos dessa atividade do Estado. Cumpre aos magistrados, sim, agir como garantidores (ou garantes) dos direitos fundamentais do suspeito ou investigado, seja ou não seja ele detentor de privilégios de foro.

Ao nos debruçarmos sobre os dispositivos regimentais do STF, percebemos que há duas formas de instauração de um inquérito naquela Corte: i) por requerimento do(a) procurador(a)-geral da República; ou ii) pelo recebimento de inquérito já instaurado em instância diversa. Na segunda hipótese, o feito é recebido e encaminhado *incontinenti* à PGR, para manifestação e requerimentos pertinentes.

Assim, quando um deputado ou senador sofre investigação criminal, cada diligência a ser adotada pela PGR, ainda que não sujeita

constitucionalmente à reserva de jurisdição, tem de ser aprovada de antemão pelo ministro relator no STF. Fosse em primeira instância, a investigação seria presidida por um delegado de polícia, no inquérito policial, ou por um membro do Ministério Público, no âmbito de um procedimento investigatório criminal (PIC)<sup>3</sup>. No STF, o atual entendimento é de que a falta da assim chamada “supervisão judicial” levaria à nulidade da causa, inclusive de indiciamentos realizados unilateralmente pela polícia (STF, Plenário, Questão de Ordem no Inquérito n. 2.411/MT, j. 10-10-2007).

Na prática, a investigação no âmbito do STF segue o roteiro: a PGR peticiona ao Tribunal, indicando a existência de justa causa para a instauração de um inquérito contra determinada autoridade com prerrogativa de foro. No pedido de abertura de inquérito, a PGR também pode requerer as diligências necessárias para a elucidação do fato. Esse requerimento é apreciado pelo ministro relator e, se for o caso, deferido. Com o deferimento, o feito retorna ao Ministério Público Federal para ciência e depois volta ao STF. Recebidos os autos do inquérito, o ministro relator despacha o feito, desta vez, à Polícia Federal para cumprimento das diligências deferidas. Com isso, um simples pedido da PGR para a tomada do depoimento de uma testemunha – que, na primeira instância, tramitaria em questão de dias, diretamente entre o Ministério Público e a Polícia Federal – pode exigir alguns meses para sua realização perante o STF, em razão do longo e moroso procedimento regimental a ser atendido naquela Corte.

Indubitavelmente, o procedimento estabelecido pelo RISTF cria um gargalo incontornável para a investigação criminal, afasta-se do princípio da eficiência e destoa completamente da rotina apuratória

---

3 Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

utilizada nas instâncias ordinárias, em que existe a tramitação direta de autos de investigação entre a polícia e o Ministério Público. Eis aí, como consequência da prerrogativa de foro, uma das razões a explicar o descompasso quantitativo e qualitativo (investigações concluídas e julgamentos realizados) entre os juízos federais de primeiro grau e o STF.

Além de travar a investigação criminal, fato que cresceu em importância aos olhos da opinião pública nos casos “Mensalão” e “Lava Jato”, o modelo investigatório adotado pelo STF fere os princípios constitucionais da eficiência, da isonomia, da duração razoável do processo e acusatório. Só por isso, já mereceria revisão por parte da Corte Suprema.

### **3. DO MODELO ACUSATÓRIO E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O RISTF**

A lesão aos três primeiros preceitos – eficiência, isonomia e duração razoável do processo – dispensa explicação mais aprofundada. Quanto à inobservância do modelo acusatório, a questão adquire importância especial porque o Brasil está vinculado a compromissos constitucionais e internacionais que compelem o Estado a separar as funções de investigar e julgar, como garantia de que todo réu tenha direito a um julgador imparcial não contaminado pela coleta da prova na fase extraprocessual. Parece óbvio que, quanto maior for a distância do juiz em relação às investigações realizadas pela polícia judiciária e pelo Ministério Público, tanto mais imparcial poderá ser ele na análise da prova produzida nessa fase.

Por isso mesmo, durante a 8ª Conferência para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizada em Havana, em 1990, as Nações Unidas aprovaram os Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público.

O item 10 da Declaração de Havana estabelece que “as funções dos magistrados do Ministério Público deverão ser rigorosamente separadas das funções de juiz”. Já o Princípio 11 define que:

os magistrados do Ministério Público desempenham um papel activo no processo penal, nomeadamente na dedução de acusação e, quando a lei ou a prática nacionais o autorizam, nos inquéritos penais, no controle da legalidade destes inquéritos, no controle da execução das decisões judiciais e no exercício de outras funções como representantes do interesse público.

Entre os Princípios de Bangalore sobre Conduta Judicial, de 2001, o tópico 63 reforça o modelo acusatório de separação de funções no processo penal, ao recomendar que a “Interferência constante na condução do julgamento deve ser evitada”.

No que tange ao Ministério Público, vale recordar a Recomendação R (2000) 19 do Comitê de Ministros dos Estados-Membros do Conselho da Europa sobre a função da promotoria no sistema de justiça penal, especialmente no tópico da relação entre procuradores e promotores e os juízes de um tribunal. O item 17 da Recomendação 19/2000 deixa claro que a separação de funções de juízes e promotores serve à independência e imparcialidade dos primeiros.

Por sua vez, o art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, concluída em São José da Costa Rica, em 1969, e promulgada pelo Decreto n. 678/1992, e o art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, concluído em 1966 e promulgado pelo Decreto n. 592/1992, também encorajam os Estados-Partes a adotar um processo penal de partes, no qual o juiz é preservado de uma postura ativa na busca da prova, de modo a lhe garantir independência e imparcialidade no julgamento dos acusados.

O próprio STF já teve oportunidade de apreciar a validade do

princípio acusatório no processo penal brasileiro, especificamente na fase pré-processual, no tocante à participação do juiz na investigação criminal. Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.570, a Corte considerou o art. 3º da Lei 9.034/1995 inconstitucional. O dispositivo questionado na ação criava a figura do juiz inquisidor no direito brasileiro, ou seja, do magistrado coletor de provas durante as investigações criminais. O relator dessa ação, ministro Maurício Corrêa, consignou em seu voto:

Para Walter Nunes da Silva Júnior, “a psicologia judiciária logrou demonstrar que o inconveniente do juízo de instrução, é a vinculação, inconsciente do juiz, às descobertas angariadas com as investigações feitas por ele, diminuindo-lhe a capacidade de enxergar com maior acuidade e isenção todas as provas pertinentes à elucidação do caso (...). Nesse passo, entendo que o art. 3º da Lei 9.034/95 é inconstitucional, pois o sistema acusatório puro, tendo como uma de suas características a atribuição da atividade persecutória investigatória à Polícia Judiciária e ao Ministério Público, está expressamente catalogado na Constituição da República.

Obviamente, a passagem se refere ao art. 129, I, da Constituição Federal, dispositivo que, ao conferir ao Ministério Público a titularidade privativa para a propositura da ação penal pública, marca a distinção entre a função do acusador estatal e a do julgador, atuando em favor dos princípios da imparcialidade dos juízes, da independência do Judiciário e da presunção de inocência.

Assim, muito embora exista no RISTF a previsão de que cabe ao ministro relator conduzir (ou supervisionar) a investigação criminal de competência da Corte, e conquanto saibamos de julgados do STF que reforçam tal comando, ao considerar nulas as diligências investigatórias realizadas sem a supervisão de um ministro, essa diretriz

move-se claramente de forma contrária à ideia de um processo penal moderno, no qual as funções de investigar e acusar, de um lado, são separadas da função de julgar, de outro. O RISTF distancia-se, assim, da garantia fundamental do cidadão de ver-se julgado por um juiz previamente estabelecido pela lei, independente e imparcial e que, preferencialmente, tenha o mínimo contato possível com as hipóteses investigativas antes da formulação da acusação em juízo.

Nessa linha de raciocínio, a supervisão do STF sobre as investigações contra autoridades com prerrogativa de foro só teria cabimento para a concessão de autorização inicial para instauração do inquérito, e isso tão somente no STF, por força do seu Regimento Interno, muito embora até em relação a esse ponto o STJ já tenha decidido pela desnecessidade de tal autorização, como vimos. Uma vez formulado o juízo positivo relativo à justa causa para o início da atividade investigativa, o feito tramitaria, sob a coordenação da PGR, na Polícia Federal. O inquérito só retornaria ao STF para arquivamento ou exame quanto ao recebimento da denúncia, ou, ainda, para a apreciação de medidas cautelares gravadas por cláusula de reserva de jurisdição, entre as quais estão a busca e apreensão, a quebra de sigilos bancário e fiscal, a interceptação telefônica, as prisões cautelares e outras providências desse jaez.

O que se propõe é singelo. No lugar da tramitação triangularizada, entre o STF, a PGR e o Departamento de Polícia Federal, haveria uma movimentação horizontal (bilateral) do procedimento investigatório, com a intermediação do STF apenas quando fosse imprescindível pronunciamento judicial. Essa solução nada tem de inovadora. É mera aplicação aos inquéritos originários do que já se faz há muitos anos nos inquéritos policiais federais comuns, por força da Resolução n. 63/2009 do Conselho da Justiça Federal (CJF).

Essa alteração simples, convencional e constitucionalmente adequada aos parâmetros do moderno processo penal, embora não

resolva definitivamente o problema da velocidade da investigação – porque há outras questões sensíveis na etapa apuratória que não comportam exame neste espaço –, certamente reduziria sua duração, aproximando-a do que ocorre nas instâncias ordinárias.

#### **4. CONCLUSÃO**

Mudar, assim, a realidade das investigações no STF, para reduzir os casos de prescrição – que equivale à morte do direito de processar e punir sempre que isso seja necessário – e evitar a impunidade, depende apenas de um ato de vontade daquele tribunal, que precisa desapegar-se do controle puramente burocrático de procedimentos investigatórios, em favor do modelo acusatório que lhe garanta mais eficiência no desempenho das funções constitucionais que lhes são próprias e, portanto, indelegáveis. A regra até hoje adotada pelo STF é, como visto, claramente inconstitucional por ferir os princípios da eficiência, da duração razoável do processo e do processo acusatório; além disso, leva à morosidade das investigações e, por consequência, à impunidade daqueles que cometeram crimes e devem ser punidos. Logo, não se vislumbra razão de ordem jurídica ou prática que justifique sua manutenção.

Um simples ajuste procedimental no RISTF reduziria radicalmente o tempo de investigação nos casos de foro especial, pois o inquérito tramitaria apenas entre a PGR e a Polícia Federal, evitando-se que uma visão anacrônica da investigação criminal se sobreponha ao interesse da sociedade de ver, após o cumprimento do devido processo legal, a punição dos culpados, não importa quem sejam ou quais cargos ocupem na República.

# O CONTEMPORÂNEO SISTEMA ACUSATÓRIO E A VELHA SOBREPOSIÇÃO DE FUNÇÕES

*Túlio Fávaro Beggiato\**

## RESUMO

A opção constitucional pelo modelo acusatório exige uma releitura da legislação tida como recepcionada pela Constituição da República bem como uma revolução na compreensão dos papéis de acusar, julgar e defender, com os consequentes reflexos na interpretação dos correlatos institutos jurídicos. Para além da nítida separação entre as referidas funções, modernos paradigmas estrangeiros sinalizam a eficiência na persecução penal pelo afastamento do Poder Judiciário em matérias alheias à jurisdição, de sorte a se delinear o denominado sistema acusatório contemporâneo. Entretanto, o cenário brasileiro é permeado de decisões judiciais e atos normativos advindos de órgãos desse Poder que invadem as atribuições constitucionais do Ministério Público. É certo que a

---

\* Mestrando pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata, pós-graduado em Direito Aplicado ao Ministério Público Federal, pós-graduado em Direito Notarial e Registral e procurador da República.

sobreposição de atribuições, especialmente em fase pré-processual, não observa o modelo constitucional posto. Nesse contexto, acentua-se a necessidade de autocontenção do Poder Judiciário bem como de produção normativa específica que encampe a supramencionada opção constitucional.

**Palavras-chave:** Sistema acusatório. Sobreposição de funções. Autocontenção judicial.

## ABSTRACT

The constitutional option by the accusatory model requires a re-reading of the legislation received as received by the Constitution of the Republic, as well as a revolution in the understanding of the roles of accusing, judging and defending, with the consequent reflections on the interpretation of related legal institutes. In addition to the clear separation of these functions, modern foreign paradigms signalize the efficiency of criminal prosecution for the removal of the judiciary from matters outside the jurisdiction, in order to delineate the so-called contemporary accusatory system. However, the Brazilian scenario is permeated by judicial decisions and normative acts coming from organs of the judiciary that invade the constitutional attributions of the Public Prosecution Service. It is true that the overlapping of attributions, especially in the pre-procedural phase, do not observe the constitutional model put forward. In view of this context, the need for self-restraint of the judiciary, as well as specific normative production that supports the aforementioned constitutional option, is emphasized.

**Keywords:** Accusatory system. Overlapping of functions. Judicial self-restraint.

## 1. INTRODUÇÃO

O axioma basilar do modelo acusatório é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender. Tal separação visa, inicialmente, a que o acusado abandone a condição de objeto do processo (modelo inquisitório) e adquira *status* de sujeito processual (modelo acusatório), com todas as garantias que lhe são inerentes.

Assim, a almejada transição do modelo inquisitório para o acusatório busca, em síntese, um sistema que se utilize da ferramenta mais adequada para lograr a justiça. A transição não se perfectibilizou até os presentes dias, sendo, inclusive, tratada como uma odisséia, dados seus imensos desafios (LINDQUIST, 2015, p. 6).

Não se desconhece que a alteração de paradigmas ocorreu e continua ocorrendo de maneira desigual nos diversos países, a depender dos respectivos ordenamentos jurídicos, aspectos culturais, necessidades e demais peculiaridades. Sabe-se que os ordenamentos jurídicos não são estruturas estacionárias, mas sistemas em constante transformação, com recorrentes progressos, retrocessos e intercâmbios.

Especificamente no que diz respeito ao modelo acusatório, chama a atenção a revolução copernicana implementada pelo Código de Processo Penal italiano de 1988 (*Codice Vassalli*), que, ao se abrigar na tradição continental, ao mesmo tempo importou elementos do direito inglês, definindo claramente um modelo acusatório com inúmeras garantias ao acusado.

Entretanto, no que diz respeito ao Brasil, em que pese à opção constitucional pelo modelo acusatório e às alterações legislativas pontuais nesse sentido, verifica-se como inalterada a mentalidade inquisitória inerente ao Código de Processo Penal (CPP) de 1941, cópia do Código de Processo Penal italiano de 1930 (*Codice Rocco*, editado na ditadura fascista de Mussolini). Notadamente, o denomi-

nado fenômeno da constitucionalização do direito processual penal em alguns países, como no Brasil, não foi suficiente para se chegar a um modelo acusatório menos impuro. Tem-se como impeditivos o apego por legislações vetustas, a transplantação acrítica de institutos da teoria geral do processo para o processo penal e, ainda, o absoluto desconhecimento das características do modelo acusatório pelos operadores do direito, especialmente pelo Poder Judiciário.

Registre-se, ainda, que, na contramão da jurisprudência pátria, existe moderna tendência estrangeira de limitar o papel do Poder Judiciário sob o viés de impedir que sua atuação ativa prejudique a estratégia investigatória e acusatória. O modelo acusatório contemporâneo, que preza pela eficiência da justiça criminal ao encampar tais fundamentos, é decorrência lógica do grau de expertise e especialização conquistado pelos órgãos em seu mister. Dessarte, a nítida divisão de funções típica do modelo acusatório não objetiva mais unicamente deixar de contaminar a imparcialidade do julgador como garantia do acusado ao devido processo legal.

A limitação do papel do Poder Judiciário justifica-se contemporaneamente pela necessidade: de estabelecimento da investigação como uma fase cada vez mais distinta e especializada; de proteção da sociedade pela maior eficiência na investigação e na acusação, sobretudo em temas como combate à corrupção, à macrocriminalidade econômica e ao terrorismo; além do respeito aos direitos humanos dos acusados estabelecidos nas diversas fontes do direito internacional, fruto da maturação de novos horizontes culturais.

Aponta-se, por conseguinte, para o delineamento de um modelo acusatório contemporâneo, com necessárias discussões a respeito das atividades de investigar e de acusar em detrimento da atividade judicial, de sorte a se evitar a sobreposição de funções entre o órgão julgador e o acusador. Coloca-se em relevo o papel do Ministério Público como verdadeiro *dominus litis* e como órgão

adicional de controle de legalidade e de proteção dos direitos humanos, em benefício dos direitos e garantias individuais e da proteção da coletividade, pela maior eficiência da justiça criminal.

Retorna-se, assim, à essência do modelo acusatório: nítida separação de funções.

## **2. O MODELO ACUSATÓRIO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

É notório que a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei João Sem Terra, formalizou o devido processo legal bem como a necessária redução dos amplos poderes do juiz, de sorte a reforçar a sua imparcialidade e garantir o justo contraditório. O documento é um dos pilares normativos que subsidiaram o desenvolvimento do modelo acusatório a partir da divisão das atribuições de um único órgão que acusava e julgava (LINDQUIST, 2015, p. 37).

Em que pese à divisão orgânica entre o Ministério Público e o Poder Judiciário, atualmente, em países europeus, a exemplo da França e da Itália, tanto os membros do Ministério Público como os do Judiciário são considerados magistrados. Por vezes todos são selecionados no mesmo concurso público, passam por formação na mesma escola superior e, posteriormente, optam entre a magistratura judicial e a ministerial.

Independentemente da nomenclatura, a divisão de tarefas entre a acusação e o julgador objetiva precipuamente evitar a concentração de poder em apenas um órgão, com conseqüente arbítrio estatal e violação de direitos e garantias individuais.

Nessa linha segue a doutrina (BADARÓ, 2003, p. 109):

Eliminada a divisão de tarefas, não há processo acusatório. Sem tal separação e inviabilizada a existência de uma verdadeira relação

jurídica processual, não há que se falar em sujeitos de direito, sendo o acusado convertido em um objeto do processo. Na verdade, sem separação de funções e sem relação processual, não há sequer um verdadeiro processo.

Sobre o tema, Avena (2017, p. 39) destaca que no direito comparado são encontrados três tipos de sistemas processuais: inquisitivo, misto e acusatório. O último deles é próprio de regimes democráticos e caracteriza-se pela absoluta distinção das funções de acusar, defender e julgar, o que redundou em séria influência na interpretação e aplicação de diversos dispositivos legais vigentes.

Em que pese a indicativos a respeito da inexistência de um sistema absolutamente puro, a doutrina (PRADO, 2001, p. 83) destaca o modelo eleito pela Constituição de 1988:

Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, pois que se excluem as jurisdições de exceção, com plenitude do que isso significa, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República adotou-o.

É oportuno consignar que o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Roberto Barroso, na relatoria da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104, da mesma maneira, assentou a opção constitucional pelo modelo acusatório:

Como se sabe, a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório – e não pelo sistema inquisitorial –, criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil.

Notadamente, a citada opção constitucional impõe alteração profunda de compreensão no que diz respeito ao processo penal brasileiro. Assim, para Prado (2001, p. 301), a opção constitucional pelo modelo acusatório, sem a devida repercussão na interpretação das categorias jurídicas e na aplicação dos institutos jurídicos, repercute na denominada “teoria da aparência acusatória”, segundo a qual o modelo acusatório é mera promessa. O autor ainda critica o conceito de ação transplantado do processo civil para o penal, sob a lógica de se colocar o Ministério Público no lugar da vítima.

Em interpretação diversa porém semelhante ao objeto da crítica indicada, para parcela da doutrina a ativação da jurisdição penal pelo Ministério Público é análoga à ativação da jurisdição não penal por órgão da Administração Pública.

Nesse sentido, de acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 275):

O Estado, portanto, através do órgão do Ministério Público, exerce a ação, a fim de ativar a jurisdição penal; o Estado-administração deduz sua pretensão perante o Estado-juiz, de forma análoga à que ocorre quando o Estado-administração se dirige ao Estado-juiz para obter um provimento jurisdicional não penal.

Entretanto, a posição do órgão de acusação que vela pelo *jus puniendi*, em um sistema constitucional de cariz acusatório, não pode ser vista como análoga à posição processual de outro legitimado que ingressa no Judiciário para obter tutela jurisdicional diversa.

É cediço que o convencimento do Ministério Público pela acusação passa por uma fase especializada de investigação, inclusive com consequências na esfera dos direitos e garantias do investigado. Ademais, a decisão de acusar, com a consequente exigência de que o investigado seja chamado a responder a processo penal, *per se*, já é considerada uma punição (*the process is the punishment*) diante de todos os estigmas, gastos e desgastes que recairão sobre a esfera do acusado (MORENO, 2014, p. 81). Por outro lado, a decisão de não acusar (*prosecutorial discretion*) produz sérios reflexos em matéria de política criminal, uma vez que política criminal é a ciência ou a arte de selecionar bens jurídicos que devem ser tutelados jurídica e penalmente (ZAFFARONI, 1999, p. 132). Notadamente, as repercussões da decisão de acusar ou de não acusar pelo órgão de acusação já demonstram que a titularidade da ação penal pública ofertada ao Ministério Público pela Constituição da República não se resume à sua legitimidade para ativar a jurisdição penal (BEGGIATO, 2016, p. 1027).

Diante dessas premissas, evidencia-se que o aprofundamento do modelo acusatório exige olhar diferenciado para o processo penal, em contraposição à jurisdição não penal. É oportuno destacar interessante reflexão de Lopes (2014), embasado nos escritos de Carnelutti (1946), ao ressaltar a necessidade do desenvolvimento de uma teoria da acusação em detrimento da teoria da ação, destacando as peculiaridades do direito processual penal, regido pelo sistema acusatório.

Notadamente, sob a égide do modelo acusatório, mesmo após a ativação da jurisdição penal, deve-se inviabilizar, absolutamente, a sobreposição de funções entre o órgão de acusação e o julgador. Outrossim, todas as categorias jurídicas e institutos jurídicos inerentes ao processo penal devem espelhar essa nítida divisão de funções, em atenção às garantias do acusado e, modernamente, à estratégia da acusação. Dessarte, em processo penal, mostra-se

absolutamente irregular a postura judicial ativa, a exemplo do que ocorre atualmente no direito processual civil sob os auspícios do vigente Código de Processo Civil. Exsurge, então, a necessidade de não se igualar a posição constitucional e processual do órgão de acusação à de outro legitimado processual, pois conclusão diversa acolheria a teoria da aparência acusatória.

Pelo exposto, verifica-se que a Constituição de 1988 adotou o modelo acusatório, que impõe a nítida divisão de funções, especialmente no que diz respeito ao manejo dos institutos jurídicos correlatos. Em outro giro, a aparente divisão de funções, sem o seu aprofundamento necessário, perfaz um modelo inquisitivo com pontuais características acusatórias, em desrespeito à *Lex Fundamental*. Nessa linha de intelecção, conclui Coutinho (2009, p. 109) que o sistema processual penal brasileiro em vigor, baseado no CPP de 1941, é regido pelo princípio inquisitivo e tem agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório, em conflito com o modelo constitucional.

### **3. DA PERIGOSA HIPERTROFIA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM DESRESPEITO AO SISTEMA ACUSATÓRIO VIGENTE**

#### **3.1 DA HIPERTROFIA DIRETA SELETIVA**

Não se pode olvidar que o modelo acusatório, pautado na desconcentração de poderes nas mãos de um único órgão, deve reger a dinâmica entre o Ministério Público e o Poder Judiciário, em benefício dos direitos e garantias individuais. Tal dinâmica necessita – ao mesmo tempo – ser útil à proteção da coletividade pela eficiência da justiça criminal.

Em outros termos, o enlace jurídico entre o Ministério Público

e o Poder Judiciário, pautado no controle recíproco, deve sopesar o princípio da vedação do excesso (*Übermassverbot*), concretizado na proibição do arbítrio estatal em fase do acusado, e o princípio da vedação da proteção deficiente (*Untermassverbot*), consubstanciado no dever de proteger a coletividade pela inexistência de omissão e de atuação deficiente advinda do poder público.

Nessa lógica, o deslocamento de parcela do eixo decisório ao Ministério Público – decorrência lógica do modelo acusatório – é inerente ao controle recíproco que há de ser feito entre o Judiciário e o Ministério Público. Exige-se, assim, a confluência de convencimento dos dois órgãos para medidas que interfiram em direitos fundamentais, a exemplo da prisão preventiva ou da condenação penal, conforme será posteriormente detalhado. Trata-se de garantir a proteção necessária ao indivíduo em face do arbítrio estatal, exigência do Estado Democrático de Direito. Em outro giro, a não interferência judicial em matérias alheias à jurisdição evita o prejuízo à estratégia investigatória e acusatória, ampliando a eficiência da justiça criminal em benefício da coletividade (LINDQUIST, 2015, p. 81). Tal conclusão é decorrência lógica do grau de expertise atingido pelo órgão destinado a acusar e a coordenar a investigação, bem como do reduzido grau de formalidade que deve imperar na fase pré-processual, um dos fundamentos de sua separação da instrução processual.

Entretanto, o que se vê na praxe forense são decisões judiciais que reconhecem o modelo acusatório apenas em oportunidades de deslocamento de trabalho da secretaria do juízo ao Ministério Público, a exemplo de juntadas de certidões de antecedentes criminais, extração de cópias, expedição de ofícios, realização de diligências instrutórias diretamente pelo *Parquet* após o início do processo penal e arquivamento físico de autos no Ministério Público. Tal posicionamento, contudo, não deve prosperar, pois não viola

o modelo acusatório a realização de tais atos pelo Judiciário após requerimento do Ministério Público, porquanto inexistiria atuação *ex officio*. Outrossim, estabelecida a relação processual, é recomendável a realização de atos pelo Judiciário, com a devida influência da parte contrária, considerando-se o princípio do contraditório.

Notadamente, o sistema acusatório, em decisões judiciais, como regra, apenas é suscitado quando reduz de alguma maneira a carga de trabalho dos órgãos do Poder Judiciário. Calha destacar que até mesmo as raras hipóteses concretas de aplicação do modelo acusatório, a exemplo do trâmite direto de inquéritos policiais entre o Ministério Público Federal e a Polícia Federal<sup>1</sup>, têm como consequência a redução da carga de trabalho das secretarias de órgãos do Judiciário.

Lado outro, na direção oposta à desconcentração de poder, em momentos de se reconhecer, materialmente, o Ministério Público como *dominus litis*, seu espectro decisório, sua condição de órgão de controle anômalo da atividade judicial e a subordinação funcional da polícia, em direção a um sistema acusatório menos impuro, o Poder Judiciário se hipertrofia e invade atribuições que não competem à função jurisdicional. Prejudicam-se, assim, a um só tempo, garantias individuais e a efetividade da persecução criminal, em prejuízo da sociedade.

### 3.2 DA HIPERTROFIA INDIRETA, PELA VIA DA POLÍCIA

De plano, importa destacar que o Poder Judiciário deve se afastar o máximo possível da fase de investigação, como fase pré-proces-

---

1 V. Resolução n. 63/2009 do Conselho da Justiça Federal.

sual, de maneira a resguardar a sua imparcialidade no julgamento do feito, caso haja futura decisão de acusar do Ministério Público. Nessa direção aponta a doutrina mais abalizada, a exemplo de Abade (1997, p. 12).

Para além de garantir o devido processo legal e o contraditório, em eventual futuro processo penal, o referido afastamento impede o prejuízo à estratégia investigatória e acusatória, em benefício da proteção da coletividade, ou seja, da efetividade da justiça penal.

Outrossim, é evidente que a função jurisdicional (somente exercida após a propositura de uma demanda perante o Poder Judiciário) em nada se confunde com a atuação administrativa de outros órgãos do sistema de justiça na fase investigatória, tendo em vista a inexistência de provocação a um juiz. É intuitivo, portanto, que não deve o Judiciário se imiscuir nesse campo, ressalvadas as hipóteses de cláusula de reserva de jurisdição.

De se citar doutrina estrangeira (MORENO, 2014, p. 129) que critica a dependência cega ao Poder Judiciário em detrimento daquele que detém o poder soberano de acusar:

*Por otra parte, no es razonable sustentar la fiabilidad de un sistema en una confianza ciega en el poder judicial e una desconfianza absoluta de quien detenta el ejercicio soberano del poder de acusar, porque al fin y al cabo no es la adamsmithiana mano invisible la que toma las decisiones, ni mucho menos el resultado de la arbitraria sumisión dibujada en la alegórica representación de la dependencia.<sup>2</sup>*

---

2 Por outro lado, não é razoável sustentar a confiabilidade de um sistema em uma confiança cega no Judiciário e absoluta desconfiança de quem detém o exercício soberano do poder de acusar, porque, no final, não é a mão invisível de Adam Smith que toma as decisões, muito menos o resultado da submissão

Registrado tal pressuposto, é importante assentar, brevemente, mais um: a natureza da relação entre a polícia e o Ministério Público na fase investigatória. Não se desconhece que a atividade investigativa realizada pela polícia almeja colher elementos de prova para a convicção do Ministério Público, que exercerá a *opinio delicti*. É justamente por tal finalidade que Pacelli (2014, p. 67) entende que o *nomen iuris* adequado à polícia investigativa seria polícia ministerial em vez de polícia judiciária. De fato, a expressão “polícia judiciária” decorre de reminiscência das ordenações afon-sinas, de perfil absolutamente inquisitório, época em que a função de polícia era administrada por juízes, auxiliados por meirinhos, homens jurados (escolhidos e compromissados) e vintaneiros (inspe-tores policiais dos bairros).

Com o advento do modelo acusatório e a exclusão do juiz no que diz respeito às atividades de investigar e acusar, restou ao Ministério Público conduzir a investigação (sob a sua presidência, por Procedimento Investigatório Criminal – PIC) ou coordenar a investigação (sob a presidência do delegado de polícia, por Inquérito Policial – IPL). No que diz respeito à segunda hipótese, calha res-salvar que a polícia no Brasil não pertence à estrutura administrativa do Ministério Público. Assim, não se pode falar em submissão hierárquica da polícia ao Ministério Público, mas em subordinação funcional, como decorrência lógica do modelo posto.

Tal premissa permite a funcionalidade do sistema de justiça. É por tal motivo que a referida subordinação funcional da polícia em relação ao Ministério Público – esquecida pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras – é tema consolidado em diversos países,

---

arbitrária traçada na representação alegórica da dependência. (MORENO, 2014, p. 129, tradução nossa.)

a exemplo da Itália, berço do sistema acusatório, que também posiciona sua polícia em estrutura administrativa diversa da estrutura do Ministério Público. Nesse sentido, para além da doutrina italiana, o próprio Código de Processo Penal italiano vigente deixa claro, em seu art. 59, item 2, a “*Subordinazione della polizia giudiziaria*” perante os magistrados da Procuradoria da República (*magistrati della procura della Repubblica*).

Além de consolidada essa relação de subordinação em países que adotam o modelo acusatório, ela é intuitiva e necessária para o melhor funcionamento do sistema de justiça, tendo em vista que o Ministério Público tem consciência dos elementos de prova necessários para o recebimento da exordial acusatória e para o resultado útil da estratégia acusatória. Tal raciocínio, por consequência, também homenageia o princípio da eficiência administrativa (de sorte a evitar que a polícia realize diligências desnecessárias em determinadas investigações, em detrimento de diligências necessárias em relação a outras), bem como o princípio da efetividade da jurisdição, de maneira que os processos penais levados a cabo tenham maior chance de sucesso, em benefício da coletividade.

Em que pese a todo o exposto, curiosamente, o STF – conforme será ventilado em tópico posterior – tem deferido certa autonomia para os atos da polícia, de maneira a indiretamente hipertrofiar a atuação judicial e recrudescer a sua ingerência em matéria administrativa alheia à jurisdição, ao arrepio das atribuições constitucionais do Ministério Público. Passo a passo, esquece-se da opção constitucional pelo modelo acusatório, em um retrocesso histórico direcionado ao procedimento judicialiforme e às ordenações afonsinas.

#### 4. A MENTALIDADE INQUISITÓRIA NA INTERPRETAÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS

O exame do grau de implementação do modelo acusatório por um ordenamento jurídico passa, inexoravelmente, pela análise do manejo de institutos jurídicos inerentes ao processo penal. Nessa avaliação, deve ser verificada, caso a caso, a existência, ou não, de sobreposição de funções entre o órgão acusador e o órgão julgador.

É imperioso anotar que tal análise não objetiva esgotar o estudo dos institutos jurídicos a seguir ventilados, mas apenas indicar, de maneira assaz breve, a mentalidade inquisitória pela qual eles são atualmente utilizados. Almeja-se, assim, evidenciar o fosso existente entre o ser e o dever ser no que diz respeito ao modelo acusatório, especialmente em momento no qual se objetiva implantar nova ordem processual penal no Brasil.

##### 4.1 ALGUMAS IDIOSSINCRASIAS NA FASE INVESTIGATÓRIA

No que diz respeito ao início da investigação, em que pese a previsão normativa do CPP/1941, tem-se como exemplo clássico de violação ao sistema acusatório a requisição de inquérito policial por juiz. Sobre o tema, o subprocurador-geral da República Mário Bonsaglia redigiu tese<sup>3</sup> intitulada “Inconstitucionalidade da requisição de inquérito policial por magistrado”, com espeque na separação de poderes e conclusão no sentido de que a concentração excessiva de atribuições no Poder Judiciário – inclusive algumas

---

3 Tese aprovada no XV Encontro Nacional dos Procuradores da República, realizado em Comandatuba, no período de 28 de outubro a 2 de novembro de 1998.

conflitantes entre si – não garante o exercício livre de embaraços e contradições da jurisdição; pelo contrário.

Notadamente, a requisição de investigação por órgão jurisdicional denota uma predisposição investigativa incongruente com a jurisdição, tendo em vista que afeta a imparcialidade do julgador em eventual futuro processo penal. Por esse motivo, o princípio acusatório não permite que o Judiciário inicie uma investigação, tendo em vista a divisão de tarefas. Deve, portanto, a autoridade judicial remeter elementos de informação à autoridade ministerial (órgão legitimado para realizar a qualificação jurídica de tais elementos), que, por sua vez – caso entenda pertinente –, inicia ou requisita o início da investigação.

Um dos grandes defeitos do CPP/1941 (cópia do código *Rocco* italiano de 1930), gênese de diversas perplexidades em outros textos legais brasileiros, foi a tradução equivocada da palavra “*magistrato*” (magistrado) para “juiz” ou “autoridade judicial”, uma vez que diversos atos inseridos na atribuição judicial pelo Código brasileiro eram, pelo italiano, de atribuição da magistratura ministerial.

Observa-se, de qualquer modo, que grande parte do CPP vigente no Brasil e de diversos outros textos legais brasileiros está repleta de enunciados normativos que afrontam o modelo acusatório pela evidente sobreposição de funções entre o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Em texto intitulado “Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado”, Coutinho (2009, p. 111) assevera que:

O certo, não obstante, é que o CPP configura um Sistema Misto e, deste modo, mantém na base o Sistema Inquisitorial e a ele agrega elementos típicos da estrutura do Sistema Acusatório. Pesa, nele, em todos os quadrantes, a sobreposição de funções do órgão jurisdicional e do órgão de acusação.

Nessa ótica, vislumbra-se outro exemplo de afronta ao modelo acusatório: o art. 21, XV, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), com redação de 2011, pela qual considera atribuição do relator “determinar a instauração de inquérito a pedido do Procurador-Geral da República, da autoridade policial ou do ofendido, bem como o seu arquivamento”. Tal dispositivo por vezes ainda é aplicado, de maneira extensiva, a casos de foro por prerrogativa de função perante tribunais de justiça.

Pergunta-se: Qual a razão de tal dispositivo? Por qual motivo, na lógica da divisão de funções, uma autoridade judicial necessita autorizar outra, ministerial – de idêntico *status* constitucional –, a iniciar uma investigação em face de detentor de foro por prerrogativa de função? E a independência, de cunho constitucional, do Ministério Público? É razoável que o Judiciário, em qualquer instância, autorize investigação em que sequer se sabe, de antemão, se será, ou não, judicializada?

Para acalorar a discussão, anote-se, ainda, que 100% dos integrantes do STF são indicados pelo presidente da República, sem a necessidade de anterior aprovação em concurso público. Assim, um não magistrado (alguém não pertencente aos quadros nem do Judiciário nem do Ministério Público) pode ser alçado à condição de ministro da Corte, por indicação política, sem carreira pública anterior e até mesmo sem experiência alguma na área criminal. Lado outro, o procurador-geral da República, depois de aprovado em um dos certames mais difíceis do País e com décadas de experiência criminal, ainda deve ser eleito por sua classe, passando por diversos crivos no decorrer de toda a sua vida profissional. Pergunta-se: Por qual motivo a decisão de não investigar de um ministro deve se sobrepor à de investigar do procurador-geral da República, órgão com atribuição para tanto? Por que tal desconfiança direcionada ao órgão de acusação? Qual o fundamento de

uma Corte constitucional legislar em matéria de procedimento penal, ampliando suas próprias atribuições para além de sua função jurisdicional, de maneira a concentrar poderes em detrimento do interesse público no esclarecimento de ilícitos?

Coutinho (2018, p. 240-248), ao tecer observações sobre os sistemas processuais penais, deixa evidente que cabe ao Ministério Público o controle do arquivamento e da investigação, acrescentando, ainda, que o modelo acusatório “não deixa muito espaço para que o juiz desenvolva aquilo que Cordero, com razão, chamou de ‘quadro mental paranoico’”. Notadamente, a autorização judicial para que o Ministério Público inicie ou requisite uma investigação não é congruente com a opção constitucional pelo modelo acusatório.

No mesmo sentido, a doutrina estrangeira (LINDQUIST, 2015, p. 46.) revela o papel do Ministério Público como órgão que detém atribuição para determinar quais casos perseguirá:

*Técnica y jurídicamente se responsabiliza tarde o temprano de la investigación como oficial jurídico y último responsable de la acusación (la acción penal) y de la persecución oficial, pero prácticamente cuenta casi exclusivamente con el investigador para hacer la investigación bajo la orientación jurídica del fiscal. También le aproxima al juez por tener la discreción de determinar cuáles serán los casos que perseguirá y cuales no; y cuales serán resueltos en forma alterna a la del juicio; y por servir de enlace jurídico procesal entre el investigador y el juez.<sup>4</sup>*

---

4 Técnica e juridicamente, o promotor é responsável, mais cedo ou mais tarde, pela investigação, como oficial legal e último responsável pela acusação (a ação penal) e pela persecução criminal, mas ele praticamente trabalha exclusivamente com o investigador de maneira que este possa fazer a investigação sob a

Existe, ainda, outro ângulo a observar. O STF é competente para julgar os próprios ministros, conforme art. 102, I, *b*, da Carta Política. Assim, a se aplicar o mencionado dispositivo de seu Regimento Interno, apenas após autorização do próprio Supremo Tribunal, algum de seus integrantes poderia ser investigado. Ora, tal cenário não condiz com o princípio da separação dos poderes e com seu mecanismo inerente de controle recíproco entre eles. Notadamente, em um Estado Democrático de Direito em que se pressupõe o império da lei e a igualdade entre os homens, tal espécie de autorização não deve prosperar.

No ponto, calha repisar que o controle judicial, em todas as instâncias, deve ser exercido apenas após provocação. Assim, em hipóteses de foro por prerrogativa de função, um tribunal deve ter contato apenas com demandas postas, a exemplo do oferecimento de uma denúncia. Caso se entenda que a exordial acusatória não deve prosperar, é o caso de rejeitá-la, de maneira técnica, durante o exercício de jurisdição. Por óbvio, em caso de qualquer violação a direitos fundamentais durante a investigação, cabe ao investigado requerer, dado o princípio da inafastabilidade da jurisdição, as medidas que entenda cabíveis perante o Judiciário. Notadamente, o que não é compatível com o modelo acusatório é o exercício – pelo Judiciário – de atribuições alheias à jurisdição, a exemplo de decisões autorizativas ou de mérito investigativo em sede de procedimento administrativo.

Nesse sentido, segue a doutrina (PACELLI, 2014, p. 62):

---

sua orientação legal. O promotor se aproxima do juiz, tendo ele a discricção de determinar quais casos serão buscados e quais não serão; e o que será resolvido em meios alternativos ao Judiciário; e por servir como ligação legal entre o investigador e o juiz. (LINDQUIST, 2015, p. 46, tradução nossa.)

Embora nosso Código em vigor defira ao Judiciário a competência para prorrogação do prazo para encerramento de inquérito, deve-se observar que o inquérito se dirige exclusivamente à formação da *opinio delicti*, isto é, do convencimento do órgão responsável pela acusação. O juiz, a rigor, nem sequer deveria ter contato com a investigação, realizada que é em fase anterior à ação penal, quando não provocada, até então, a jurisdição. Somente quando em disputa, ou risco, a lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos ou à efetividade da jurisdição penal é que o Judiciário deveria – e deve – manifestar-se na fase investigatória, como juiz das garantias individuais, no exercício do controle judicial de legalidade dos atos administrativos.

Registre-se, ainda, que a existência de autorização para investigar detentores de foro por prerrogativa de função viola frontalmente o princípio da proibição da proteção deficiente. É pública e notória a magnitude dos efeitos deletérios dos crimes de colarinho branco, praticados pelo alto escalão do funcionalismo público com repercussão nacional em diversos setores: na economia, com reflexos no desemprego e na elevação da tributação; na previdência, com a necessidade de supressão de direitos para o equilíbrio das contas públicas; e, em serviços públicos, a exemplo do sucateamento da saúde, da segurança e da educação, alijando a geração de oportunidades de uma vida digna. Deve, portanto, prevalecer o interesse público no esclarecimento dos referidos ilícitos, com a extirpação do ordenamento jurídico da mencionada autorização judicial para o início de investigação.

O mesmo raciocínio se aplica à Lei n. 8.038/1990, que trata de normas procedimentais para processos que tramitam no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no STF. Entre as inconstitucionalidades da referida lei, cite-se a previsão de o relator deferir diligências

complementares durante a fase de investigação. Notadamente, não deve competir a nenhum relator deferir ou indeferir diligências investigativas. Repita-se: não se está diante da jurisdição. De se aplicar o entendimento doutrinário colacionado também quanto a esse ponto.

Da mesma forma, a “determinação” judicial de arquivamento de investigações – inexistindo provocação do investigado e causa extinta de punibilidade – em contrariedade ao entendimento do Ministério Público é uma teratologia jurídica que afronta o sistema acusatório, ensejando controle de mérito sobre a investigação. Ademais, tal postura judicial viola o interesse público no esclarecimento de casos de corrupção, sonegação, lavagem de dinheiro etc., em claro confronto com o princípio da proibição da proteção deficiente, em prejuízo à coletividade.

Por tais motivos, a Lei Complementar n. 75/1993, inspirada no modelo acusatório, em seu art. 62, IV, ao descentralizar poderes do procurador-geral da República, de maneira salutar, dispõe que compete às Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial ou peças de informação. Assim, na hipótese de discordância sobre o arquivamento entre um órgão ministerial e um judicial de primeira instância, deve ocorrer a remessa do feito à respectiva Câmara de Coordenação e Revisão, que, por sua vez, homologa ou não a decisão do membro do Ministério Público de primeira instância.

Dessarte, na lógica de um sistema acusatório menos impuro, a palavra final a respeito do arquivamento de uma investigação deve ser dada por instância superior do Ministério Público, e não pelo Poder Judiciário, que não tem atribuição na matéria. É que a função jurisdicional, tendo em vista o princípio da inércia, que resguarda a sua imparcialidade, apenas se inicia após provocação (propositura de demanda). Fica evidente, assim, que não cabe ao Judiciário a avaliação do aspecto temporal de uma investigação,

ressalvada hipótese de comprovada prescrição e provocação da parte prejudicada.

É por tal motivo que se consideram inadequados os termos “defiro” ou “determino o arquivamento”, recorrentemente empregados pelo Judiciário em sede de procedimento investigativo. A expressão correta seria “homologo” a promoção de arquivamento, conforme consta das propostas da Escola Superior do Ministério Público da União<sup>5</sup> para o anteprojeto do novo CPP, por deixar claro que o eixo decisório na promoção de arquivamento diz respeito ao Ministério Público, e não ao Poder Judiciário.

Outro grande exemplo de recorrente violação ao sistema acusatório é o manejo das medidas cautelares penais. Não se desconhecem prisões preventivas *ex officio*, mesmo em contrariedade a requerimento do Ministério Público, inclusive anteriormente ao processo penal. Ora, toda medida cautelar é acessória ao processo principal. Assim, deve ficar claro que as medidas cautelares interessam ao titular da ação penal (processo principal), e não ao juízo, cabendo a este realizar apenas o controle judicial. O *dominus litis* é o Ministério Público, que detém, por atribuição constitucional, o dever de zelar pelo *ius persecuendi*. A separação de funções traz uma garantia ao investigado, o qual apenas pode ser preso preventivamente na hipótese de confluência de vontades de dois órgãos igualmente independentes. A desconcentração de poder, nesse caso, homenageia o princípio da vedação do excesso, evitando o arbítrio estatal. É uma hipótese de controle adicional de legalidade realizado pelo Ministério Público. Pelo mesmo motivo, não devem ser deferidas

---

5 Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-apresenta-sugestoes-para-novo-codigo-de-processo-penal-em-audiencia-publica-na-camara-dos-deputados>>. Acesso em: 7 set. 2018.

medidas cautelares (incluindo a prisão preventiva) solicitadas pela polícia na hipótese de contrariedade do Ministério Público.

Dessa forma, a se levar a sério o sistema acusatório – até por questão de lógica –, o juiz não pode decretar prisão preventiva sem o requerimento expresso do Ministério Público, inclusive nas hipóteses de conversão da prisão em flagrante em preventiva. A mesma inteligência se aplica às medidas cautelares diversas da prisão. Cabe ao Judiciário apenas deferir ou indeferir os requerimentos ministeriais, em vez de atuar *ex officio*, estipulando o conteúdo das referidas medidas cautelares. No máximo, poderia deferir em menor extensão os pleitos requeridos pelo Ministério Público ou em maior extensão os pleitos requeridos pela defesa, mas de maneira alguma impor medidas cautelares consideradas desnecessárias pelo *Parquet*. Trata-se, é válido repisar, de mais uma aplicação do princípio da vedação do excesso, como garantia do investigado.

Nesse contexto, calha destacar a antiquada prática de membros do Ministério Público de oferecer “pareceres” em medidas cautelares penais. Ora, não existe parecer ministerial em matéria criminal em primeira instância, uma vez que inexistente órgão ministerial que, em primeiro grau de jurisdição, exerça tão somente a função de *custos legis* em matéria criminal. Assim, excluída a mentalidade inquisitória, não há falar em parecer, mas em requerimento, com os consequentes reflexos elencados.

Em outro giro, é compatível com o modelo acusatório o moderno acordo de não persecução penal regulamentado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) (Resolução n. 181/2017, art. 18). Trata-se de solução alternativa ao processo penal, com a estipulação de condições pelo Ministério Público, aceitação pelo investigado e homologação pelo juízo, que, em caso de discordância, remete o feito à instância superior do Ministério Público para decisão final a respeito da homologação, em analogia ao art. 28 do CPP.

Do mesmo modo, o acordo de colaboração premiada entabulado pelo Ministério Público é adequado ao modelo acusatório. Entretanto, permitir que a polícia realize acordo de colaboração premiada sem a concordância do órgão ministerial, titular da ação penal, é permitir a amputação do seu exercício, por órgão diverso que lhe é subordinado funcionalmente, hipertrofiando a ingerência judicial em matéria não posta em juízo. A análise judicial, na homologação da colaboração premiada, tendo em vista a aludida interpretação, tende a se tornar juízo de mérito investigativo, o que não cabe ao Poder Judiciário, em detrimento do controle de legalidade que deveria ser feito, vinculado ao entendimento do órgão de acusação. Em outros termos, concentram-se poderes e atribuições no Poder Judiciário, em prejuízo à sua imparcialidade e, por via de consequência, aos direitos e garantias individuais, ao arrepio do sistema acusatório.

É digno de nota que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.508, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR) perante o STF, ao reconhecer a autonomia da polícia para realizar o acordo de colaboração premiada, o ministro relator destacou em seu voto que, “[c]om a promulgação da Constituição de 1988, as atribuições do Ministério Público foram superdimensionadas” e que não se mostra viável “ter-se como obrigatório e vinculativo o parecer da instituição”.

Verifica-se claramente a dificuldade de o Judiciário brasileiro reconhecer o protagonismo do Ministério Público decorrente da opção constitucional pelo modelo acusatório, em mais uma caracterização judicial do órgão de acusação como parecerista em matéria penal.

## 4.2 ALGUMAS IDIOSINCRASIAS NA FASE PROCESSUAL

A transação penal, anterior ao oferecimento da denúncia, bem como a suspensão condicional do processo, posterior ao recebimento da denúncia, são institutos despenalizadores que caminham no sentido de uma justiça penal mais eficiente e um sistema acusatório menos impuro. Entretanto, o que se vê cotidianamente é a intenção judicial de se imiscuir no conteúdo das propostas, inclusive com “indeferimentos” e “deferimentos” em contrariedade ao controle de legalidade – e não de mérito – que deveria ser feito por intermédio da homologação ou da não homologação judicial.

Nesse modelo de compreensão judicial, foram expedidos atos normativos pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução n. 154/2012) e pelo Conselho da Justiça Federal (Resolução n. 295/2014) para determinar o recolhimento de valores pagos em transação penal e em suspensão condicional do processo em conta judicial, com gestão dos recursos e fiscalização de sua aplicação pelo Poder Judiciário. Observa-se, mais uma vez, esse Poder a ampliar a sua esfera de atribuições por meio de ato normativo expedido por ele próprio em detrimento das atribuições constitucionais do Ministério Público. Ora, o acordo realizado é com o titular da ação, e não com o Judiciário. Assim, as propostas, o conteúdo das propostas e a destinação das prestações não dizem respeito ao órgão julgador.

É oportuno registrar que, em face de tais atos normativos – após representações do CNMP e de ministérios públicos estaduais, a PGR ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.388, perante o STF, por entender que “[o] papel do Poder Judiciário, nessas medidas, é essencialmente homologatório, de controle de legalidade, não de protagonista, pois isso feriria o princípio acusatório” e que “não cabe a juízes decidir sobre a dimensão negocial da pena, desde

que ela não se contraponha à lei”. Contudo, a ação foi distribuída ao mesmo relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.508, de modo que não se vislumbra melhor sorte no seu julgamento.

No tocante à gestão da prova, tema de elevada complexidade, é conhecida a cizânia doutrinária sobre a possibilidade da instrução probatória *ex officio* pelo julgador, inclusive de maneira subsidiária. Contudo, não se pode deixar de registrar que, no mínimo, a ordem de oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, bem como a ordem dos interrogatórios, deve ser estipulada pelo órgão de acusação, em atenção à estratégia acusatória, o que nem sempre é respeitado em nossa prática forense.

Sobre o tema, destaca Coutinho (2009, p. 111):

Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar e produzir a 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 despciendo o órgão acusatório.

Acerca da convicção sobre a prova produzida, o art. 385 do CPP viola o modelo acusatório ao permitir ao Judiciário condenar o acusado ainda que o Ministério Público tenha “opinado” (*sic*) por sua absolvição. A duvidosa constitucionalidade do dispositivo legal consiste em se colocar a convicção do órgão julgador acima da convicção do próprio titular da ação penal, em evidente prejuízo ao devido processo legal e às garantias individuais do acusado.

Nesse sentido, em interessante texto, Lopes (2015) destaca que:

O poder punitivo é condicionado à existência de uma acusação. Essa construção é inexorável, se realmente se quer efetivar o projeto acusatório da Constituição. Significa dizer: aqui está um elemento

fundante do sistema acusatório. Portanto, é incompatível com o modelo constitucional a regra prevista no atual artigo 385 do CPP.

Notadamente, a análise perfunctória dos referidos institutos evidencia que decisões judiciais e atos normativos expedidos por órgãos do Poder Judiciário interpretam institutos jurídicos como se o órgão julgador fosse o *dominus litis* da ação penal. O Brasil aplica um modelo acusatório de aparência, sem o protagonismo do Ministério Público. Trata-se de um modelo formal, que compreende o Ministério Público na condição de parecerista, em evidente descompasso com o projeto constitucional.

## 5. CONCLUSÃO

Os trinta anos da Constituição de 1988 não se mostraram suficientes para repelir as práticas arraigadas em nossos meios forenses e modificar a compreensão judicial a respeito da revolução realizada pelo Texto Maior.

Outrossim, considerando os ventilados atos normativos e decisões advindas de órgãos do Poder Judiciário, não se vislumbra predisposição de autocontenção judicial em respeito ao eixo decisório inerente às atribuições constitucionais do Ministério Público.

Entretanto, mostra-se imperativa a corporificação de um modelo acusatório que materialmente desassocie as funções de acusar e julgar. A nítida divisão de tarefas, com as devidas consequências nos correlatos institutos jurídicos, é, também, uma exigência contemporânea para além dos direitos individuais dos investigados e dos acusados. Trata-se da eficiência da justiça criminal na proteção da coletividade. Assim, mostra-se cogente reduzir o fosso entre o ser e o dever ser no que diz respeito ao modelo acusatório brasileiro.

Não se desconhece que a origem histórica das nossas classificações, o caráter relativo dos nossos conceitos, o condicionamento político e social das nossas instituições apenas nos são revelados com clareza se, para os estudarmos, nos colocamos fora do nosso próprio sistema de direito. É por tal motivo que, segundo David (2002, p. 4), o direito comparado é útil para o conhecimento do direito nacional e o seu aperfeiçoamento.

Por conseguinte, mostra-se recomendável o estudo de sistemas jurídicos que, sob a égide do modelo acusatório, se mostram – a um só tempo – garantidores de direitos individuais e eficientes no combate ao crime. Esse trajeto a ser percorrido para a assimilação do modelo acusatório no Brasil tende a evitar a deformação desinformada das atribuições constitucionais do Ministério Público.

Dessarte, à luz do direito comparado e sob o marco do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, que garante a separação dos poderes, o Brasil há de implementar, materialmente, a opção constitucional pelo sistema acusatório. Como decorrência da referida alteração substancial de compreensão, impõe-se a autocontenção judicial e a produção de normas legais específicas, de sorte a cristalizar óbice à invasão de atribuições constitucionais do Ministério Público e à sobreposição de funções entre os órgãos acusador e julgador.

A nítida divisão de funções deve irradiar consequências em todas as categorias e institutos jurídicos inerentes ao processo penal, em atenção às garantias do acusado e, contemporaneamente, à estratégia da acusação, em defesa da proteção da sociedade, que clama por uma justiça penal mais efetiva e menos seletiva.

## REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. A consagração do sistema acusatório com o afastamento do juiz do inquérito policial. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 55, p. 12, jun. 1997.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, jul.-set. 1999.

AMODIO, Ennio. O modelo acusatório no novo Código de Processo Penal italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 15, n. 59, p. 125-155, jul.-set. 1990.

AVENA, Norberto. *Processo penal*. São Paulo: Método, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 5 maio 2018.

BEGGIATO, Túlio Fávaro. Prosecutorial discretion: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Temas atuais do Ministério Público Federal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. I, p. 1027-1046.

BRONZE, Fernando José. Constitucionalização do direito inglês ou insularização do direito continental? *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Suplemento XXII, 1975.

BURKE, Alafair S. *Improving prosecutorial decision making: some lessons of cognitive science*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=707138](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=707138)>. Acesso em: 7 set. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. *Rivista di diritto processuale*. Pádua, CEDAM, v. I, p. 73-75, 1946.

\_\_\_\_\_. *Lezioni sul processo penale*. Roma: Dell'Ateneo, 1946. v. I.

CHIAVARIO, Mario. O processo penal na Itália. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Tradução de Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Editorial Temis, 1986.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul.-set. 2009.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração premiada na Itália. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Temas atuais do Ministério Público Federal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. I, p. 1133-1150.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Apontamentos sobre a prova produzida ou colhida pelo Ministério Público em procedimentos investigatórios criminais e no curso do processo penal. In: SALGADO, D. de R.; QUEIROZ, R. P. de (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 53-63.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: \_\_\_\_\_. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. Não creem na teoria geral do processo, mas ela existe. *Consultor Jurídico*, 4 jul. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>>. Acesso em: 6 maio 2018.

\_\_\_\_\_. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LINDQUIST, Kim R. *Lo inquisitivo hacia lo acusatorio: una odisea* (manual práctico del derecho comparado). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2015.

LOPES JR., Aury. Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal. *Consultor Jurídico*, 27 jun. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>>. Acesso em: 5 maio 2018.

\_\_\_\_\_. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. I.

\_\_\_\_\_. Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? *Consultor Jurídico*, 5 dez. 2004. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>>. Acesso em: 8 set. 2015.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. I e II.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão preventiva na Lei 12.403/2011: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016.

MORENO, Juan Damián. *La decisión de acusar: un estudio a luz del sistema acusatório inglês*. Madri: Editorial Dykinson, 2014.

NESPRAL, Bernardo. *El derecho romano en el siglo XXI: historia e instituciones: su vigencia en las legislaciones modernas*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2. ed., rev. e ampl. Bauru: Edipro, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPU, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.

UBERTIS, Giulio. Modelli processual e giusto processo. In: \_\_\_\_\_ . *Principi di procedura penal europea: le regole del giusto processo*. 2. ed. Milão: Raffaello Cortina, 2009.

WADHIA, Shoba Sivaprasad. *The history of prosecutorial discretion in immigration law*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2605164](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2605164)>. Acesso em: 8 set. 2015.

WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. Processo penal e história: a origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, n. 114, p. 379-412, maio-jun. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

# O SISTEMA ACUSATÓRIO JÁ POSITIVADO NO BRASIL E OS ENTRAVERES À SUA EFETIVAÇÃO

*André Estima de Souza Leite\**

## RESUMO

Como desfecho de uma longa e consistente evolução legislativa de mais de um século de desenvolvimento do modelo de processo penal, a Constituição brasileira de 1988 adotou o sistema acusatório, acompanhando a tendência mundial dos países democráticos. Embora na legislação infraconstitucional subsistam fórmulas próprias do sistema inquisitorial, sua validade e sua interpretação devem adaptar-se aos paradigmas constitucionais. Entretanto, a tradição do modelo anterior ainda influencia a prática jurídica e gera obstáculos à implementação de alguns aspectos do sistema acusatório no Brasil. Assim, os principais entraves não estão na legislação, mas no viés e no comportamento de diversos agentes do sistema de persecução penal.

---

\* Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União. Procurador da República, integrante do Grupo de Controle Externo da Atividade Policial da Procuradoria da República em Pernambuco.

Este artigo propõe-se a apontar alguns desses obstáculos e analisar mais detidamente o papel da polícia judiciária e do Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Sistema acusatório. Persecução penal. Processo penal. Ministério Público.

## ABSTRACT

As a result of a long and consistent legislative evolution of more than a century of development of the model of criminal procedure, the Brazilian Constitution of 1988 adopted the accusatorial system, following the world trend of democratic countries. Although in legislation formulas which are typical to the inquisitorial system still exist, their validity and interpretation must be adapted to the constitutional paradigms. However, the tradition of the previous model still influences the legal practice and creates obstacles to the implementation of some aspects of the accusatorial system in Brazil. Thus, the main difficulties are not in the legislation, but in the bias and behavior of various agents of the criminal prosecution system. This article aims to point out some of these obstacles and to analyse more closely the role of the investigative police and the judiciary.

**Keywords:** Accusatorial system. Criminal prosecution. Criminal procedure. Public ministry.

## 1. INTRODUÇÃO

A fórmula clássica de tripartição de poderes adotada em todo o mundo não resultou na formação de um modelo único de organização interna dos Estados. Embora seguindo princípios e linhas gerais comuns, as diferentes nações desenvolveram sistemas distintos

para regular o modo como tais poderes interagem e estabelecer os limites, as sobreposições, as formas de controle, os freios e os contrapesos (*checks and balances*) para o harmônico e independente exercício dessas funções estatais.

Entre os mais diversos formatos e experiências, cuida-se aqui das modalidades de tratamento conferido à atribuição da prerrogativa estatal de promover a persecução penal dos crimes. A evolução histórica do estabelecimento da função persecutória, desde a vingança privada até a concepção mais moderna de processo penal democrático e garantista, não se deu da mesma forma, no mesmo ritmo e ao mesmo tempo em todo o mundo. Pode-se, porém, narrar simplificadamente que, no seu estágio mais primitivo, a persecução penal era de caráter privado e estava a cargo da própria vítima ou de sua família, o que resultava, naturalmente, em grave impunidade, pela falta de capacidade técnica investigativa e pela frequente omissão, diante do temor de retaliações. As evidentes deficiências desse formato, incapaz de gerar pacificação social, motivaram a transição para um modelo de acusação pública a cargo de um magistrado<sup>1</sup>.

Na primeira fase do modelo de acusação pública, o magistrado *inquisidor* conduzia livremente a investigação criminal e, ele mesmo, proferia a sentença contra o réu, com base no resultado do seu próprio esforço instrutório. Tal modelo é conhecido como “inquisitório”. É fácil imaginar o amplo espaço para abusos, injustiças e arbitrariedades que a concentração desses poderes em uma

---

1 Embora mais comumente relacionado hoje, no Brasil, aos membros do Judiciário e, na Europa, a juízes e membros do Ministério Público, a palavra “magistrado” (*magistratus*) originalmente designava qualquer detentor dos mais importantes poderes estatais, políticos, administrativos ou judiciários, que lhe permitiam exercer suas atribuições com elevado grau de autoridade (*imperium*).

só pessoa permitia. O empenho pessoal para comprovar a hipótese inicial de trabalho (de que ocorreu o crime noticiado) provoca no investigador um “viés cognitivo de confirmação”. Tal tendência psicológica, embora não absoluta, retira-lhe as condições ideais para proferir um julgamento imparcial.

Diante dos resultados desastrosos para os direitos individuais, evolui-se para um formato de *redução e distribuição de poder*. O magistrado julgador permanece distante do trabalho de investigação e formulação da acusação, tarefa a cargo de magistrados dedicados a ela, em relação aos quais os julgadores se manteriam funcionalmente independentes. Tem-se, assim, cenário mais propício a um julgamento isento e racional, com drástica redução do arbítrio individual. A rígida separação entre as funções de acusar e de julgar é a nota característica do modelo (ou sistema) “acusatório”.

Observa-se hoje, no direito comparado, progressos diversos na transição para o modelo acusatório, com paulatina redução da intervenção dos juízes na formação da culpa. De modo geral, porém, a acusação pública é atribuída a uma instituição do sistema de justiça criminal, especializada e independente (em maior ou menor grau): o Ministério Público.

Em boa parte da Europa continental, tal instituição funciona dentro da organização administrativa do Poder Judiciário, como uma divisão dele. Os magistrados atuam ora na função de julgar, ora na de acusar, mas não no mesmo caso. Em outros países, há duas carreiras estritamente separadas e sem intercâmbio de pessoal. Em sistemas jurídicos mais inspirados no modelo americano, o Ministério Público é vinculado ao Poder Executivo.

Outra experiência, porém, como a do Brasil com a Constituição de 1988, põe o Ministério Público em uma posição *sui generis*, apartada da organização administrativa e funcional dos três poderes clássicos, conferindo-lhe um *status* de independência e exclusividade

no desempenho da função estatal de persecução penal. O art. 129 da Constituição estabelece as *funções* institucionais do Ministério Público, e a primeira delas é “promover, *privativamente*, a ação penal pública, na forma da lei”. Seja pela interpretação literal da Constituição; seja pela sistemática; seja, ainda, pela histórica, não é possível outra conclusão senão a de que, na estruturação do poder estatal, o constituinte optou pelo sistema acusatório de processo penal ao tornar o Ministério Público titular exclusivo da ação penal pública (*dominus litis*).

Enfim, o modelo *inquisitório* é incompatível com o moderno nível de proteção dos direitos fundamentais e tende a desaparecer. O modelo denominado “misto” (em que há a intervenção de um “juiz de instrução” a partir de certa etapa de algumas investigações, mas sem formação de contraditório) e o modelo “misto com juizado de instrução contraditório” estão em franca extinção no mundo. Mesmo países como França, Espanha e Bélgica – que ainda mantêm *formalmente* tais modelos – já desenvolveram jurisprudência e costume jurídico que os aproximam significativamente, na prática, do modelo acusatório, separando-se a fase investigativa da fase processual ou de julgamento e reduzindo-se o papel do juiz na primeira delas. Há, entretanto, quem sustente, com razão, que tal sistema “misto” seria, mais propriamente, uma versão do modelo inquisitorial. Nesse sentido, Tenório (2011, p. 22-24), em análise crítica, considera difícil defender a existência de um gênero misto:

O fato de o juiz dirigir a investigação é suficiente para torná-lo [o sistema] inquisitório, independentemente da divisão de fases que se adotar. Por essa razão, o sistema chamado de misto é, na verdade, inquisitorial. (...)

Em suma, a principal diferença entre o sistema acusatório e o inquisitório está no grau de autoridade alocado aos juízes e às partes. Quando os princípios liberais ordenam a fragmentação de

poder, cria-se um sistema acusatório no qual as partes recebem mais poder. Quando juízes concentram poderes demais – adjudicando, acusando e defendendo – o sistema é inquisitório.

Os países de tradição democrática de que se tem notícia que realizaram reformas ou alterações relevantes em seus sistemas processuais penais nas últimas décadas (inclusive o Brasil com a Constituição de 1988 e mediante leis esparsas) o fizeram consistentemente no sentido de instituir ou de avançar na direção do modelo acusatório. Citamos como exemplos notáveis a Alemanha e Portugal, dois dos mais avançados sistemas processuais penais do mundo. Na Itália, embora ainda persistam resquícios do modelo misto, avançou-se fortemente com o Código de Processo Penal de 1988. Mesmo a Inglaterra, onde vigora sistema muitíssimo peculiar e de matriz jurídica diversa (*common law*), evoluiu para finalmente criar seu Ministério Público (*Crown Prosecution Service*) em meados dos anos 1980. Vale registrar, ainda, que os tribunais penais internacionais adotam o modelo acusatório (v. o Estatuto de Roma). Assim, nas democracias modernas, a produção de provas na investigação criminal destina-se não mais à apreciação judicial, mas diretamente à formação da *opinio delicti* do Ministério Público, que promoverá ou não a acusação em juízo (denúncia ou arquivamento).

Portanto, o Ministério Público surgiu e evolui justamente para que não haja envolvimento do juiz nem com a investigação criminal nem com a iniciativa de formação da culpa, afastando-o dessas funções, de modo a preservar sua imparcialidade e isenção de espírito para o julgamento. Nas palavras de Ferrajoli (2014, p. 522):

De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e

acusação. Essa separação, exigida por nosso axioma *A8 nullum iudicium sine accusatione*, forma a primeira das garantias orgânicas estipuladas em nosso modelo teórico SG.

É justamente por representar uma diminuição do poder judicial que o modelo acusatório custa a ser assimilado pela jurisprudência. E é também por constituir-se o *dominus litis poenalis*, portanto destinatário e dirigente da investigação criminal, cuja atuação impacta relevantemente a segurança pública e a política criminal, que o Ministério Público ainda enfrenta resistência dos setores afetados pela transição de modelo. Atribuímos os desafios do sistema acusatório mais a tais fatores do que propriamente a questões de direito positivo ou de dogmática jurídica.

Nessa direção também é a conclusão da pesquisa de Tenório (ob. cit.):

Mais do que novas leis, o Brasil precisa que o Judiciário, o MP, os advogados de defesa e a Polícia mudem seus hábitos. Transformar comportamentos é um passo exponencialmente mais difícil que mudar as leis, mas não menos importante para que a efetividade do processo penal deixe de ser mera ilusão.

É a partir de tais premissas que o presente trabalho se dispõe a analisar criticamente alguns aspectos desse fenômeno de resistência ao sistema acusatório. Como recorte objetivo, esta análise concentrar-se-á nas instituições de mais intensa relação institucional com o titular da ação penal: os órgãos de polícia judiciária e o Poder Judiciário.<sup>2</sup>

---

2 A situação da advocacia criminal não foi analisada neste trabalho, sobretudo por não a considerarmos um entrave. Por motivos que ainda não compreendemos

## 2. TRANSIÇÃO PARA O MODELO ACUSATÓRIO NO BRASIL

Tido como um marco evolutivo para a época, o Código de Processo Penal napoleônico de 1808 (*Code d'Instruction Criminelle*) influenciou fortemente o processo penal pelo mundo. As instituições por ele consagradas, porém, evoluíram já de forma significativa a partir de reformas legislativas que ocorreram no século XX em vários países. Segundo Andrade (2008, p. 46-48):

Pouco a pouco, a Europa foi se rendendo ao modelo de processo presente no *Code* de 1808, mas, ao invés de os países observarem integralmente seus postulados, era inevitável que uma ou outra mudança fosse realizada para melhor adaptá-lo à realidade e costumes de cada país. (...)

Como se pode notar, a preferência pelo juiz-instrutor se consolidou no Direito Continental, mas a semente do *Code* de 1808 já estava lançada. Assim, em diversos países gradativamente foi surgindo e crescendo a insatisfação também em relação àquela figura, pois não se concebia como um magistrado, que era encarregado de investigar, poderia manter sua imparcialidade sempre que tivesse que decidir alguma questão importante no curso de sua própria investigação (...). Por isso, já no século XX foi tomando corpo um movimento doutrinário de resistência e contrariedade ao juiz de instrução, que chegou ao ápice em 1975, quando a Alemanha tratou de pôr fim ao juizado de instrução, transferindo toda sua legitimidade investigatória ao Ministério Público.

---

plenamente nem pudemos pesquisar, a advocacia criminal de defesa, apesar de ser a maior beneficiária da plena efetivação do sistema acusatório, não vem, ao menos no Brasil, desfraldando essa bandeira como seria de se esperar.

Na Itália, extinto o juizado de instrução com seu Código de Processo Penal de 1988, inicia-se um modelo de considerável preponderância do Ministério Público sobre a polícia investigativa. Segundo Vogliotti (2011, p. 55):

Na Itália, essa supremacia do Ministério Público manifestou-se de forma particular com o novo Código de Processo Penal de 1988, que, inspirando-se no sistema acusatório, confiou-lhe o monopólio do inquérito (herdando os poderes de investigação do juiz de instrução, mas perdendo seus poderes sobre a liberdade pessoal), reforçou seu poder de direção da Polícia Judiciária, ofereceu-lhe uma gama de procedimentos alternativos às audiências, dentre os quais o de escolher o percurso judiciário mais apropriado (...).

Assim, o Ministério Público italiano passou a efetivamente dirigir a atividade de polícia judiciária<sup>3</sup>. Andrade (2008, p. 75) observa:

Em suma, o novo *Codice* se propôs a adotar um processo penal com as características do sistema acusatório, o que levou o legislador italiano a extinguir o juizado de instrução. Em seu lugar foi criada a investigação presidida pelo Ministério Público (denominada *indagini preliminari*), concretizando, desta forma, o intento de Carnelutti, quando, no começo da década de sessenta, presidiu uma comissão de juristas que redigiu um frustrado anteprojeto de reforma proces-

---

3 Essa relação dá-se em três graus de dependência e autonomia: o policiamento ordinário, os *servizi* e as *sezioni* de polícia judiciária. No grau máximo de vinculação, os policiais trabalham nas procuradorias, instruindo as investigações instauradas pelos procuradores sob instruções diretas destes (VOGLIOTTI, 2011, p. 69-70).

sual. Assim, o Ministério Público passou a conduzir a investigação criminal (art. 326), realizando-a *motu proprio* ou por intermédio da polícia judiciária, pois dela dispõe diretamente (art. 327).

Alemanha e Portugal também suprimiram o juizado de instrução e transferiram o poder de direção da investigação criminal ao Ministério Público.

Entre nós, o *Code* influenciou o Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842, do Código do Processo Criminal de 1832. Desde a queda do Império no Brasil, porém, as estruturas inquisitoriais foram sendo paulatinamente extintas, com o incremento da atuação do Ministério Público. Nosso Código de Processo Penal (CPP) de 1941 pôs fim ao juizado de instrução, embora persistam em seu texto claros resquícios do modelo revogado. Passadas três décadas da promulgação da Constituição de 1988, o modelo acusatório nela previsto, apesar de significativos avanços, ainda não foi implementado, de fato, em toda a sua extensão, permanecendo, em certa medida, apenas “no papel”.

Destacadamente e de modo geral, alguns fatores podem ser apontados para esse atraso: 1) a demora na revisão da legislação infraconstitucional (anteprojetos de CPP arrastam-se há décadas); 2) o conservadorismo do Judiciário, atrelado a uma praxe baseada em fórmulas ultrapassadas, e com alguma renitência em aceitar a contenção constitucional de seu próprio poder; 3) o comodismo e a inércia do Ministério Público em assumir integralmente seu papel e patrocinar abertamente a completa transição do modelo; 4) a reação corporativa dos delegados de polícia, para os quais o modelo constitucional significou uma retração de suas atribuições e uma sujeição a mais formas de controle; 5) o alheamento político dos governantes em relação a essa questão, esquivando-se da polêmica, dos atritos e das pressões dos setores envolvidos; 6) a atenção

relativamente superficial da academia e 7) da advocacia criminal de defesa sobre o assunto.

Entre esses fatores, como já introduzido, opta-se aqui pelo recorte objetivo de dois dos mais relevantes. Desse modo, tratar-se-á mais pontualmente da polícia judiciária e do Poder Judiciário.

### 3. A POLÍCIA JUDICIÁRIA

No Brasil, a expressão “polícia judiciária”, conquanto até seja tratada coerentemente nos textos legais, recebe usualmente acepções incongruentes na doutrina e na jurisprudência. O adjetivo “judiciária” induz a equívocos, pois sugere um vínculo com o Poder Judiciário, quando, na verdade, tem origem remota na destinação da investigação criminal a servir à acusação pública, considerada uma atribuição dita “judiciária” (relativa à administração da Justiça), mas não “judicial” (relativa ao juiz). Representa, pois, uma reminiscência.

Por outro lado, há países em que o próprio Ministério Público integra o Judiciário ou a ele está administrativamente vinculado. Na Itália, na França, na Áustria e na Alemanha, por exemplo, há uma só carreira de magistratura, na qual se pode exercer ora a função de procurador da República<sup>4</sup>, ora a de juiz. Por isso, no

---

4 “Procurador” é um termo de origem latina formado pelo prefixo *pro* (que está “a favor”; com a ideia também de “anterioridade”, “extensão”, “substituição”) e pelo substantivo *curator* (aquele que cuida). Entende-se, pois, como o principal cuidador de algo. Assim, procurador “da República” significaria o principal guardião dos valores republicanos. Na França, tem-se o *procureur de la République* e, na Itália, o *procuratore della Repubblica*. Em Portugal, o *procurador da República* é o membro que atua no segundo grau, sendo os de primeiro grau os *procuradores-adjuntos*. A denominação “promotor de Justiça”

direito estrangeiro, é comum a expressão “autoridades judiciárias” referir-se indistintamente a juízes e membros do Ministério Público.

Foi no já referido Código de Processo Penal napoleônico de 1808 que se consagrou a expressão “polícia judiciária” (*police judiciaire*), a designar uma *função* atribuída a diversas autoridades:

Art. 8 A polícia judiciária investiga crimes, delitos e contravenções, reunindo provas e entregando os autores aos tribunais competentes para puni-los.

Art. 9 A polícia judiciária será exercida sob a autoridade das cortes imperiais, e de acordo com as distinções que serão estabelecidas: pelos guardas campestres e pelos guardas-florestais, pelos comissários de polícia, pelos prefeitos e vice-prefeitos, pelos procuradores imperiais e seus substitutos, pelos juízes de paz, pelos oficiais de gendarmaria, pelos comissários-gerais de polícia e pelos juízes de instrução.

Art. 10 Os prefeitos dos departamentos, e o prefeito de polícia em Paris, podem fazer pessoalmente, ou exigir que os oficiais de polícia judiciária, cada um no que lhe concerne, pratiquem todos os atos necessários a fim de apurar os crimes, delitos e contravenções, e para trazer os responsáveis aos tribunais competentes para puni-los, nos termos do art. 8 acima.<sup>5</sup>

---

tem origem portuguesa, nas Ordenações Manuelinas de 1514. Anteriormente, as Ordenações Afonsinas de 1447 referiam-se a “procurador” (SANTIN, 2007, p. 27.). Na Alemanha e na Áustria, a denominação *Staatsanwalt* para o membro do Ministério Público traduz-se literalmente por “advogado do Estado”. Nos países de língua inglesa, de modo geral, denomina-se *prosecutor* (“perseguidor”). Nos países de língua espanhola, a denominação mais comum é a de *Fiscal* (idem, passim). Empregaremos aqui “procurador” genericamente como sinônimo de membro do Ministério Público.

5 Tradução livre.

Não se concebia a polícia judiciária como um “órgão”, mas como uma “função”. Note-se, ainda, que não era atividade exclusiva de órgãos de segurança pública. O que a caracterizava era sua “finalidade”: reunir evidências para viabilizar a punição de autores de crimes (v. art. 8 citado acima).

No Brasil, o Regulamento n. 120/1842, do Código do Processo Criminal de 1832 (influenciado pelo Código de Napoleão), trouxe um rol de autoridades que exerciam a polícia judiciária, entre juízes, delegados de polícia, inspetores de quartirão e fiscais das câmaras municipais. Nosso CPP de 1941 também trata polícia judiciária como “função”. O texto original ressaltava seu exercício por autoridades não policiais (art. 4º, parágrafo único). O art. 144 da Constituição, no entanto, literalmente restringiu esse mister, numa redação que gera dúvidas e divergências quando interpretados isoladamente os seus incisos. Uma leitura detida das normas que regem a matéria permite, porém, afastar quaisquer dúvidas ou aparentes contradições. Vejamos metódica e minuciosamente.

Perceba-se, primeiramente, que a Constituição se refere duas vezes a “funções de polícia judiciária” (no § 1º, IV, e no § 4º) e, outras duas vezes, as diferencia da atividade de “apurar infrações penais” (no § 1º, I, e no § 4º):

Art. 144. (...)

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

I – *apurar infrações penais* contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; (...)

IV – exercer, com *exclusividade*, as *funções* de polícia judiciária da União. (...)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as *funções* de polícia judiciária e a *apuração* de infrações penais, exceto as militares. (...)

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades. (Grifos nossos.)

Chama-se a atenção, agora, para as seguintes consequências lógico-jurídicas dessas normas: 1) a Constituição distingue claramente “apuração de infrações penais” de “funções de polícia judiciária”; 2) no âmbito da União, há exclusividade dessa *função* pela Polícia Federal; 3) no âmbito estadual, ela cabe à Polícia Civil, sem exclusividade, havendo espaço para a Polícia Militar, nos crimes militares, e para a Polícia Federal, nas hipóteses do art. 144, § 1º, I, *in fine*, e II; 4) embora seja uma das “destinações” constitucionais da Polícia Federal e da Polícia Civil, não há exclusividade em relação à “apuração de infrações penais”; 5) a disciplina da organização e do funcionamento dos órgãos policiais será fixada em “lei” (§ 7º). Assim, o texto da Carta não definiu “função de polícia judiciária”, conferindo à lei essa tarefa. E lá se encontra, e logo adiante cuidaremos dela.

Antes, porém, para que se possa melhor compreender nosso modelo, tenhamos em mente que essa função, seja na perspectiva histórica no Brasil, seja na atualidade do direito comparado, consiste numa atividade destinada à persecução penal pelo titular da ação, normalmente o Ministério Público.

A pesquisa sobre a polícia judiciária nos países democráticos e desenvolvidos revela, da perspectiva brasileira, maior protagonismo

do Ministério Público na direção da investigação criminal e nítida vinculação da polícia às diretrizes ministeriais. De modo geral, constata Rolim (2013, p. 140-141):

O denominador mínimo comum entre os países que seguem a primeira via [matriz romano-germânica] é a dependência funcional da Polícia ao Ministério Público, entendida, num sentido mais fraco, como a submissão daquela às requisições de diligências investigatórias feitas pelo *Parquet*. E como se verá oportunamente, nos países europeus que mais influência exerceram sobre nossa tradição jurídica (Alemanha, França, Itália, Espanha e Portugal), o controle da Polícia pelo MP vai muito além do mero poder requisitório, a ponto de se atribuir a ele a direção das investigações e poderes que implicam ingerência na relação orgânica do policial com a respectiva corporação.

Segundo Mouhanna (2011, p. 26), em pesquisa científica na qual entrevistou policiais e procuradores franceses, na prática:

(...) longe de ser um conjunto homogêneo, as organizações envolvidas são marcadas por clivagens, divergências de apreciações, lógicas bastante contraditórias. Paralelamente, constata-se que, em ambos os lados, os elementos atuantes na prática encontram-se em uma situação de interdependência. Sob muitos aspectos, a proximidade que se instaura entre os OPJ [oficiais de polícia judiciária] e os membros de “base” do Ministério Público revela-se bem mais forte do que os laços corporativistas ou as tensões interinstitucionais.

### 3.1 Uma forte interdependência

A observação das práticas e as entrevistas realizadas em todas essas organizações mostram bem a interdependência de fato que existe entre os OPJ – ou APJ [agentes] – e o Ministério Público. Ainda que, juridicamente, este último tenha a perfeita capacidade

de levar a cabo, ele mesmo, as investigações, ele não tem nem o tempo, nem as competências para tanto, nem, muitas vezes, a vontade de fazê-lo. Seu trabalho permanece, antes de tudo, uma atividade sedentária. Assim, os policiais são seus correspondentes em campo. São eles que veem, ouvem e, se necessário, agem.

Na Itália, após a queda do fascismo, o constituinte e o legislador cuidaram de reduzir a grande autonomia de que a polícia dispunha, como instrumento de repressão a serviço do totalitarismo, reforçando os poderes de direção do Ministério Público sobre a atividade de polícia judiciária (VOGLIOTTI, 2011, p. 55).

Na Alemanha, o Ministério Público pode exercer a investigação diretamente ou requisitá-la à Polícia Criminal (*Kriminalpolizei*), órgão do Poder Executivo dotado de iniciativa investigatória, mas submetido à supervisão e ao controle do Ministério Público: “A Lei de Reforma do Processo Penal alemão, de 09 de dezembro de 1974, substituiu o sistema de investigação judicial a cargo do juiz instrutor pelo Ministério Público” (PERRON; LÓPEZ-BARAJAS, 2013, p. 70-71). Asmus (2013, p. 92) refere-se aos órgãos de polícia judiciária alemães como auxiliares na tarefa do Ministério Público.

Rolim (2013, *passim*) observa que o modelo alemão se assemelha à sistemática brasileira de controle. Lá, o reconhecimento do papel do Ministério Público na persecução penal é tal que se concebe naturalmente a polícia judiciária como uma extensão da atividade própria daquele (ROLIM, *ibidem*, p. 145):

Diz-se, na doutrina alemã, que os órgãos policiais e seus integrantes, ao praticarem atos investigatórios nos termos do § 163 do Código de Processo Penal alemão, agem como *longa manus* do Ministério Público, o “Senhor da investigação” (*Herrin des Ermittlungsverfahrens*).

Em Portugal, segundo relata Szilard (2015, p. 121-122), o Estatuto do Ministério Público atribui aos procuradores “emitir ordens e instruções; definir formas de articulação com os órgãos de polícia criminal, tendo em vista que parte substancial da atividade do Ministério Público recai no exercício da ação penal”. Ressalta Rolim (2013, p. 158) que diversos órgãos portugueses exercem a polícia judiciária, que lá é denominada atualmente de “polícia criminal”:

Em qualquer caso, quem preside a investigação é o Ministério Público. Com efeito, o MP “dirige o inquérito, assistido pelos órgãos de polícia judiciária”, e “fiscaliza a atividade processual [*i.e.*, a investigação criminal desenvolvida no âmbito do inquérito] destes.

Também na Espanha, nos Países Baixos, na Suécia e na maior parte dos países da Europa continental, observa-se vinculação semelhante da função de polícia judiciária ao Ministério Público.<sup>6</sup>

Voltando ao Brasil, como já dito, o constituinte deixou para a lei a regulamentação da atividade policial (art. 144, § 7º). Nessa linha, já com redação posterior à Constituição de 1988, o CPP cuida da polícia judiciária no Título II do seu Livro I, no qual se encontra a disciplina do “inquérito policial”, a revelar, desde logo, essa relação essencial:

---

6 Para mais detalhes sobre esse cenário no direito comparado, sugerimos a leitura do artigo de nossa autoria: A polícia judiciária e a sua relação com o Ministério Público. In: SALGADO, Daniel de Resende; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique (Coords.). *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. Remetemos o leitor, ainda, à *Revista do CNMP*, Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 2011, e às obras já citadas de Rolim (2013) e Santin (2007).

TÍTULO II – DO *INQUÉRITO POLICIAL*

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. (Redação dada pela Lei n. 9.043, de 9.5.1995)<sup>7</sup>

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não exclui-  
rá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida  
a mesma *função*. (Grifos nossos.)

Assim, o CPP definiu *quem* exerce a polícia judiciária e com que *finalidade*. Ressalvou, no parágrafo único, que não se tratava de função exclusiva das autoridades policiais. Vale registrar que, na época da redação do CPP, a chefia das delegacias de polícia era exercida *pro tempore*, cabendo comumente a policiais militares. Nos rincões do País, normalmente eram oficiais subalternos ou mesmo praças mais graduados (MEDVID, 2000).

Como visto, à semelhança do modelo francês de 1808, no Brasil se conferia a diversas autoridades a função de polícia judiciária. Portanto, a exclusividade trazida pela Constituição de 1988 representou um ponto de inflexão histórica. Considerando-se, todavia, a clara distinção feita no texto entre a atividade de investigação criminal e essa função, bem como a recente pacificação da jurisprudência no sentido de que a investigação criminal não é atividade privativa da polícia judiciária<sup>8</sup>, é preciso conferir algum significado coerente a essa exclusividade.

---

7 A redação original desse artigo era idêntica, apenas com a palavra “jurisdições” no lugar de “circunscrições”. A alteração legislativa não foi um mero preciosismo; serviu para marcar claramente a falta de identidade entre essa função e o exercício da jurisdição.

8 V. o julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727.

Sobreveio a Lei n. 12.830/2013, a explicitar o que se subentendia no CPP: o inquérito policial é o “meio” próprio e típico pelo qual se conduz a investigação de polícia judiciária, sem prejuízo da coexistência de procedimentos afins. Essa lei também trata polícia judiciária como função:

Art. 2º As *funções* de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal *por meio* de *inquérito policial* ou outro procedimento previsto em lei, que tem como *objetivo* a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais. (Grifos nossos.)

Em suma, o CPP define a polícia judiciária por sua “finalidade”. A Lei n. 12.830/2013, em seu art. 2º, § 1º, acrescenta que cabe à autoridade policial a condução da investigação criminal por “meio” do inquérito policial ou de outro procedimento previsto em lei.

Ora, apurar infrações penais e sua autoria consiste justamente em atividade de investigação criminal. Isso nos leva a uma única conclusão possível e logicamente necessária: a de que se trata, na verdade, de uma relação de *gênero* e *espécie*. Somente assim é possível superar a aparente “petição de princípio” (*petitio principii*). Chega-se aqui, finalmente, a uma premissa fundamental para compreender coerentemente nosso modelo: a atividade típica de polícia judiciária é uma *espécie* do *gênero* investigação criminal<sup>9</sup>, de modo

---

9 Essa também foi a conclusão a que chegou o ministro Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, em aparte proferido no julgamento do Recurso

que as duas expressões não são equivalentes. Essa concepção positivada no Brasil é compatível com os modelos europeus citados, na medida em que a exclusividade da função de polícia judiciária (neles inexistente) fica aqui restrita à *espécie* e não abrange o *gênero*.

Levando-se em conta a topografia dessas normas no CPP, dentro do título relativo ao “inquérito policial”, bem como as disposições da Lei n. 12.830/2013 relativas ao “procedimento” pelo qual a polícia judiciária investiga os crimes, podemos dar mais um passo no raciocínio para concluirmos seguramente que, no direito brasileiro, especificamente, o elemento que distingue a tarefa da polícia judiciária de outros tipos de investigação criminal é o seu “meio” ou o instrumento especial: o inquérito policial.

Diferentemente do que afirmam alguns autores, dos quais respeitosa e divergimos, não é função essencial ou privativa da polícia judiciária a execução das ordens e dos mandados judiciais. Nada na Constituição, na lei, na evolução histórica ou na noção universal de polícia judiciária autoriza essa conclusão. Quando se refere ao cumprimento das requisições e mandados, a lei a coloca como apenas *outra* incumbência da autoridade policial (CPP, art. 13, II e III). Não se trata de atribuição essencial, mas de encargo adicional e lateral. Tal atribuição, portanto, não está abrangida na exclusividade a que se refere a Constituição. Ela pode e deve ser realizada por qualquer agente público ou privado a que se dirija o juiz em suas ordens e mandados, preferindo-se, naturalmente, aqueles que dispuserem de

---

Extraordinário n. 593.727: “Eu também enxergo na Constituição uma distinção muito clara, para mim, entre investigação criminal como gênero e inquérito policial como espécie. Ou seja, o inquérito policial não exaure a investigação criminal. E outros órgãos, além do Ministério Público, podem até desempenhar atividades investigativas”.

meios e de capacidade técnica para o seu melhor cumprimento (policiais militares e rodoviários federais, agentes penitenciários, oficiais de Justiça, servidores do Fisco, dos órgãos ambientais, etc.).

Assim, a partir da compreensão histórica dessa função e com base no que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro, podemos estipular a seguinte definição: “polícia judiciária” representa a função de apurar, por “meio” do inquérito policial, a materialidade, as circunstâncias e a autoria de infrações penais, com a “finalidade” de fornecer ao Ministério Público elementos de convicção para sua decisão sobre o ajuizamento da persecução penal.

Em sentido semelhante, Bonfim (2012, Cap. VII, 2), Pacelli (2013, p. 56), Távora e Alencar (2011, p. 90) e Mirabete (2005, p. 78), entre outros.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) também trata o inquérito policial com base na compreensão de sua finalidade. Do julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727, em regime de repercussão geral, no qual se rejeitaram os questionamentos contra o poder de investigação do Ministério Público, destacamos trecho do voto condutor do acórdão, *in verbis*:

Todos sabemos que o inquérito policial, enquanto instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado, ordinariamente, a subsidiar a atuação persecutória do próprio Ministério Público, que é – nas hipóteses de ilícitos penais perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária (RTJ 168/896, rel. min. CELSO DE MELLO).

Trata-se, desse modo, o inquérito policial, de valiosa peça informativa, cujos elementos instrutórios – precipuamente destinados ao órgão da acusação pública – visam a possibilitar a instauração da “*persecutio criminis in iudicio*” pelo Ministério Público (...).

Na Constituição de 1988, há uma única menção ao inquérito policial, e ela não ocorre no art. 144, que trata das polícias, mas, precisamente, no art. 129, o qual estabelece as funções institucionais do Ministério Público:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

VIII – *requisitar diligências* investigatórias e a *instauração de inquérito policial*, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; (Grifos nossos.)

Ou seja, não se ocupou o constituinte do inquérito policial, senão para consagrar a *função institucional* do Ministério Público de requisitar sua instauração. Esse poder já encontrava fundamento legal no art. 5º, II, do CPP, anterior à Constituição de 1988, e foi reafirmado no art. 7º, II, da Lei Complementar n. 75/1993 e no art. 26, IV, da Lei n. 8.625/1993. Tal preocupação se justifica pela necessidade de viabilizar o *ius puniendi*, provendo o titular da ação penal dos meios necessários para seu adequado exercício. Nessa linha, ele precisa de meios para impulsioná-lo, garantindo que atenda com eficácia à sua finalidade e para que não haja desvio de rumo, como violações de direitos do investigado, caducidade de elementos de convencimento por falta de colheita e desperdício de esforços e de recursos em linhas investigativas impróprias.<sup>10</sup>

---

10 Houve veto presidencial a um dispositivo do projeto que deu origem à Lei n. 12.830/2013, o qual pretendia dispor que o delegado de polícia conduziria “a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade”. Nas razões do veto parcial, a Presidência da República justificou o seguinte: “Da forma como o dispositivo foi redigido, a referência ao convencimento técnico-jurídico poderia sugerir um conflito com as

O inquérito policial, porém, como simulacro do juizado de instrução (extinto no Brasil em 1941), tem sido feito de cavalo de batalha<sup>11</sup> dos pleitos corporativos dos delegados de polícia, para tentar sustentar a própria necessidade de uma carreira policial de bacharéis em Direito e buscar independência funcional em relação ao Ministério Público (algo sem paralelo no mundo). Ele consiste, ainda, na principal ferramenta de investigação criminal, apesar de revelar-se um instrumento lento e pouco adequado para os fins a que se destina. O que surpreende é que seu trâmite cartorial, solene e burocrático, não decorre de exigência legal, mas de regulamentos internos dos órgãos policiais, a revelar forte tendência à ritualização e à criação de formalidades desnecessárias. No tocante aos chamados crimes do colarinho branco (*white collar crimes*), como a corrupção no setor público, os crimes financeiros, etc., ele vem ocupando espaço cada vez menor, diante da atuação mais dinâmica e efetiva do próprio Ministério Público e de órgãos do Executivo especializados na fiscalização das atividades correlatas a esses crimes, tais como a Receita Federal, a Controladoria-Geral da União (CGU), o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), os tribunais de contas, etc.

---

atribuições investigativas de outras instituições, previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Desta forma, é preciso buscar uma solução redacional que assegure as prerrogativas funcionais dos delegados de polícia e a convivência harmoniosa entre as instituições responsáveis pela persecução penal.”

11 A Federação Nacional dos Policiais Federais costuma utilizar em campanhas a expressão “elefante branco” para designar o inquérito policial. Tal entidade sindical agrega as carreiras de agentes, escrivães e papiloscopistas de Polícia Federal, pleiteando a modernização da estrutura das polícias, com implementação de carreira única e ciclo completo, e opondo-se às pretensões próprias da carreira dos delegados da Polícia Federal.

Nada obstante, a Lei n. 12.830/2013, em seu art. 2º, § 6º, reforçou o formalismo quanto à figura do “indiciamento”, exigindo fundamentação e “análise técnico-jurídica do fato”. Trata-se de ato desnecessário, inútil, estigmatizador e que nada contribui com a eficiência do inquérito policial. Tal alteração legislativa deve-se exclusivamente ao *lobby* dos delegados de polícia, sem justificativa prática, sem representar uma positividade de entendimento jurisprudencial e sem suporte na doutrina. O indiciamento é irrelevante para a decisão do Ministério Público de denunciar ou arquivar um caso criminal, e seus efeitos são inservíveis à ação penal. Podem, por outro lado, ser nefastos ao investigado, principalmente quando for tornado público (e frequentemente o é) e o indiciado não vier a ser denunciado. Outras modalidades investigatórias são conduzidas com muito sucesso por diferentes órgãos, sem necessidade de indiciamento. Eventual conhecimento jurídico do investigador pode até ser útil ao seu trabalho, mas a análise técnica dos fatos por parte de especialistas em temas “não jurídicos” (contabilidade, economia, biologia, ecologia, química, engenharia, medicina, etc.) é muito mais relevante à formação da convicção do procurador sobre o caso.

Na instrução do inquérito policial, as relações geralmente são estanques, protocolares e descoordenadas entre procuradores, delegados, escrivães e agentes. Produz-se um inútil acúmulo de documentos de mero expediente e sem conteúdo probatório nos autos do inquérito (ofícios, despachos, certidões, etc.). O mais grave é que, na prática, alguns atos chegam a ser até mais formais e complexos que o equivalente judicial.<sup>12</sup> Encontram-se facilmente em inquéritos

---

12 *V.g.*, a oitiva de pessoas (testemunhas ou autores de crimes) é documentada em vídeo nas audiências da Justiça Federal, mas, nos inquéritos da Polícia Federal, ainda é reduzida a termo, em atas escritas em linguagem estereotipada. Além

policiais relatórios recheados de citações doutrinárias e precedentes jurisprudenciais, frequentemente sobre temas pacíficos.

A resistência da classe dos delegados de polícia à modernização da investigação criminal, seus interesses na manutenção do inquérito policial e suas pretensões de livrar-se do controle externo do Ministério Público e obter independência funcional em relação a este são entraves relevantes à efetivação do modelo acusatório, no tocante à fase de investigação, porque sua estratégia passa por manter uma relação direta com o Judiciário, incentivando a participação ativa dos juízes na fase pré-processual da persecução penal.

#### 4. O PODER JUDICIÁRIO

A Constituição de 1988 estabeleceu um novo regime de garantias fundamentais e uma nova organização do Estado. Apesar disso, por força do hábito e por apego à antiga formação, não raramente a jurisprudência insiste em ler a Constituição à luz das leis, especialmente do CPP de 1941, resultando na esdrúxula manutenção parcial de modelos revogados.

No entanto, mesmo sem atualização legislativa, foram logo rechaçadas pelo Judiciário as normas ainda presentes no texto do CPP que colidem com a “reserva de jurisdição”, como, por exemplo, a primeira parte do art. 241 (busca domiciliar sem mandado judicial) e o art. 26 (instauração policial da “ação penal” nas contravenções). Ou seja, no tocante à atividade jurisdicional, reconheceu-se imediatamente a

---

disso, os processos judiciais federais e as investigações do Ministério Público Federal já são feitas em autos eletrônicos, enquanto o inquérito policial federal continua em papel.

não recepção dessas normas. Porém, ainda há bastante relutância de juízes em superar alguns dos dispositivos que não se coadunam com o modelo acusatório estabelecido na mesmíssima Constituição.

Algumas normas do CPP perpetuam um papel inquisitorial do juiz no inquérito policial, como, por exemplo, a requisição judicial de instauração (art. 5º, II) e de diligências (art. 13, II), a decisão sobre o arquivamento (arts. 18 e 28), a remessa dos autos pela polícia ao juiz sem denúncia (arts. 10, § 1º, 19 e 23), a dilação de prazo (art. 10, § 3º) etc. Aos poucos, todavia, mas ainda com forte oposição corporativa, esses anacronismos vêm sendo superados.

Por exemplo, declaradamente inspirada no sistema acusatório, conforme expresso em seus *consideranda*, a Resolução n. 63/2009 do Conselho da Justiça Federal (CJF) adotou o trâmite direto dos inquéritos policiais entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, determinando a intervenção do juiz apenas quando for obrigatória, para cuidar das medidas cautelares ou assecuratórias restritivas de direitos fundamentais. A remessa do inquérito policial ao juiz, seja relatado, seja com solicitação de dilação de prazo, tal qual ainda constante do texto do CPP (art. 10, §§ 1º e 3º), além de incoerente com o sistema acusatório e, portanto, inconstitucional, é um completo despropósito.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem reiteradamente admitido normas idênticas de diversas justiças estaduais, a partir do precedente do Procedimento de Controle Administrativo n. 599/2007.<sup>13</sup>

---

13 “EMENTA. TERMO DE AJUSTE SOBRE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DE INVESTIGAÇÃO REALIZADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. SUPRESSÃO DA ATIVIDADE JUDICIAL NA FASE ADMINISTRATIVA DO INQUÉRITO. PRINCÍPIOS DA CELERIDADE, EFICIÊNCIA E INTERESSE GERAL. O termo de ajuste firmado pelo Tribunal de Justiça e Ministério Público do

Ainda é preciso discutir mais abertamente a inconstitucionalidade dos dispositivos do CPP que violam o sistema acusatório, para avançarmos na sua instalação integral e definitiva, com a completa separação das funções de juízes e procuradores. Nesse sentido, as Diretrizes sobre o Papel dos Membros do Ministério Público, estipuladas no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção ao Crime e Tratamento de Infratores, Havana, 1990, dispõem o seguinte:

#### Papel nos procedimentos criminais

10. O gabinete de promotores deve ser absolutamente separado das funções judiciais.

11. Os promotores devem desempenhar um papel ativo em procedimentos criminais, incluindo a instituição de processos e, quando autorizado por lei ou consistente com a prática local, na investigação de crime, supervisão sobre a legalidade dessas investigações, supervisão da execução de decisões da corte e o exercício de outras funções como representantes do interesse público.

---

Estado do Paraná norteou-se no sentido de prevalência da garantia ao interesse da defesa social, permanecendo íntegra a atividade de controle dos inquéritos policiais e sublimando a prestação jurisdicional na fase processual, que ocorre no momento do recebimento da denúncia encaminhada pelo Ministério Público. Essa postura robustece a atuação de ambos na medida em que valoriza, de modo legítimo, a ampla atuação do titular da ação penal sobre a investigação criminal, remanescendo ao Poder Judiciário a sua verdadeira competência. O exame da realidade brasileira evidencia que a atividade jurisdicional, notadamente, na fase administrativa do inquérito, afigura-se como mero procedimento, burocrático e totalmente dispensável, sendo sua permanência incompatível com os princípios da celeridade, eficiência e interesse geral, tão caros aos jurisdicionados.” (CNJ. Procedimento de Controle Administrativo n. 599. Relator: Altino Pedrozo dos Santos. 45ª Sessão Ordinária, 14 ago. 2007.)

12. Os promotores devem, de acordo com a lei, realizar seus deveres de maneira justa, consistente e diligente, e respeitar e proteger a dignidade humana, garantir os direitos humanos, assim contribuindo para assegurar o devido processo legal e o funcionamento estável do sistema de justiça criminal. (...) <sup>14</sup>

Mais do que prerrogativa institucional do Ministério Público, trata-se de verdadeira garantia do investigado de que terá seu caso julgado por um juiz isento e somente verá o exercício de seus direitos fundamentais relativizados com a observância do devido processo legal, o que inclui a legitimidade do órgão acusador (*nullum iudicium sine accusatione*). Somente haverá decretação de medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais quando ocorrer a concordância de ambos os agentes políticos, juiz e procurador, evitando-se o arbítrio individual. Isto é, sem o pedido do Estado-Acusador ou sem a autorização do Estado-Juiz, restarão intocados os direitos individuais.

Além disso, as normas anteriores à Carta de 1988 que se referem a representações policiais diretamente ao Judiciário evidentemente não foram recepcionadas pela vigente ordem constitucional. Qualquer interpretação das normas posteriores no sentido de autorizar tal iniciativa, pelas mesmas razões, é um desacato à Constituição. Justificava-se politicamente, nos regimes constitucionais anteriores, certa flexibilização do sistema acusatório, permitindo-se representações policiais por medidas judiciais de ofício, porquanto o Ministério Público não estava organizado como hoje, com a atual independência (esteve vinculado ora ao Executivo, ora ao Judiciário) e interiorização. Tratava-se de um período de subdesenvolvimento de nosso processo penal. Em alguns procedimentos, como o do

---

14 Brasil, 2009, p. 338.

extinto rito *judicialiforme* e o das contravenções (arts. 26<sup>15</sup>, 531<sup>16</sup> e 533<sup>17</sup> do CPP), a autoridade policial iniciava ação penal por portaria e o juiz decretava medidas cautelares de ofício na fase pré-processual. Se a polícia podia instaurar ação penal, *ex propria auctoritate*, precisava também promover as respectivas cautelares. Nesse contexto, fazia sentido a permissão legislativa para representações policiais em juízo. Hoje, porém, é indefensável que tais dispositivos estejam albergados pela Constituição de 1988.

Nesse sentido, critica Fonseca (2009):

O pacto republicano brasileiro não acolheu a figura do juiz inquisidor e a disposição do aludido art. 156, I, do CPP leva ao perigoso terreno da atuação judicial investigatória, subvertendo-se, assim, o sentido de um processo penal de matriz acusatória.

Além do mais, torna-se inaceitável, *data venia*, a ideia de que a atuação do Ministério Público, da Polícia e/ou do ofendido, na fase investigativa, é insuficiente, para o combate à criminalidade, legitimando, a partir daí, a visão do Juiz inquisidor. No Estado Democrático de Direito, cada órgão tem sua função, segundo o ordenamento jurídico em vigor, não se justificando, pois, a invasão “justiceira” de outra instituição.

---

15 “Art. 26. A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial.” (Não recepcionado.)

16 “Art. 531. O processo das contravenções terá forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público.” (Revogado.)

17 “Art. 533. Na portaria que der início ao processo, a autoridade policial ou o juiz ordenará a citação do réu para se ver processar até julgamento final, e designará dia e hora para a inquirição das testemunhas, cujo número não excederá de três.” (Revogado.)

A propósito, em situação análoga, referente à previsão da Lei 9.034/1995, que permitia ao juiz penal realizar pessoalmente diligências de colheita de dados sigilosos, em qualquer fase da persecução, o colendo Supremo Tribunal Federal proclamou a inconstitucionalidade de tal disposição, por ofensa aos princípios da imparcialidade judicial e do devido processo legal. (Grifos nossos.)

Exemplo manifesto de influência desse ranço inquisitorial ainda na redação de leis reformadoras do CPP é a redação do art. 282, § 2º, deste, incluído pela Lei n. 12.403/2011: “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”. Esse texto tem sido interpretado no sentido de que a representação policial consistiria em alternativa ao requerimento do titular da ação. Todavia, interpretando-se a lei processual penal à luz da Constituição de 1988 – e não o contrário! –, é vedado ao juiz decretar medidas cautelares de ofício, de modo que somente é lícito interpretar que a representação por cautelares deve ser dirigida diretamente ao Ministério Público, que detém legitimidade exclusiva para requerê-las em juízo, após verificar sua necessidade, conveniência e utilidade para a futura ação penal.

Nesse sentido é o Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal editado pelo CNJ, *in verbis*:

#### 1.2.1.1 Requerimento de medidas constritivas ou acautelatórias

Rotina: a) a Polícia faz a representação e encaminha diretamente os autos ao Ministério Público para ciência e manifestação; b) após manifestação, o Ministério Público encaminha os autos ao Poder Judiciário para deliberação; (...)

Não há hipótese de apreciação judicial de representação policial não encampada pelo titular da ação penal. Não se trata, no entanto, a representação policial de atribuição banal ou irrelevante. Constitui iniciativa de suma importância, porquanto é a polícia que toca rotineiramente o inquérito e tem contato com as provas nele colhidas antes mesmo do Ministério Público, o qual recebe os autos, ordinariamente, apenas quando esgotado o prazo para conclusão das diligências. Nesse ínterim, a coleta dos elementos de convicção pode passar a justificar, desde logo, o pedido de cautelares. A representação policial tem a função especial de provocar o Ministério Público – que, de outro modo, não teria conhecimento tempestivo da situação da investigação policial – a formular o pedido em juízo, caso esteja de acordo com as razões.

A praxe de receber representações policiais em juízo e abrir vista para o “parecer” do Ministério Público decorre de uma grave confusão sobre seus papéis de *parte e fiscal da lei*. Além do mais, ocupa desnecessariamente o Judiciário, destacadamente no caso não raro de o Ministério Público entender que a medida é descabida, prematura ou inoportuna, deixando de requerê-la. Ou, ainda, na hipótese de, concedida a medida à revelia do Ministério Público, este interpor recurso ou sucedâneo *pro reo* ou abster-se de aproveitá-la, por reputá-la ilegal, ilegítima ou inútil à ação. Tal procedimento tem ainda o efeito negativo de distanciar polícia e Ministério Público, com a interposição do Poder Judiciário na discussão entre os órgãos de investigação sobre a conveniência da produção da prova ou da decretação da medida.

## 5. CONCLUSÃO

Embora persista a necessidade de modernizar nossa legislação processual penal para torná-la plenamente compatível com a Constituição de 1988, eliminando não só os dispositivos conflitantes com a reserva de jurisdição mas também aqueles que violam o sistema acusatório, não é na lei que se encontram os entraves mais significativos à implementação deste.

O controle judicial sobre a incompatibilidade com o texto da Constituição de 1988 de normas processuais penais então vigentes funcionou prontamente em relação àquelas normas que permitiam a outras autoridades promover diretamente atos que passaram a ser privativos de juízes. No entanto, não se verificou a mesma prontidão no controle dos textos normativos inconciliáveis com o sistema acusatório. Nota-se, todavia, uma sequência de avanços significativos na direção do sistema acusatório, nos planos normativo e jurisprudencial, ainda que com retrocessos esporádicos em menor grau. Esses progressos, embora tímidos e lentos, registram a tendência de ajuste das práticas ao modelo de persecução penal adotado pela Constituição.

O permanente debate científico sobre o sistema acusatório e sua problematização constante na lide forense são as ferramentas mais eficazes para a transformação da cultura arraigada ao modelo anterior, por parte (como foi destacado neste trabalho) de policiais e juízes, bem como de membros do Ministério Público, os mais diretamente impactados com essa evolução.

**REFERÊNCIAS**

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ASMUS, Torben. A justiça penal e a investigação penal na Alemanha. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coords.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ASSIS, Alexandre Camanho. O Ministério Público e o controle externo. In: SALGADO, Daniel de Resende; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique (Coords.). *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Salvador: JusPodivm, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 2-5. Apud: DIANA, Roberto Antônio Dassiê. O controle constitucional pelo Ministério Público e o controle externo da atividade policial: fundamentos e natureza jurídica, necessidade, objetivo, extensão, exercício e cláusulas pétreas. In: SALGADO, Daniel de Resende; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique (Coords.). *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Salvador: JusPodivm, 2013.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. *Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal*. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009.

CALABRICH, Bruno. Pequenos mitos sobre a investigação criminal

no Brasil. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral*. São Paulo: Atlas, 2015.

ESPAÑA. Ministerio Fiscal. Actuación en el Orden Penal. *Website do Ministerio Fiscal*. Disponível em: <[https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/el\\_ministerio\\_fiscal/funciones\\_ministerio\\_fiscal/actuacion\\_orden\\_penal/](https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/el_ministerio_fiscal/funciones_ministerio_fiscal/actuacion_orden_penal/)>. Acesso em: 29 jul. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FONSECA, Reynado Soares da. Atuação jurisdicional, de ofício, na fase pré-processual e seus reflexos na administração da justiça criminal. *Revista Online do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário*, 19 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=103>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

GALIANO, Leonardo de Faria. Uma leitura constitucional das representações policiais. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Capacitar: VII Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Procuradores da República*. Brasília: ESMPU, 2011.

GOLDFINGER, Fábio Ianni. *O papel do Ministério Público nas investigações criminais no mundo moderno*. Campo Grande: Contemplar, 2012.

HOLANDA. Openbaar Ministerie. *The Public Prosecution Service at a Glance*. Disponível em: <<https://www.om.nl/algemeen/english/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

MEDVID, Admar Júlio. *Sistema policial brasileiro*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2000. Disponível em: <[http://www.historia.ufpr.br/monografias/2000/admar\\_julio\\_medvid.pdf](http://www.historia.ufpr.br/monografias/2000/admar_julio_medvid.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOUHANNA, Christian. As relações entre o Ministério Público e a polícia na França: uma parceria ameaçada? *Revista do CNMP*, Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PERRON, Walter; LÓPEZ-BARAJAS, Inmaculada. O Ministério Público como diretor da investigação no processo penal alemão. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coords.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ROLIM, Luciano. O regime brasileiro de controle da atividade policial no quadro do direito comparado. In: SALGADO, Daniel de Resende; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique (Coords.). *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Salvador: JusPodivm, 2013.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. Bauru: Edipro, 2007.

SARAIVA, Wellington Cabral. Indiciamento: ato irrelevante. *Blog do Wellington Saraiva*. Disponível em: <<http://wsaraiva.com/2013/05/30/indiciamento-ato-irrelevante/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

SOUSA, António Francisco de. *A polícia no Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SZILARD, Andrea Henriques. Ministério Público português. In: CALABRICH, Bruno (Org.). *Modelos de Ministérios Públicos e Defensorias del Pueblo*. Brasília: ESMPU, 2015. v. 2.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

TENÓRIO, Rodrigo Antonio. *A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial: estudo dos sistemas brasileiro, americano e italiano*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 22-24.

UNIÃO EUROPEIA. European Justice. Profissões jurídicas – Suécia. *Website European Justice*. Disponível em: <[https://e-justice.europa.eu/content\\_legal\\_professions-29-se-pt.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_legal_professions-29-se-pt.do?member=1)>. Acesso em: 29 jul. 2018.

VOGLIOTTI, Massimo. Ainda nuvens sobre o Ministério Público italiano: de magistrado independente a advogado da polícia? *Revista do CNMP*, Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 2011.

# O MANEJO DE HIPÓTESES INVESTIGATIVAS NO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

*Gustavo Torres Soares\**

## RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a formulação e a experimentação de hipóteses investigativas no âmbito do direito processual penal brasileiro. Por força do dever de imparcialidade objetiva, decorrente do princípio constitucional do devido processo legal, conclui-se que o sistema acusatório estruturado pela Constituição da República Brasileira de 1988 tende a obstar a que o juiz-presidente de causa penal, sem legítima provocação, formule ou teste hipóteses sobre a reconstrução dos fatos ali discutidos.

**Palavras-chave:** Direito processual penal. Sistema acusatório brasileiro. Investigação criminal. Hipóteses investigativas. Imparcialidade objetiva do julgador.

---

\* Procurador da República, mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP), com estágio doutoral no Instituto Max Planck de Direito Criminal, em Freiburg im Breisgau, na Alemanha.

## ABSTRACT

This work intends to analyze the mental formulation and practical experimentation of investigative hypotheses within the scope of Brazilian Criminal Procedural Law. Due to the duty of objective impartiality arising from the constitutional principle of due process of law, it is concluded that the “accusatory” system structured by the Brazilian Constitution of 1988 tends to prevent the presiding judge of a criminal case, without legitimate provocation, from formulating or check up on hypotheses about the reconstruction of the relevant facts discussed there.

**Keywords:** Brazilian Criminal Procedure Law. Brazilian adversarial system (“accusatory”). Criminal investigation hypotheses. Judicial objective impartiality.

## 1. INTRODUÇÃO

A reconstrução argumentativa – sempre aproximativa, nunca integral – de fato pretérito com suposta relevância penal se inicia com a interna formulação, pelo interessado, de hipótese sobre o ocorrido. Em seguida é externalizada, de forma dinâmica, pela busca de dados objetivos referentes ao suposto fato penalmente relevante sob reconstrução, chamados “elementos penais informativos”, até que se chegue a uma conclusão considerada satisfatória (ou à assumida perplexidade). Somente aí é possível formar a *opinio delicti* (positiva ou negativa; ministerial, privada ou defensiva<sup>1</sup>).

*Em sentido estrito*, elemento penal informativo (aqui também chamado de “mero elemento de informação” ou “elemento investigativo”) é o dado objetivo colhido sem regular contraditório judicial, geralmente (mas nem sempre) em fase pré-processual

penal, relativo ao suposto fato penalmente relevante sob reconstrução e passível de ser mais tarde reproduzido em fase e modo processualmente próprios (p.e., a afirmação de suposta vítima ou testemunha perante autoridade policial presidente do inquérito correlato; ou a declaração verbal, contra ou a favor do imputado, ocorrida paralelamente ao curso de processo penal). Ainda em fase pré-processual, pode-se vislumbrar no mero elemento de informação um elemento de prova *pós-constituível*, ou seja, um *potencial* elemento de prova. *Em sentido amplo*, elemento penal informativo (ou de informação) é expressão que contempla os elementos informativos em sentido estrito (ou meros elementos de informação) e os elementos de prova (pré ou pós-constituídos) – nesse sentido, “elemento de prova” pode ser entendido como elemento informativo qualificado (jurídica e epistemologicamente), por ter sido colhido sob regular contraditório judicial ou, quando ausente este, justificado por situações de irrepetibilidade, cautelaridade ou legítima antecipação, conforme a ressalva feita no *caput* do art. 155 de nosso Código de Processo Penal (CPP).

Como ilustração: uma vez descoberta a retirada de grande quantidade de dinheiro do cofre-forte de um banco (ou o desvio pecuniário na conta bancária de um município), o responsável pela apuração do fato deverá colher o máximo de informações inicialmente disponíveis e formular uma hipótese (p.e., a máscara encontrada à saída do cofre-forte talvez pertença ao responsável pela subtração; quem desviou o dinheiro municipal possivelmente tinha regular acesso à respectiva senha bancária). Com base nessa hipótese, buscam-se novos dados objetivos que possam confirmá-la ou negá-la (p.e., os cabelos encontrados na referida máscara são encaminhados para exame de identificação genética; funcionários municipais são ouvidos, para que se saiba quem tinha acesso à respectiva senha bancária). Os novos dados objetivos eventualmente

obtidos geram novas hipóteses, que, submetidas a novo teste, possibilitam a obtenção de ainda mais novos dados objetivos.

Tal sequência (hipótese, teste, dado, nova hipótese, novo teste, novo dado), ao mesmo tempo que impulsiona a reconstrução argumentativa dos fatos até a formação da *opinio delicti*, frequentemente revela *fontes de prova*, as quais, caso seja oferecida denúncia criminal, poderão ser exploradas sob contraditório judicial (p.e., os cabelos encontrados na referida máscara são fonte real de prova quanto à presença da pessoa “X” no contexto da imaginada subtração; o funcionário municipal “Y”, ouvido unilateralmente durante a investigação, demonstra-se fonte pessoal de prova sobre quem tinha acesso à mencionada senha bancária).

Excepcionalmente, a sequência “hipótese, teste, dado, nova hipótese, novo teste, novo dado” permite a coleta ou indicação de elementos de *prova*, justificados por situações de irrepetibilidade, cautelaridade ou legítima antecipação, como previsto no art. 155 do CPP (o laboratório onde foi realizado o exame de identificação genética nos cabelos encontrados na referida máscara, e onde estes estavam custodiados, é misteriosamente incendiado, tornando irrepetível a perícia já feita; o funcionário municipal “Y”, ouvido unilateralmente durante a investigação, é acometido por doença agressiva, tornando-se urgente seu depoimento cautelar em juízo, antes mesmo da abertura da instrução probatória). O caso mais comum e incontroverso dessa coleta de elementos de *prova* pré-constituídos é a obtenção de *documentos* relevantes (os quais *são* fontes de prova e *contêm* elementos probatórios antecipadamente constituídos).

Com vistas à teoria geral da prova<sup>2</sup>, pode-se chamar “ato de investigação criminal” a procura por elementos informativos em sentido amplo (frequentemente indicadores de fontes de prova e, excepcionalmente, reveladores de elementos probatórios cautelares, irrepetíveis ou antecipados, ou reforçadores das provas convergentes),

referentes a supostos fatos relevantes para a instrução em processo já existente ou para a preparação de feito cogitado para o futuro, procura essa decorrente de uma ou mais hipóteses livremente formuladas sobre a matéria em apuração e viabilizada pelo emprego dos devidos meios e procedimentos técnico-jurídicos<sup>3</sup>.

Desses quatro elementos conceituais do ato de investigação criminal (*procura, fatos, hipóteses e meios*), o mais polêmico, nos debates contemporâneos sobre sistema penal acusatório, é o terceiro, motivo pelo qual foi escolhido para tematizar este artigo.

## 2. HIPÓTESES INVESTIGATIVAS NO ÂMBITO JURÍDICO-CRIMINAL

Investigar é formular e testar hipóteses sobre algo que não se pode, em princípio, tomar como certo<sup>4</sup> – e, por outro lado, julgar é escolher entre proposições concorrentes e inicialmente equidistantes<sup>5</sup>.

Um cidadão desinteressado, ao sair cedo de casa, encontra cadáver ensanguentado em pleno passeio público. Pelas circunstâncias, supõe tratar-se de vítima de crime e, por isso, reporta o caso à polícia. Agentes e peritos policiais designados para tanto vão ao local e descobrem várias marcas de faca no cadáver, em cujos bolsos se encontra grande quantidade de dinheiro intocada. Formulam duas hipóteses complementares: aparentemente se trata de crime contra a vida, e provavelmente o agressor conhecia a vítima e com ela tinha grande inimizade. Com isso, uma vez instaurado inquérito policial, encaminha-se o cadáver para exame necroscópico e busca-se descobrir o máximo de informações sobre a suposta vítima – quem era, com o que trabalhava, com quem se relacionava, inimizades etc. A primeira hipótese é confirmada pelo exame necroscópico: a morte decorreu de instrumento perfurocortante. Mediante pesquisas inspiradas pela segunda hipótese, descobre-se que o falecido

vinha passando por turbulentas discussões com o ex-sócio, o qual o acusava de lhe ter aplicado golpe financeiro. Formula-se nova hipótese: talvez esse ex-sócio tenha sido responsável pela morte. Concentram-se, então, as atenções nele. E assim se desenrola a investigação pré-processual penal: formulam-se hipóteses, que são testadas e, conforme o resultado, dão ensejo a novos dados e novas hipóteses, até que se chegue a conclusões – ou se afirme a perplexidade – sobre fato aparentemente típico, ilícito, culpável e punível, de modo a se orientar a formação da *opinio delicti* (positiva ou negativa).

Ao contrário do que se pode apressadamente pensar, no curso do processo também ocorrem atos de investigação<sup>6</sup>. Imagine-se que, em processo penal decorrente de denúncia por lesão corporal grave, a testemunha “X” faça inédita referência à pessoa “Y”, a qual lhe teria dito que ouvira a vítima dizer, na véspera da briga entre esta e o acusado, que desejava ofendê-lo agressivamente quando o encontrasse. A defesa formula a hipótese: talvez a testemunha referida “Y” corrobore em juízo o que lhe foi atribuído pela testemunha “X”, de modo a ser reforçada a tese defensiva de legítima defesa. E propõe em juízo, nos termos do art. 402 do CPP, a exploração daquela nova fonte probatória. Há, também nesse exemplo (e subjacente em toda proposição probatória), a formulação e o teste de hipótese.

Apesar da polêmica disposição do art. 616 do CPP<sup>7</sup>, na fase recursal não se costuma verificar ato de investigação: as hipóteses fáticas do caso penal já devem ter sido buscadas, propostas, admitidas, exploradas e valoradas perante o juízo *a quo*. O mais próximo que tal fase deve chegar da conduta investigativa é a discussão sobre o deferimento ou indeferimento, pelo órgão recorrido, de proposição probatória (na qual, como já dito, subjaz hipótese formulada pelo interessado) ou a excepcional situação de a defesa<sup>8</sup> continuar a buscar novas fontes após ter recorrido de sentença penal

condenatória, com o fim de requerer novas diligências probatórias, nos termos da parte final do art. 616 do CPP.

### 3. HIPÓTESES INVESTIGATIVAS E PODERES “INSTRUTÓRIOS” DO JUIZ CRIMINAL

A formulação e o teste das hipóteses investigativas são tão mais epistemologicamente rigorosas quanto maior for o estado inicial de ignorância sobre o tema investigado<sup>9</sup>.

É também por isso que o princípio do *devido*<sup>10</sup> processo legal é muito mais tolerante com que os órgãos de persecução (ou de defesa) penal iniciem, instruem e concluam suas investigações criminais pré-processuais (as quais podem dar ensejo, na mais grave das hipóteses, a uma acusação) e muito menos permeável a tal concentração de papéis na iniciativa, instrução e decisão dos processos penais (que podem ensejar condenações). A investigação criminal pré-processual pode e deve ser iniciada, desenvolvida e concluída, por exemplo, pela mesma autoridade policial. Já o processo penal deve ser iniciado mediante provocação de pessoa ou instituição diversa de quem o julgará<sup>11</sup>.

Tema dos mais polêmicos é o da constitucionalidade, em relação ao princípio acusatório, do que a doutrina majoritariamente denomina poderes “instrutórios” do juiz criminal<sup>12</sup>.

Grinover (1999, p. 71-79) e Zilli (2012, p. 149-171) admitem que o juiz criminal exercite iniciativa instrutória (aqui denominada “investigativa”), ou seja, traga potenciais fontes de prova para os autos, sem provocação dos legítimos interessados, desde que já instaurado o processo penal e respeitados o contraditório, o dever de motivação judicial e o caráter subsidiário-complementar de tal iniciativa.

No presente artigo, sustenta-se conceito restritivo de tais poderes.

Lopes Jr. (2009, p. 132/526-528) distingue poderes *investigatórios* (mediante *atos de investigação*) de *instrutórios* (mediante *atos de prova*), com base em critério eminentemente temporal: os poderes investigatórios (e os atos de investigação) seriam *pré-processuais*, enquanto os instrutórios (e os atos de prova) seriam *processuais*. Essa distinção talvez decorra do protagonismo, na realidade brasileira, da investigação *policial* (que geralmente ocorre antes do processo penal cognitivo-condenatório), e é aparentemente sugerida nos dois incisos do art. 156 do CPP brasileiro. Ademais, teria a vantagem jurídico-garantista de expor a manifesta inconstitucionalidade de o órgão judiciário determinar, de ofício, medidas probatórias anteriores ao ajuizamento de demanda penal cognitivo-condenatória, em clara afronta à imparcialidade judicial objetiva, imposta pelo princípio do *devido* processo legal (CF, art. 5º, LIV).

Todavia, a investigação policial é apenas *uma* das modalidades do gênero investigação – não se discute, por exemplo, que a *defesa* possa, embora sem a coerção típica dos órgãos estatais, buscar fontes de prova que lhe sejam favoráveis, antes, durante ou após a instauração de processo penal cognitivo-condenatório. E mesmo a investigação *policial* pode ocorrer após a instauração de processo penal condenatório já instaurado – imagine-se que, após o oferecimento de denúncia criminal em face de “X”, a polícia investigativa receba notícia de fontes de prova passíveis de modificar completamente o panorama informativo que orientara a *opinio delicti*; certamente o órgão policial deverá buscar tais novas fontes probatórias e, se as encontrar, disso cientificar todos os interessados, em pleno curso processual ou, tratando-se de provas favoráveis à defesa, até mesmo após o trânsito em julgado de eventual condenação.

A distinção (poderes *investigatórios*, mediante *atos de investigação*; e poderes *instrutórios*, mediante *atos de prova*), embora aparentemente sugerida nos dois incisos do art. 156 do CPP brasileiro, não resiste à

constatação de haver atos investigatórios após instaurado o processo penal (as partes interessadas podem buscar novas fontes de prova durante o curso processual) e de haver atos de prova anteriores à instauração do processo penal (é o caso, já apontado acima, das provas penais pré-constituídas, referidas no art. 155 do CPP)<sup>13</sup>.

Sobre a vantagem jurídico-garantista de, com a contraposição investigação/pré-processual *versus* instrução/processual, ser exposta a manifesta inconstitucionalidade na determinação judicial, *ex officio*, de medidas probatórias anteriores ao ajuizamento de demanda penal cognitivo-condenatória, será demonstrado logo a seguir que tal crítica também pode ser veiculada por distinção que não padeça das falhas teóricas recém-apontadas.

Poder-se-ia passar ao largo da polêmica sobre a busca judicial *ex officio* de fontes e excepcionais elementos de prova (CPP, arts. 156, 404 e 616), bastando aqui dizer que os atos de investigação ocorreriam *extraprocessualmente* e os atos de instrução ocorreriam *intraprocessualmente*. Entretanto, além do mencionado óbice de existirem atos excepcionais de instrução penal fora do correspondente processo de conhecimento<sup>14</sup>, tal discrimen adota parâmetro demarcatório pobre: tratando-se de tema central da cognição judiciária, demonstra-se mais promissor o estabelecimento de critério diferenciador estritamente epistemológico.

Nesse contexto, quanto aos atos intraprocessuais, prefere-se distinguir, para os fins do presente trabalho, *investigação* e *instrução* a partir das ideias de *proposição* e *deliberação* sobre fontes (e, excepcionalmente, elementos pré-constituídos) de prova<sup>15</sup>. Os atos de *investigação* – antes, durante ou depois do processo penal cognitivo-condenatório – são típicos da polícia investigativa e das partes legitimamente interessadas<sup>16</sup> e também dizem respeito à *proposição* de fontes – e, excepcionalmente, elementos pré-constituídos – de prova, a serem após explorados sob contraditório judicial (pleno, no caso

das fontes, mitigado quanto aos elementos pré-constituídos). Os atos de *instrução* processual são exclusivos do órgão judicial que preside o feito e se referem às *decisões* sobre a admissibilidade e produção (também chamada “assunção”) de prova requerida por parte legítima<sup>17</sup>.

Conforme a lição de Dinamarco (2003, p. 34/43)<sup>18</sup>, a *instrução* é a *preparação cognitiva* do provimento jurisdicional, destinada prioritariamente ao órgão judicial – rigorosamente, é ele o *instruído* sobre a credibilidade das alegações fáticas das partes. Gomes Filho (2008, p. 249) ressalta a diferença entre o *livre convencimento* (assegurado ao juiz, na valoração das provas) e a *liberdade de prova* (assegurada prioritariamente às partes, durante a investigação e a instrução processual): “livre convencimento não significa a possibilidade de utilização, pelo juiz, de outras fontes de conhecimento, nem autoriza a busca da verdade a todo preço e custo”.

Com efeito, a exigência de imparcialidade judicial objetiva, imposta pelo princípio do *devido* processo legal (CF, art. 5º, LIV), determina a predominância das partes – especialmente da acusação – na formação do convencimento judicial<sup>19</sup>.

Por isso, devem ser consideradas “atos instrutórios judiciais” apenas as *decisões* sobre a admissibilidade e produção (também chamada “assunção”) de prova requerida por parte legítima, deixando toda *proposição* probatória (inclusive a formulada *ex officio* pelo órgão judicial presidente da causa) no âmbito dos atos de *investigação* – até mesmo para se evidenciarem eventuais traços de inquisitorialidade<sup>20</sup>.

Pelos pressupostos aqui lançados, quando a maior parte da doutrina polemiza sobre os poderes *instrutórios* do juiz, não se está discutindo o poder decisório sobre provas requeridas, mas se está invariavelmente perguntando sobre poderes *investigatórios* do órgão judicial que preside e julgará o feito: poderia este trazer fontes de prova para o processo sem ter sido provocado pelas

partes? Pela literalidade dos recém-reformados arts. 156 e 404 do CPP, sim. E a resposta é do mesmo modo afirmativa, conforme a interpretação que se faça do – ainda não reformado – art. 616 do CPP. Para os autores que repelem radicalmente os poderes “instrutórios” do juiz criminal<sup>21</sup>, o problema está exatamente na vedação à livre formulação, pelo órgão judicial, de hipóteses sobre a reconstrução dos fatos ali disputados.

#### 4. LIMITAÇÕES DO SISTEMA ACUSATÓRIO AO MANEJO JUDICIAL DE HIPÓTESES INVESTIGATIVAS

Como há muito ensinado por Cordero (1986, p. 51), apoiado em estudiosos de epistemologia judiciária, a formulação de hipóteses fáticas tende a comprometer a imparcialidade de seu formulador, que passa a, em maior ou menor grau, nelas crer e desejar que sejam demonstradas pelos correspondentes testes. Isso já seria problemático quanto a fatos empiricamente renováveis (por exemplo, o efeito da aceleração nos corpos). Quanto a fatos não empiricamente renováveis, como os discutidos em processos judiciais, isso compromete a imparcialidade judicial. Nos processos penais, nos quais a carga pejorativa imposta pela condição de demandado é incomparavelmente maior que nos processos civis<sup>22</sup>, tal comprometimento, *especialmente se for contra o acusado*, é inadmissível violação ao *devido* processo legal.

Pela dicção literal dos recém-reformados arts. 156 e 404 do CPP, o juiz criminal poderia, de ofício, determinar a realização de diligência probatória que considere relevante (art. 156) ou, no caso de realização após a audiência de instrução, imprescindível (art. 404). E, conforme a interpretação que se faça do – ainda não reformado – art. 616 do CPP, no julgamento das apelações,

o órgão recursal poderia, de ofício, “proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências”.

Ora, para que um processo penal seja considerado constitucionalmente *devido*, a distribuição do ônus probatório penal deve pender fortemente para a necessidade de a acusação, caso mantenha o pleito condenatório, levar o órgão judicial ao convencimento acima de qualquer dúvida razoável quanto à tese acusatória. À defesa, se couber algum ônus ou interesse probatório, competirá gerar dúvida razoável quanto à tese acusatória (BADARÓ, 2003, p. 194-241). Por isso, em todos os casos em que determinada diligência fosse imprescindível para a demonstração da tese acusatória, a parte acusadora deveria requerê-la. Se não o fizesse, e o órgão judicial ainda a entendesse imprescindível, isso necessariamente significaria que a acusação não teria levado o órgão judicial ao suficiente grau de convencimento quanto à tese acusatória. Ao julgador só caberia absolver o denunciado; pois, repita-se, não lhe deve ser dada a possibilidade de, sem qualquer provocação da parte legítima, formular e testar hipóteses acusatórias, sob pena de se aumentar o risco de condenações penais injustas (LOPES JR., 2009, p. 562-564).

A principal problematização dessa ideia adviria de um contexto em que determinada fonte probatória já explorada sob contraditório (documento, perito, testemunha, vítima etc.) “provocasse” o órgão judicial sobre a necessidade de explorar outra fonte de prova.

Imaginem-se dois exemplos, um de provocação aparentemente favorável à tese acusatória e outro à tese defensiva. Primeiro: determinado documento faz referência a número telefônico que, uma vez trazidos aos autos os respectivos registros de ligação, poderá vincular o acusado “X” ao acusado “Y”, os quais negam conhecimento mútuo. Segundo: em processo decorrente de acusação de latrocínio, a testemunha “Z” faz inédita referência à pessoa “W”, amante do acusado, a qual lhe teria dito que estivera com

o acusado no dia e hora dos fatos, em local muito distante do narrado na denúncia (o acusado, até então, omitira tal álibi para não revelar sua infidelidade conjugal). A pergunta que decorre de ambos os exemplos é idêntica: a partir do momento em que a existência e o aparente conteúdo informativo da fonte probatória já estão no processo, poderia o órgão judicial, sem provocação das partes legítimas, determinar sua exploração?

No primeiro exemplo, os valores em jogo são desiguais: a preservação da imparcialidade objetiva do órgão judicial deve ser sobreposta à pretensão punitiva. Por isso, o enfrentamento do primeiro exemplo (fonte de prova aparentemente favorável à tese acusatória) é mais fácil: o julgador não pode elucubrar livremente sobre quais fontes probatórias serviriam à tese acusatória. Ou a acusação requer as diligências que lhe pareçam favoráveis, ou tais diligências não devem ser realizadas.

No segundo exemplo (fonte de prova aparentemente favorável à tese defensiva), os valores em jogo são igualmente importantes: a preservação da imparcialidade do órgão judicial tem estatura igual à da proteção do acusado contra acusações injustas. Nesse caso, se o juiz se sente “provocado” por fonte probatória aparentemente favorável à tese defensiva, mas o devido órgão de defesa até o último momento se mantém silente quanto à exploração de tal fonte (talvez porque o imputado prefira eventual condenação penal a ver revelados detalhes de sua infidelidade conjugal), a melhor solução seria o lançamento, na fase do art. 404 do CPP, de decisão judicial fundamentada que determine tal produção probatória, diante da omissão defensiva e da aparente utilidade em favor do acusado. Essa – excepcional – decisão se constituiria em assumida relativização da imparcialidade judicial em favor da proteção do acusado contra acusações injustas e sujeita ao efeito colateral – legítimo – de a fonte *aparentemente* favorável à tese defensiva se

revelar contrária aos interesses do acusado (daí a necessidade de fundamentação, para que não sejam camufladas iniciativas judiciais desde o início manifestamente contrárias à defesa).

Nessa esteira, a autorização do art. 616 do CPP para o órgão recursal “proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências” só poderá ocorrer quando tais atos probatórios aparentemente favorecerem a defesa. Determinar tais diligências já em âmbito recursal mediante requerimento exclusivo da acusação seria premiar a ineficiência desta durante a instrução processual<sup>23</sup> e, ao mesmo tempo, prejudicar irrazoavelmente o direito do imputado ao duplo grau de jurisdição. Determiná-las *ex officio* sem que haja potencial benefício ao imputado seria, além de incorrer nos dois erros recém-referidos, violar a imparcialidade judicial objetiva em prejuízo do acusado. Também, no caso do art. 616 do CPP, só poderá ocorrer a – excepcional, assumida e fundamentada – relativização da imparcialidade judicial em favor da proteção do acusado contra acusações injustas e igualmente sujeita ao efeito colateral – legítimo – de a fonte *aparentemente* favorável à tese defensiva se revelar contrária aos interesses do acusado (daí, repita-se, a necessidade de fundamentação, para que não sejam camufladas iniciativas judiciais desde o início manifestamente contrárias à defesa).

Não se desconhece a tradição inquisitiva impregnada no vetusto CPP brasileiro. Entretanto, os ventos da mudança constitucional e jurídico-internacional já sopram forte, em nossa doutrina e jurisprudência mais recentes<sup>24</sup>, em favor de postura judicial cada vez mais reativa (e, portanto, menos proativa) no âmbito da instrução processual, ou seja, no que diz respeito à preparação cognitiva daquele que, idealmente, somente *após* a consolidação do quadro probatório deve se posicionar sob concordância, dúvida ou refutação da tese acusatória<sup>25</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

São várias as decorrências normativas de a Constituição da República determinar, no art. 5º, LIV, que o processo legal seja o “devido”. Uma delas é a de que o órgão julgador seja *imparcial*, tanto do ponto de vista *subjetivo* (não seja pessoalmente comprometido com determinada parte) quanto no aspecto *objetivo* (a estrutura de julgamento deve inibir a vinculação precoce do julgador com as proposições fáticas das partes).

Esse dever, constitucionalmente imposto aos juízes, de agirem sob imparcialidade objetiva, é um dos principais parâmetros balizadores do sistema acusatório brasileiro<sup>26</sup>.

Para que tal imposição constitucional seja adequadamente cumprida, é direito fundamental das partes, especialmente do réu em processo penal, que o juiz-presidente do respectivo feito se abstenha de, sem legítima provocação, formular ou testar hipóteses sobre a reconstrução dos fatos ali discutidos.

Vale dizer: no sistema acusatório estabelecido pela Constituição da República de 1988 e desenvolvido pela doutrina e jurisprudência que lhe seguiram, cabe ao juiz criminal, até mesmo do ponto de vista intelectual, postura marcadamente *reativa* às proposições probatórias das partes.

## NOTAS

- 1 Embora tradicionalmente se correlacione a *opinio delicti* à convicção ensejadora do oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o convencimento sobre suposto crime punível pode, do ponto de vista objetivo, ser *positivo* ou *negativo* (conforme se conclua, afirmativa ou negativamente, sobre a existência e a suficiência de inicial fundamento cognitivo quanto a tal fato). E, do ponto de vista subjetivo, a *opinio delicti* pode ser formada pelo Ministério Público

(como já aceito pelo senso comum), por *particular* (no caso da chamada ação penal privada) e, contra a tradição do termo, até mesmo pela *defesa* (afinal, o investigado e sua defesa têm direito a formar convencimento sobre o suposto fato, até mesmo para combaterem constrangimentos ilegais ou se prepararem para eventual processo penal cognitivo-condenatório). Apesar de soarem heterodoxas, são plenamente coerentes com os pressupostos deste trabalho, ao lado da tradicional “*opinio delicti* ministerial e positiva”, as expressões “*opinio delicti* (ministerial) negativa”, “*opinio delicti* particular (positiva ou negativa)” e – a mais inusitada – “*opinio delicti* defensiva (positiva ou negativa)”.

- 2 V. Lopes Jr. (2005, p. 168-179); também, com parciais discordâncias, Rascovski (2012, p. 111-147), Zilli (2012, p. 149-171), Mendroni (2008, p. 89-123), Calabrich (2007, p. 50-83), Bedaque (2001, p. 117-119) e Freire e Silva & Florentino (2009, p. 65-82).
- 3 V. Soares (2016, capítulo 3).
- 4 V. Lopes Jr. (2009, p. 527).
- 5 Abbagnano (1998, p. 591-592, verbete “juízo”) e Japiassu e Marcondes (2001, p. 110-111, verbete “juízo”).
- 6 A expressão “investigação criminal” tem, na cultura jurídica brasileira, dois grandes sentidos: como *ato* e como *fase* (v. SOARES, 2016, capítulo 3). Quando, por exemplo, há referência a diligências, meios e técnicas de investigação ou ao poder de investigação atribuído ou não a pessoa, órgão ou instituição, está-se apontando a prática de *atos* investigativos. Quando se utilizam expressões como “investigação preliminar” ou “elementos colhidos na investigação”, está-se cogitando de *fase* investigativa. A distinção é importante, até porque *ato* de investigação reporta a algo que pode ocorrer antes, depois ou concomitantemente ao processo penal cognitivo-condenatório, dentro e fora deste; e a remissão à *fase* de investigação é correlata a momento pré-processual, *necessariamente anterior* a eventual processo penal cognitivo-condenatório. A análise do *ato* de investigação facilita a compreensão dos meios e técnicas investigativos; o enfoque da *fase* de investigação otimiza a compreensão de sua finalidade e desafios contemporâneos.
- 7 Art. 616 do CPP: “No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.”
- 8 Como se dirá a seguir, a autorização do art. 616 do CPP para o órgão recursal “proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências” só poderá ocorrer quando tais atos probatórios aparentemente favorecerem a defesa. Determinar tais diligências já em âmbito

recursal mediante requerimento exclusivo da acusação seria premiar a ineficiência desta durante a instrução processual e, ao mesmo tempo, prejudicar irrazoavelmente o direito do imputado ao duplo grau de jurisdição. Determiná-las *ex officio* sem que haja potencial benefício ao imputado seria, além de incorrer nos dois erros recém-referidos, violar a imparcialidade judicial objetiva em prejuízo do acusado.

- 9 Wason (1968, p. 273-281), Hamman (2006, p. 292-299), Jones e Kohler (1959, p. 315-320) e Edwards e Smith (1996, p. 5-24).
- 10 São várias as decorrências normativas quando a Constituição da República determina que o processo legal seja o “devido”. Uma delas é a de que o órgão julgador seja *imparcial*, tanto do ponto de vista *subjetivo* (não seja pessoalmente comprometido com determinada parte) quanto no aspecto *objetivo* (a estrutura de julgamento deve inibir a vinculação precoce do julgador com as proposições fáticas das partes). V. Lopes Jr. (2009, p. 131-139), Prado (2006, p. 135-142) e Coutinho (2001, p. 30-34).
- 11 STF. Sessão plenária de 21-5-2014. Voto vencedor do relator, ministro Roberto Barroso, julgando parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104, ajuizada pelo procurador-geral da República contra a Resolução n. 23.396/2013 do Tribunal Superior Eleitoral, que “dispõe sobre a apuração de crimes eleitorais”: “(...) 8. Como se sabe, a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório – e não pelo sistema inquisitorial –, criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil. De forma específica, essa opção encontra-se positivada no art. 129, I – que confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal de iniciativa pública –, e também no inciso VIII, que prevê a competência do *Parquet* para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais. De forma indireta, mas igualmente relevante, a mesma lógica básica poderia ser extraída dos direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. O ponto justifica um comentário adicional. 9. O traço mais marcante do sistema acusatório consiste no estabelecimento de uma separação rígida entre os momentos da acusação e do julgamento. Disso decorrem algumas consequências, sendo duas delas de especial significado constitucional. Em primeiro lugar, ao contrário do que se verifica no sistema inquisitorial, *o juiz deixa de exercer um papel ativo na fase de investigação e de acusação*. Isso preserva a neutralidade do Estado julgador para o eventual julgamento das imputações, *evitando ou atenuando o risco de que se formem pré-compreensões em qualquer sentido*. Uma das projeções mais intuitivas dessa exigência é o princípio da inércia jurisdic-

cional, pelo qual se condiciona a atuação dos magistrados à provocação por um agente externo devidamente legitimado para atuar. 10. Em segundo lugar, o sistema acusatório busca promover a paridade de armas entre acusação e defesa, uma vez que ambos os lados se encontram dissociados e, ao menos idealmente, equidistantes do Estado-Juiz. Nesse contexto, *cabe às partes o ônus de desenvolverem seus argumentos à luz do material probatório disponível, de modo a convencer o julgador da consistência de suas alegações*. Afasta-se, assim, a dinâmica inquisitorial em que a figura do juiz se confunde com a de um acusador, apto a se valer do poder estatal para direcionar o julgamento – quase sempre no sentido de um juízo condenatório. 11. Esse conjunto de ideias encontra forte amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacando-se numerosos precedentes em que a Corte assentou a titularidade do Ministério Público sobre a ação penal e o *caráter limitado de que deve se revestir a interferência judicial sobre a condução das investigações*. Nessa linha, a título de exemplo, a jurisprudência consolidou o entendimento de que é vinculante o pedido de arquivamento do inquérito efetuado pelo procurador-geral, que o juiz não pode determinar o oferecimento de denúncia ou o seu aditamento, *nem tampouco realizar diligências investigatórias por conta própria*. Esse quadro não se altera nem mesmo nos casos em que o inquérito se desenvolve desde logo perante o Judiciário, por força da existência de foro por prerrogativa de função. Mesmo nessa situação peculiar, o relator não assume a direção do inquérito, limitando-se a acompanhar os procedimentos e a decidir sobre a admissibilidade das medidas sujeitas à reserva de jurisdição. 12. Em suma, o sistema acusatório estabelece determinadas balizas para os procedimentos de investigação criminal, que devem ser desenvolvidos ordinariamente pela autoridade policial sob a supervisão do Ministério Público. Ainda que o legislador disponha de alguma liberdade de conformação na matéria, inclusive para tratar de contextos específicos como o da Justiça Eleitoral, não é válido que esvazie a opção do constituinte e crie para o juiz um poder genérico de direção dessa fase pré-processual. (...) Não parece válida, portanto, a previsão de que o juiz efetuará requisições para a instauração de inquérito. Como visto, o sistema acusatório segrega as fases de investigação, acusação e julgamento, *não sendo admissível que a autoridade judicial determine o rumo das investigações, em prejuízo de sua própria neutralidade*. (...) A titularidade da ação penal de iniciativa pública é do Ministério Público, o que pressupõe a prerrogativa de orientar a condução das investigações e formular um juízo próprio acerca da existência de justa causa para o oferecimento de denúncia. A independência

- da Instituição ficaria significativamente esvaziada caso o desenvolvimento das apurações dependesse de uma anuência judicial. (...)” (Grifos nossos.)
- 12 Gomes Filho (2008, p. 257-261) e Lopes Jr. (2009, p. 131-139, e 2005, p. 168-179).
- 13 V. Soares (2016, capítulo 1).
- 14 Por exemplo: o depoimento cautelar, sob contraditório judicial precoce, de testemunha ou vítima desenganada por doença grave.
- 15 V. Tonini e Conti (2012, p. 62): “Em um sistema penal inquisitório, a prova cabe ao juiz, o qual cumula os poderes de pesquisa, admissão, produção e valoração probatórias. O controle sobre a gestão da prova se torna impossível, carente de regras e garantias. Inversamente, em um sistema penal acusatório, que é o adotado pelo vigente CPP italiano, cabe às partes os poderes de pesquisar as fontes de prova e de requerer ao juiz a admissão do correspondente meio de prova. (...) *Às partes cabe unicamente o poder de investigação e requerimento. Ao juiz, resta o poder de decidir sobre a admissão e valoração probatórias.* (...) O controle visa à imparcialidade do juiz.” (Grifos nossos.)
- 16 Cf. Prado (2006, p. 135-142). Outros autores também sustentam que os atos investigativos são exclusivos da polícia investigativa e das partes, mas pressupõem distinção entre investigação e instrução diversa da aqui adotada: cf. Gomes Filho (2008, p. 257-261), Grinover (1999, p. 71-79) e Lopes Jr. (2005, p. 168-179, e 2009, p. 131-139).
- 17 Pela inconveniente polissemia da palavra “prova”, não se utiliza, aqui, a expressão “atos de prova”, verificada em Lopes Jr. (2009, p. 526-528). Afinal, tanto a investigação (busca, verificação prévia e proposição de fontes e excepcionais elementos de prova) quanto a instrução, e até mesmo a valoração, seriam “atos de prova”.
- 18 “[I]nstrução é o conjunto de atividades de todos os sujeitos processuais, destinadas a produzir a convicção no espírito do juiz (...); o resultado a ser obtido mediante a instrução probatória é o conhecimento [pelo juiz] dos fatos e consequente firmeza para proferir a decisão.”
- 19 Cf. Prado (2006, p. 135-142) e Malan (2009, p. 17-30). Lê-se em Gomes Filho (2008, p. 251): “No método *inquisitório* a pesquisa dos fatos é conduzida unilateralmente, com o propósito de confirmar, a todo preço e custo, uma hipótese de verdade previamente estabelecida pelo inquisidor, o que traz em si grave vício epistemológico. Ao contrário, o sistema informado pelo *contraditório*, permitindo a cada uma das partes apresentar provas contrárias para trazer elementos de confronto em relação às provas do adversário, enriquece-se o

material probatório à disposição do juiz, aumentando a base cognitiva para o estabelecimento da verdade sobre os fatos.”

- 20 Segue-se a linha proposta por Tonini e Conti (2012, p. 62-69). Embora esses autores tenham refletido sobre o contexto jurídico italiano (o qual, por sua vez, nisso recebeu influência dos ordenamentos de *common law*), a atribuição de atividade exclusivamente reativo-decisória para o juiz criminal é também a que melhor se compatibiliza com o sistema acusatório instituído pela Constituição brasileira de 1988, e é nesse sentido que tem evoluído, com a devida cautela, nossa jurisprudência: v., entre vários exemplos do Plenário e das Turmas do STF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104 (j. 21-5-2014, Tribunal Pleno) e o Agravo Regimental no Inquérito n. 2.913 (j. 1º-3-2012, Tribunal Pleno).
- 21 Cf. Coutinho (2001, p. 37-39) e Lopes Jr. (2005, p. 168-179, e 2009, p. 131-139).
- 22 V. Moraes (2010, p. XXV-XXX – Introdução).
- 23 Diferente é a situação em que a acusação (ou a defesa), diligentemente, recorre contra inadequada produção probatória (p.e., indeferimento de perguntas importantes a testemunha, ausência de filmagem do interrogatório, denegação de ofício a órgão público etc.). Nesse caso, cabe ao tribunal anular os atos probatórios impugnados e os subsequentes, e determinar sua renovação no juízo *a quo*, com as especificações necessárias.
- 24 É interessante notar a evolução na jurisprudência do STF quanto ao tema. Por exemplo, ao apreciar dispositivo que autorizava diligências investigativo-probatórias  *pessoalmente* realizadas pelo juiz da causa criminal (art. 3º e parágrafos da então vigente Lei federal n. 9.034/1995), o Plenário do STF, em 30-4-1997, sob relatoria do ministro Maurício Corrêa, assim indeferiu medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.517/DF: “(...) a) a Lei n. 9.034/1995 é lei especial, tendo em vista que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por grupos de organizações criminosas e constitui-se em medida de alta significação no combate ao crime organizado; b) não há dúvida que a Lei n. 9.034/1995 subtraiu da Polícia a iniciativa do procedimento investigatório especial, cometendo-o diretamente ao juiz, pelo fato peculiar de destinar-se o expediente o acesso a dados, documentos e informações protegidos pelo sigilo constitucional, o que, mesmo antes do seu advento, já estava a depender de autorização judicial para não caracterizar prova ilícita; c) aceitável, em princípio, o entendimento de que se determinadas diligências, resguardadas pelo sigilo, podem ser efetuadas mediante prévia autorização judicial, inexistente impedimento constitucional ou legal para que o próprio juiz as empreenda pessoalmente, com a dispensa do auxílio da polícia judiciária, encarregando-se o próprio

magistrado do ato; d) o art. 3º da Lei n. 9.034/1995 está inserido em um sistema que, tendo por corolário o dever do Estado, objetiva a prestação da segurança pública, a apuração das infrações penais e a punição dos infratores; e) as normas contidas no art. 144, § 1º, IV, e § 4º não devem ser interpretadas como limitativas do dever da prestação jurisdicional, cuja extensão vai desde a apuração dos fatos até a decisão judicial, elástico esse compreendido no conceito de exercício da magistratura; f) competindo ao Judiciário a tutela dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição, não há como imaginar-se ser-lhe vedado agir, direta ou indiretamente, em busca da verdade material mediante o desempenho das tarefas de investigação criminal, até porque estas não constituem monopólio do exercício das atividades de polícia judiciária; g) a participação do juiz na fase pré-processual da persecução penal é a garantia do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sobretudo os voltados para a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa acerca de quem recaem as diligências, e para a inviolabilidade do sigilo protegido pelo primado constitucional; h) não há cogitar-se de violação das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, pois os §§ 3º e 5º do art. 3º da Lei n. 9.034/1995 até asseguram o acesso das partes às provas objeto da diligência; i) a coleta de provas não implica valorá-las e não antecipa a formação de juízo condenatório; j) a diligência realizada pelo juiz, sob sigilo de justiça, não viola o princípio constitucional da publicidade previsto no inciso LX do art. 5º, que admite restringi-lo. 4. Medida cautelar indeferida.” Sete anos depois, em 12-2-2004, o mesmo Plenário do STF, novamente sob relatoria do ministro Maurício Corrêa, voltou ao ponto, e nestes termos julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.570/DF: “(...) ‘JUIZ DE INSTRUÇÃO’. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei n. 9.034/1995. (...) 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigos 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.” Atualmente, a jurisprudência do STF é cada

vez mais forte no sentido da máxima inércia judicial no âmbito investigativo-probatório: v., entre vários exemplos do Plenário e das Turmas do STF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104 (j. 21-5-2014, Tribunal Pleno) e o Agravo Regimental no Inquérito n. 2.913 (j. 1º-3-2012, Tribunal Pleno). V. também Cordero (1986, p. 51), Coutinho (2001, p. 30-34/37-39), Lopes Jr. (2005, p. 168-179, e 2009, p. 131-139/527) e Prado (2006, p. 135-142). Em certa medida, também Badaró (2012, p. 346).

- 25 Algo natural, por exemplo, no julgamento da causa por tribunal do júri, no qual toda a reconstrução probatória é protagonizada pelas partes e assistida de modo completamente passivo pelo órgão julgador, sem que lhe seja dada efetiva oportunidade de formular hipóteses investigativas. Tal tendência, pela evolução jurisprudencial e doutrinária acima citada, cada vez mais influencia (positivamente) o procedimento nas causas decididas por juízes togados.
- 26 V. Lopes Jr. (2009, p. 131-139), Prado (2006, p. 135-142) e Coutinho (2001, p. 30-34).

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 2. ed. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012.

\_\_\_\_\_. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 1, p. 26-51, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 3.

EDWARDS, K.; SMITH, E. A disconfirmation bias in the evaluation of arguments. *Journal of Personality and Social Psychology*, n. 71, p. 5-24, 1996.

FREIRE E SILVA, Bruno; FLORENTINO, Carlos Manoel Leite Gomes. Uma análise da tendência de aumento dos poderes do juiz no campo das provas e os seus necessários limites diante de princípios e regras. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009. p. 65-82.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 246-297.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 27, p. 71-79, jul.-set. 1999.

HAMMAN, Marcus et al. Fehlerfrei Experimentieren. *Mathematisch-naturwissenschaftlicher Unterricht*, n. 59, caderno 5, p. 292-299, 2006.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

JONES, Edward; KOHLER, Rika. The effects of plausibility on

the learning of controversial statements. *Journal of Abnormal and Social Psychology*, n. 57, p. 315-320, 1959.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa do investigado. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111-147.

SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Milano: Giuffrè, 2012.

WASON, Peter. Reasoning about a rule. *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, n. 20, p. 273-281, 1968.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 149-171.

# **INQUÉRITO POLICIAL E ARQUIVAMENTO DE OFÍCIO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO PENAL SELETIVO**

*Elton Luiz Bueno Candido\**

## **RESUMO**

O presente artigo tem por objetivo examinar a recente iniciativa do Supremo Tribunal Federal de atuar de forma proativa, por meio de arquivamentos de ofício, na fase de inquérito policial em benefício de investigados detentores de foro por prerrogativa de função. Analisa-se o entendimento em questão para avaliar se ele reflete uma tendência em prol de todos os seres humanos residentes ou em trânsito no território nacional, ou, na verdade, reflete mais uma exteriorização do Direito Penal seletivo desde sempre regra no Brasil, haja vista a manifesta dificuldade vivenciada pelas classes mais humildes no tocante ao acesso à tutela jurisdicional penal junto à Corte Suprema brasileira.

---

\* Procurador da República, especialista em Ministério Público e Estado Democrático de Direito, professor de pós-graduação, ex-procurador do Estado do Paraná.

## ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the proactive recent initiative by the Brazilian Federal Supreme Court in the police investigation phase in benefit of investigated who have privileged forum, analyzing whether the position reflects a trend in favor of all human beings residing or in transit in the national territory or, in true, it reflects one more expression of the selective criminal law always in force in Brazil, in view of the manifest difficulty experienced by the most humble with regard to access to criminal judicial protection which would should be offer by the Brazilian Supreme Court.

## 1. INTRODUÇÃO

Recentemente, constatou-se a superveniência de uma peculiar iniciativa tomada por parcela relevante dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF): a determinação de ofício do arquivamento de inquéritos policiais instaurados perante a Corte no âmbito de sua competência originária. Para tanto, argumenta-se que a manutenção de inquérito policial por tempo considerável – pelo que parece, mais de doze meses – sem o apontamento de provas ou indícios concretos de materialidade e consequente autoria delitiva acarreta a superveniente configuração de constrangimento ilegal em prejuízo dos alvos das apurações.

O entendimento foi exteriorizado nos Inquéritos n. 4.442, n. 4.429 e n. 4.391, entre outros, de modo que é lícito concluir tratar-se de verdadeira novel orientação jurisprudencial firmada no âmbito da Corte Suprema, uma vez consagrada em decisões prolatadas por integrantes de orientações historicamente divergentes,

a exemplo dos ministros Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, tendo havido, recentemente, sinalização por parte da ministra Cármen Lúcia no mesmo sentido.

Ante a possível predominância de tal posição jurisprudencial – estimativa a que se chega com base na análise de tendências decisórias de outrora e em estudos doutrinários e estatísticos –, este artigo tem por objetivo analisar se a iniciativa por parte do STF tem por escopo garantir o resguardo dos direitos fundamentais de todo e qualquer ser humano residente ou em trânsito em território nacional ou se, na verdade, configura homenagem adicional ao direito penal seletivo há muito aplicado na prática forense brasileira.

## 2. ARQUIVAMENTOS DE OFÍCIO: ANÁLISE DAS DECISÕES PROFERIDAS

Numa primeira abordagem, cumpre examinar os termos das decisões que determinaram, de ofício, por meio de comportamento proativo dos ministros em fase de investigação, o arquivamento de apurações instauradas em face de personagens conhecidas do universo político nacional.

No bojo do Inquérito n. 4.442, o ministro Roberto Barroso determinou, em 6 de junho de 2018, o arquivamento de inquérito policial instaurado em 4 de abril de 2017 em face de senador da República. Para tanto, fundamentou, em apertada síntese, que mera instauração de um inquérito pode trazer algum tipo de constrangimento **aos agentes públicos com foro por prerrogativa de função**, os quais **não devem** suportar indefinidamente o ônus de figurar como objeto de investigação, de modo que a persecução criminal deve observar prazo razoável para sua conclusão.

Ademais, o ministro entendeu que o pedido da Procuradoria-

-Geral da República (PGR) de remessa dos autos à primeira instância, com base em novel e recente interpretação da Corte Suprema quanto aos dispositivos constitucionais que estabelecem os foros especiais por prerrogativa de função, estaria a afirmar a suposta inexistência patente de materialidade e indícios de autoria, tendo determinado, em consequência, o arquivamento da apuração no STF, sem prejuízo da reabertura no primeiro grau de jurisdição, desde que com base em novas provas.

No Inquérito n. 4.429, o ministro Alexandre de Moraes, ao decidir pelo arquivamento da apuração, adotando as mesmas linhas gerais expostas acima, afirmou, com base em entendimento sustentado pelo ministro Sepúlveda Pertence no acórdão n. 80.564, que a “manutenção da investigação criminal sem justa causa, ainda que em fase de inquérito, constitui injusto e grave constrangimento aos investigados”. Concluiu, assim, ser caso de arquivamento de ofício da investigação perante o STF, em prejuízo do requerimento formulado pela PGR de remessa do caso à primeira instância para o prosseguimento das diligências investigativas.

De seu turno, no bojo do Inquérito n. 4.391, o ministro Dias Toffoli sustentou não ser lícito exigir que um determinado investigado suporte indefinidamente o ônus de uma apuração “quando as investigações pouco ou nada avançam e, apesar de todos os esforços envidados nesse sentido, não se vislumbra justa causa a ampará-las”. Assentou que, em seu entendimento, o prosseguimento da apuração significaria “*admitir o constrangimento ilegal do investigado, com o que não se pode compactuar*” (grifo nosso).

Recentemente, inúmeros veículos de informação deram destaque à decisão da presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, acerca de inquérito cujo investigado era conhecido senador da República. A ministra deferira pedido formulado pela PGR de dilação de prazo para a conclusão da apuração. Entretanto, o deferimento foi

limitado a trinta dias, sob a justificativa de que a restrição temporal visava a “evitar dilações processuais indevidas”<sup>1</sup>.

Por derradeiro, em complemento à orientação jurisprudencial em exposição, o presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil, Fernando Mendes, afirmou em entrevista<sup>2</sup> que, após a manutenção de uma investigação por tempo considerável, o Ministério Público tem o dever de justificar a necessidade de manutenção do prosseguimento da apuração, sendo lícito, em consequência, ao STF determinar de ofício o arquivamento de investigações nas quais a acusação não tenha se desincumbido de tal ônus.

Da análise das manifestações citadas, há de se observar os seguintes parâmetros relativamente à legitimidade da manutenção de eventual investigação em curso perante a Corte Suprema:

1. Agentes públicos detentores de foro por prerrogativa de função merecem, aparentemente com base na relevância de seus cargos e respectivas funções, apreciação mais detida e cuidadosa quanto à manutenção de investigações em seu prejuízo;

2. Com relação às autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, a manutenção indefinida de inquérito policial em curso é passível de determinar constrangimento ilegal em seu detrimento;

---

1 Disponível em: <<http://www.jaenoticia.com.br/noticia/54279/Presidente-STF-da-30-dias-para-conclusao-de-investigacao-sobre-Aecio-Neves>>. Acesso em: 15 jul. 2018. <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-07/stf-da-mais-30-dias-para-conclusao-de-investigacao-sobre-aecio-neves>>. Acesso em: 15 jul. 2018. <<https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/presidente-do-stf-da-30-dias-para-que-investigacao-sobre-aecio-seja-concluida.ghtml>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

2 Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ministerio-publico-deve-justificar-continuidade-de-inqueritos-diz-presidente-da-ajufe/>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

3. Na hipótese de ser constatado o curso de inquérito policial em prejuízo de autoridade com foro por prerrogativa de função por período considerável – segundo os termos das decisões, interregno superior a doze meses –, cabe à PGR justificar a manutenção da apuração em trâmite; e

4. Caso não apresentada a devida justificativa por parte da acusação, deve o STF determinar, de ofício, o arquivamento da investigação, de forma a resguardar os direitos fundamentais do investigado.

### **3. DO ÂMBITO PRAGMÁTICO DE APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO: DO RESGUARDO AOS PRIVILÉGIOS CONSAGRADOS AOS AGENTES PÚBLICOS DETENTORES DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO**

Inicialmente, ao se analisarem as decisões já apontadas, constata-se uma potencial delimitação aos casos de competência originária criminal atribuída ao STF.

Ademais, verifica-se que a Corte Suprema assentou que agentes públicos detentores de foro por prerrogativa de função merecem proteção adicional ante as investidas dos órgãos de persecução penal; provavelmente em razão da relevância de suas funções.

Posto isso, numa primeira abordagem, há de se perquirir, ainda que nos modestos limites do presente estudo, se o *discrímen* apontado – *qualidade de agente público que goza de foro por prerrogativa de função* – ampara a diferenciação que subjaz às decisões ora em análise. Em seguida, deve-se aferir se os efeitos concretos de tais iniciativas restarão efetivamente circunscritas à competência criminal originária do Supremo Tribunal.

Fixados os limites expositivos do presente tópico, há de se destacar, inicialmente, que o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, erigiu os princípios da moralidade e publicidade à categoria

de princípios constitucionais da Administração Pública que gozam de aplicabilidade direta e imediata (STF, Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, 2006), prescindindo, em consequência, de mediação legislativa para a respectiva produção de efeitos em casos concretos.

Não obstante certa fluidez ou pouca densidade normativa inerente à categoria dos princípios, há normas em vigor no ordenamento nacional aptas a prestar auxílio na atividade de interpretação do âmbito de sua incidência, a exemplo da Súmula Vinculante n. 13, que estabeleceu a vedação genérica ao nepotismo no âmbito da Administração Pública, e da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, responsável pela edição de normas de acesso à informação oponíveis à Administração Pública. Nesse último texto legal, verificam-se as seguintes previsões, que bem destacam a importância do princípio da publicidade para o exercício do controle social sobre o Estado:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

(...)

IV – *fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;*

V – *desenvolvimento do controle social da administração pública.*

Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

(...)

V – *informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;*

VI – *informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos;* e

VII – *informação relativa:*

a) *à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;*

b) *ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.* (Grifos nossos.)

Em acréscimo, na doutrina é possível encontrar inúmeras referências à relevância do princípio constitucional administrativo da publicidade como instrumento indispensável à garantia de observância ao princípio constitucional administrativo da moralidade e, em consequência, ao dever de transparência imposto a todo e qualquer indivíduo que passe a integrar, em caráter precário ou definitivo, a Administração Pública brasileira. A título de fundamentação (CARVALHO FILHO, 2009, p. 28):

Outro princípio mencionado na Constituição é o da publicidade. Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes *a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos*. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos *aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem*. (Grifos nossos.)

Não obstante a análise até aqui desenvolvida tenha passado ao largo do direito penal, o objetivo do destaque conferido aos princípios constitucionais da moralidade e publicidade na Administração Pública é expor que, em se tratando de relevantes instrumentos de controle social da atividade administrativa – especialmente o princípio consti-

tucional administrativo da publicidade –, não de ser eles considerados quando em apreciação conduta em tese criminosa imputada a agente público em sentido *lato*. Ante as relevantes funções de caráter público legalmente atribuídas a esse agente em prol da sociedade e caso constatada eventual colisão dos suscitados princípios constitucionais da Administração Pública com outro de natureza individual titularizado pelo agente público, é mister decidir qual deverá prevalecer e pautar a atuação do Judiciário na investigação em curso.

Pois bem. De início, para evitar o aprofundamento em tema que alongue desnecessariamente esta análise, e a despeito da afirmação de que eventual colisão de princípios fundamentais reclama a análise e consequente solução no caso concreto, importa destacar a possibilidade de apontar tendências na jurisprudência consolidada no âmbito do STF acerca da atribuição de prevalência *a priori* a certos direitos ou liberdades fundamentais extraídos de normas constitucionais principiológicas. É o caso, por exemplo, do direito fundamental à liberdade de expressão, cuja relevância e primazia foi devidamente destacada no paradigma referente à censura privada a biografias não autorizadas (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815/DF, 2016).

É inafastável a conclusão de que a liberdade de informação do administrado, por sua vez tributária da liberdade de expressão, configura verdadeiro substrato fático-normativo da publicidade e da transparência impostas ao exercício da atividade administrativa. Ou seja, a liberdade de imprensa e de informação, direitos e liberdades fundamentais correlatos, imbricam-se mutuamente também no tocante à viabilização de instrumentos ao controle social da Administração Pública a ser posto em prática pelo administrado brasileiro.

Exposta essa conclusão – de que é possível considerar a primazia *a priori* de alguns direitos fundamentais –, faz-se relevante mencionar que, ao se analisar a jurisprudência edificada no âmbito do STF, é possível extrair julgados exterioradores da manifesta relevância

atribuída ao princípio da publicidade no trato da coisa pública. Em homenagem ao direito do administrado de ter conhecimento da destinação e do conseqüente resguardo ao patrimônio público, tal princípio deve prevalecer sobre os direitos de ordem individual titularizados pelo gestor público ou, até mesmo, por particular:

EMENTA: Recurso ordinário em *habeas corpus*. Ação penal. Associação criminosa, fraude a licitação, lavagem de dinheiro e peculato (arts. 288 e 313-A, CP; art. 90 da Lei n. 8.666/1993; art. 1º da Lei n. 9.613/1998 e art. 1º, I e II, do DL n. 201/1967). Trancamento. Descabimento. Sigilo bancário. Inexistência. Conta corrente de titularidade da municipalidade. Operações financeiras que envolvem recursos públicos. Requisição de dados bancários diretamente pelo Ministério Público. Admissibilidade. Precedentes. Extensão aos registros de operações bancárias realizadas por particulares, a partir das verbas públicas creditadas naquela conta. Princípio da publicidade (art. 37, *caput*, CF). Prova lícita. Recurso não provido. 1. *Como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao tratar de requisição, pelo Tribunal de Contas da União, de registros de operações financeiras, “o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos”* (MS n. 33.340/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, *DJe* de 3-8-2015). 2. *Assentou-se nesse julgado que as “operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar n. 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal (...)”*. 3. O Supremo Tribunal Federal reconheceu ao Ministério Público Federal o poder de requisitar informações bancárias relativas a empréstimos subsidiados pelo Tesouro Nacional, ao fundamento de que “se se trata de operação em que

há dinheiro público, a publicidade deve ser nota característica dessa operação” (MS n. 21.729/DF, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro Néri da Silveira, *DJ* de 19-10-2001). 4. Na espécie, diante da existência de indícios da prática de ilícitos penais com verbas públicas, o Ministério Público solicitou diretamente à instituição financeira cópias de extratos bancários e microfilmagens da conta corrente da municipalidade, além de fitas de caixa, para a apuração do real destino das verbas. 5. O poder do Ministério Público de requisitar informações bancárias de conta corrente de titularidade da prefeitura municipal compreende, por extensão, o acesso aos registros das operações bancárias realizadas por particulares, a partir das verbas públicas creditadas naquela conta. 6. De nada adiantaria permitir ao Ministério Público requisitar diretamente os registros das operações feitas na conta bancária da municipalidade e negar-lhe o principal: o acesso ao real destino dos recursos públicos, a partir do exame de operações bancárias sucessivas (v.g., desconto de cheque emitido pela Municipalidade na boca do caixa, seguido de transferência a particular do valor sacado). 7. Entendimento em sentido diverso implicaria o esvaziamento da própria finalidade do princípio da publicidade, que é permitir o controle da atuação do administrador público e do emprego de verbas públicas. 8. Inexistência de prova ilícita capaz de conduzir ao trancamento da ação penal. 9. Recurso não provido.<sup>3</sup> (STF, Segunda Turma, Recurso em *Habeas Corpus* n. 133.118/CE, *DJ*, 9-3-2018 – Grifos nossos.)

---

3 No mesmo sentido: STF, Primeira Turma, Mandado de Segurança n. 33.340/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 26 maio 2015. *DJe*, 3 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8978494>>. Acesso em: 15 jul. 2018. STF. Plenário. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 865.401/MG. Brasília, DF, 14 ago. 2015 *DJe*, 9 out.

Da análise dos termos do aresto mencionado, verifica-se ser pacífico, no STF, o entendimento de que, ante a importância atribuída ao interesse do administrado de ter conhecimento acerca da destinação dos recursos públicos e, em consequência, quanto à apuração de eventuais condutas criminosas circundantes à hipótese, há de ser relativizado o relevante direito à intimidade dos potenciais investigados.

Entretanto, contraditoriamente, a mesma Corte Suprema entende que o transcurso de uma complexa investigação por cerca de quinze meses justifica a atuação de ofício do respectivo ministro relator em prol do investigado detentor de foro por prerrogativa de função. Nesse contexto, o Supremo Tribunal assenta que, não obstante a relevância da apuração no tocante à elucidação de potenciais condutas criminosas praticadas por agentes públicos em prejuízo do patrimônio público, é o caso de ser determinado o arquivamento de ofício da investigação, haja vista configurar pretensão constrangimento ilegal em face de importantes autoridades públicas.

Em verdade, a novel iniciativa por parte considerável dos integrantes de nossa Corte Suprema – o que exterioriza verdadeira tendência majoritária – deveria ser, segundo se extrai da doutrina e dos entendimentos supracitados, em sentido diametralmente oposto; deveriam os ministros ressaltar a necessidade do devido esgotamento fático das apurações em curso. Ao deparar com manifestação da PGR a apontar a necessidade de remessa dos casos à primeira instância para o prosseguimento das apurações, a análise sob o prisma da primazia do interesse público aos esclarecimentos dos fatos deveria ser a tônica, e não do resguardo a um suposto “direito a uma investigação célere”.

---

2015. Repercussão geral reconhecida. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9551483>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

Nesse ponto, convém reiterar a complexidade dos casos postos à apreciação da Polícia Federal e da PGR, afigurando-se, segundo a praxe policial e forense, absolutamente razoáveis os tempos de apuração questionados pelos ministros. Tais prazos são necessários para garantir o esmerado esclarecimento dos fatos e podem inclusive favorecer o investigado, caso se conclua, ao final, pela promoção do arquivamento do respectivo inquérito policial.

Ademais, não obstante a fundamentação por parte dos ministros pioneiros da iniciativa, há de se considerar que o próprio Supremo Tribunal pode levar até dois anos para proferir decisão quanto ao recebimento de uma denúncia (FONSECA; FERRARIA; FIGUEIREDO, São Paulo, 2018)<sup>4</sup>. Ou seja, a própria Corte Suprema não enxerga constrangimento ilegal decorrente do fato de manter um investigado sob a condição de denunciado por meses ou anos a fio. Em assim sendo, parece despropositado exigir que, na condução da investigação, a polícia e a acusação se desdobrem para analisar complexas colaborações premiadas e relatórios de intrincadas quebras de sigilo – cuja mera confecção pode reclamar prazos superiores a seis meses –, bem como comparem dados e elementos de convicção e realizem as respectivas oitivas em prazos de até um ano, ou pouco mais.

Na verdade, como será mais bem abordado a seguir, a iniciativa por parte da Suprema Corte brasileira configura mais uma – entre tantas outras – exteriorização da seletividade do direito penal pátrio. Fica demonstrado que, no entendimento dos ministros, em prejuízo da moralidade e publicidade que devem guiar o trato da coisa pública e a consequente prestação de contas à sociedade, o

---

4 Disponível em: <<https://apublica.org/2018/04/stf-leva-um-ano-para-receber-denuncias-da-lava-jato/>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

agente público detentor de foro por prerrogativa de função goza de real privilégio perante o órgão máximo do Poder Judiciário nacional. Resta patente que, caso atingido um prazo de, ao que parece, cerca de quinze meses sem a conclusão das investigações em curso em seu prejuízo, virá o STF adotar postura proativa em resguardo a seu direito fundamental a “uma investigação célere”, determinando, de ofício, o arquivamento das apurações, de forma a evitar constrangimentos às figuras públicas gestoras do patrimônio público nacional.

Exposta a conclusão de não parecer republicano o critério de diferenciação utilizado pelos ministros do STF – *agente público detentor de foro por prerrogativa de função* –, passa-se à abordagem, ainda que perfunctória, da amplitude objetiva (reflexos nos demais órgãos do Poder Judiciário) e subjetiva (potenciais beneficiários) da novel iniciativa da Corte Suprema brasileira.

Numa primeira análise, não obstante a manifesta insegurança jurídica há muito em vigor no Brasil, é prescindível proceder a uma profunda análise das repercussões das orientações do Supremo Tribunal nos escalões inferiores do Poder Judiciário nacional, tendo em vista que configura prática ordinária, e legítima, por parte de advogados a imediata assunção das orientações jurisprudenciais potencialmente benéficas a seus clientes, buscando replicá-las em todos os juízos e tribunais País afora.

Os juízes e desembargadores, por sua vez, apesar da sobrecarga de trabalho inerente aos ofícios criminais, passam ao menos a considerar a argumentação pautada na jurisprudência da Corte Suprema, de forma a devidamente afastá-la, enquanto ainda não vinculante, ou acatá-la.

Em acréscimo, apesar da aparente delimitação dos arquivamentos de ofício aos casos de competência criminal originária do Supremo Tribunal, é cediço haver inúmeras normas que atribuem foro por

prerrogativa de função a diversas autoridades perante os tribunais pátrios, de forma que é patente a potencialidade de expansão do entendimento ora em análise aos mais variados rincões brasileiros.

De outro norte, no tocante à dimensão subjetiva da iniciativa por parte dos integrantes de nossa Corte Suprema, como suscitado acima, pululam normas definidoras de regimes de foro por prerrogativa de função. Por consequência, o entendimento ora defendido no âmbito do STF tem potencial para beneficiar os agentes políticos detentores de mandato eletivo federal e até mesmo outros agentes públicos que também gozam de foro perante a Corte Suprema, embora seus cargos não sejam de assunção fundada na soberania popular<sup>5</sup>, além de várias outras autoridades estaduais e municipais detentoras de foro privilegiado ou poder político e, principalmente, econômico para levar suas contendas às demais instâncias superiores.

Em consonância com a breve análise doutrinária e, em particular, jurisprudencial despendida acima, é lícito dizer que a novel posição do STF busca amparo em critério de diferenciação lesivo aos princípios constitucionais da moralidade e da publicidade na Administração Pública. Ao contrário do quanto pretenderam os ministros – ao menos nos termos das decisões analisadas – sua atuação consagra mais um privilégio em prol de praticamente todos os agentes públicos detentores de foro por prerrogativa de função em território nacional; sem mencionar as classes economicamente privilegiadas, efetivamente dotadas de poderio econômico para, de forma legítima, levar suas insurgências às Cortes Superiores.

---

5 V. art. 102, I, *b e c*, da Constituição Federal.

#### 4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO PROMOTOR DA SELETIVIDADE PENAL

Ao deparar, nos meses de junho e julho de 2018, com as sucessivas decisões ora em análise, o primeiro pensamento, compartilhado com inúmeros colegas do meio jurídico e motivador da produção deste artigo, foi: “Quando veremos um pobre conseguir uma decisão dessas?”. O coloquialismo da indagação exterioriza justamente a perplexidade diante do quadro.

Devidamente exposto, no tópico anterior, serem as decisões em comento dirigidas a autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, no escopo de devidamente ilustrar e fundamentar a inquietação mencionada, importa destacar que, no mérito e analisado exclusivamente em tese, o entendimento exteriorizado pelos ministros não se afigura teratológico. Ao contrário, poder-se-ia até mesmo afirmar que se trata de posicionamento efetivamente voltado a garantir o respeito às liberdades e direitos fundamentais dos investigados.

Todavia, há de se perquirir se o entendimento em questão se amolda à praxe investigativa e judiciária brasileira, bem como se, em consequência, é passível de ser replicada a todo e qualquer ser humano residente ou em trânsito no território nacional, nos termos preconizados pelas normas internacionais definidoras de direitos humanos e fundamentais devidamente consagrados na ordem constitucional brasileira.

Não apenas a experiência no combate à criminalidade de fronteira proporcionada pelo Ministério Público Federal (MPF) como também, e sobretudo, estudos doutrinários e estatísticos amparam a conclusão de que, historicamente, a investigação criminal no Brasil visa à formalização de prisões em flagrante de pessoas de baixa renda, jovens entre 19 e 29 anos e majoritariamente negros. As apurações voltadas ao desbaratamento de complexos esquemas

criminosos, sejam quais forem os delitos praticados, configuram exceção ao pragmatismo simplista da persecução penal pátria.

De fato, estudos apontam que o sistema de justiça criminal apenas replica a desigualdade social desde sempre reinante no Brasil. Eis percuciente análise realizada pelo procurador regional da República Marlon Alberto Weichert (2017, p. 113):

Finalmente, o país prende intensamente por tráfico de drogas (27%) e por crimes contra o patrimônio (35%), mas não tanto por homicídio e latrocínio (17%) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015). Na realidade, há enorme impunidade em relação aos homicídios, pois apenas de 5% a 8% do total de casos são investigados com sucesso e dão origem a uma ação criminal (CNMP, 2012). Em síntese, embora encarcere contingente expressivo, o sistema de justiça investiga e pune crimes menos graves antes dos mais graves, encarcera exageradamente presos provisórios e reproduz a desigualdade social e racial.

No ano de 2016, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (2016, p. 10) publicou estudo por meio do qual o órgão administrativo máximo do Poder Judiciário nacional constatou:

Segundo dados do IFOPEN 20141, o Brasil contava com 607.731 presos em junho de 2014, o que significa um aumento de 74% da população carcerária nos últimos oito anos. Esse crescimento impõe ao Brasil a quarta posição entre os países que mais encarceram no mundo, conforme consolidado pelo *World Prison Brief*. Do total da população prisional, 41% são presos sem condenação. O Mapa do Encarceramento confirma mais uma vez o perfil da população carcerária brasileira, formada principalmente por jovens até 29 anos, negros e do sexo masculino. Importa também destacar que cerca de

18% das pessoas foram detidas por crimes cuja lei prevê pena de até quatro anos, o que indica o direito a uma pena substitutiva à prisão. Outro estudo relevante, consolidado pelo Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM)/Datusus, do Ministério da Saúde, revela que 77% dos jovens assassinados no Brasil em 2012 eram negros (pretos e pardos). Estas pesquisas evidenciam uma tendência do sistema penal à seletividade, reforçando e mascarando violências estruturais relacionadas a fatores culturais e ideológicos que a cada ano mais sedimentam o genocídio e a exclusão da população negra no Brasil, via criminalização. (Grifo nosso.)

Documentado que parcela considerável da massa carcerária brasileira é composta por presos sem condenação, o CNJ (2017) divulgou levantamento do tempo de prisão provisória e dos delitos em tese praticados pelos encarcerados:

Total de presos no Brasil: 654.372

Total de provisórios: 221.054

Total de processos de competência do Tribunal do Júri envolvendo réus presos (crimes dolosos contra a vida): 31.610

O percentual de presos provisórios por Unidade da Federação oscila entre 15% e 82%; De 27% a 69% dos presos provisórios estão custodiados há mais de 180 dias; O tempo médio da prisão provisória, no momento do levantamento, variava de 172 dias a 974 dias; Os crimes de tráfico de drogas representaram 29% dos processos que envolvem réus presos; crime de roubo, 26%; homicídio, 13%; crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, 8%; furto, 7%; e receptação, 4%.

Da análise de ambos os levantamentos, não obstante a existência de ínfimas divergências entre alguns estudos, constata-se que

a população carcerária brasileira é composta por 41% de presos provisórios, em sua grande maioria negros de até 29 anos de idade que em tese praticaram condutas amoldáveis aos crimes de tráfico de drogas (29%), homicídio (13%), posse ou porte ilegal de arma de fogo (8%), furto (7%) e receptação (4%). Nesse ponto, não se afigura temerário ou desprovido de fundamento concluir e afirmar que parte considerável dos delitos mencionados é praticada no ou por conta do contexto do comércio de drogas.

Expostas as características subjetivas (composição humana) e objetivas (modalidades delitivas) do sistema prisional brasileiro, não é difícil constatar que parcela relevante das prisões formalizadas e mantidas são a concretização de flagrantes em prejuízo de indivíduos em sua grande maioria de baixa renda, negros e de até 29 anos de idade. Tais dados demonstram, primeiro, a pouca efetividade da investigação policial no Brasil e, depois, o foco da repressão penal nas populações economicamente desfavorecidas.

Em 2016, a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* publicou interessante e profícua pesquisa na qual abordou, sob o enfoque do tempo demandado e da eficácia, as características da investigação policial no sistema de justiça federal brasileiro. Apontou-se (MACHADO; ZACKSESK; RAUPP, 2016, p. 6-28), então, o seguinte:

Como o volume de IPLs é muito superior à capacidade operacional das Polícias, *aqueles casos com indícios suficientes* ou submetidos à pressão midiática são priorizados (AZEVEDO, VASCONCELOS, 2011, p. 12). Em análise da tramitação do inquérito policial no Distrito Federal, Costa aborda a discricionariedade dos atores e organizações como variável relevante para compreender o funcionamento do sistema de justiça criminal. O estudo avalia que a definição das prioridades também interfere nos tempos da investigação e do processo (COSTA, 2011, p. 3). Pesquisas recentes trouxeram novas

informações para o campo de estudos do tempo da investigação policial. Estudo sobre o tempo transcorrido entre a data dos homicídios ocorridos em Recife e a instauração do IPL apontou que as variáveis determinantes são o volume de casos e a ausência de definição de prioridades (RATTON, TORRES, BASTOS, 2011, p. 5). A análise dos tempos de investigação dos IPLs indica que a maioria demora bem mais de 30 dias, prazo processual previsto, sendo frequentes as solicitações de retorno para continuidade das investigações. *As prisões em flagrante seriam determinantes para a redução do tempo da investigação* (p. 8). A partir de entrevistas em profundidade e análise etnográfica, concluem os autores que as razões que levam à priorização dos casos associam-se à repercussão midiática, à pressão da família da vítima ou à facilidade prática para a elucidação. *Isso explicaria por que os flagrantes são finalizados de forma mais rápida* (RATTON, TORRES, BASTOS, 2011, p. 15). (...) Uma das primeiras hipóteses não diverge das pesquisas sobre a investigação policial nos Estados. *Argumentamos que os casos que se apresentam de fácil elucidação, como os flagrantes delitos, tendem a ser concluídos de forma rápida*. Em relação aos delitos econômicos e corrupção, a análise do fluxo evidenciou registros de investigações concluídas em um único dia. O encerramento da atividade investigativa sugere que eventuais provas periciais solicitadas foram encaminhadas posteriormente. Por outro lado, há registro de inquérito policial que tramitou 5.783 dias até que fosse promovido o arquivamento. (Grifos nossos.)

Tais excertos corroboram a conclusão, de fácil constatação na prática processual penal diária, de que inquéritos policiais autuados com base em prisões em flagrante são rápida e facilmente concluídos. Isso se deve, de um lado, a sua instrução de plano, com elementos indiciários aptos a subsidiar o oferecimento da denúncia e a conse-

quente apreciação pelo Poder Judiciário, e, de outro, aos prazos fatais a que são submetidos pelo fato de os investigados estarem presos.

Outro fator de fomento da proliferação de expedientes resultantes de prisões em flagrante é a forma de avaliação da atividade policial dentro das próprias instituições de segurança pública. Pautada em critério meramente quantitativo, qual seja, o número de inquéritos instaurados, a prática serve de incentivo àquele tipo de expediente.

A título de exemplo, no início de 2018, tomou-se conhecimento, por meio da imprensa, da criação, no âmbito da Secretaria de Segurança Pública do estado de São Paulo, de um sistema de “pontuação” que premia policiais com base sobretudo na quantidade de flagrantes formalizados. A iniciativa fomentou a cobrança dos agentes policiais civis pelos delegados de polícia, com vistas a mais autuações, sob pena de sanções ou ônus administrativos. A criação do sistema em questão foi confirmada pelo órgão de segurança pública em nota pública, não obstante ter rechaçado o comportamento por parte dos delegados de polícia (entre outros, FARIAS, 2018).

Logo, é possível afirmar, sem o receio de incorrer em conclusão despida de fundamentos fáticos, que a investigação brasileira se encontra focada na conclusão, e posterior encaminhamento ao Ministério Público, de inquéritos policiais instaurados com base em prisões em flagrante, formalizadas em face de indivíduos em sua grande maioria de baixa renda, negros e de até 29 anos de idade.

Em acréscimo, também é lícito concluir que os seres humanos mencionados permanecem, por meses ou anos a fio, presos provisoriamente, ou seja, não submetidos ao incômodo de uma investigação em curso, mas, sim, ao cerceamento de sua liberdade ao arrepio de um pronunciamento judicial – muitas vezes, o simples recebimento de uma denúncia –, esquecidos em estabelecimentos prisionais que mais se assemelham a masmorras medievais.

De outro norte, no que toca às investigações em curso perante instâncias inferiores e tendo por objeto crimes tidos por “comuns” – tráfico de drogas, roubo, furto etc. –, é manifestamente corriqueira a manutenção de apurações em curso por mais de dois anos, sobretudo as referentes às apurações de ilícitos praticados por organizações criminosas, as intituladas “operações policiais”.

De fato, o mesmo estudo suscitado acima, acerca da análise temporal das investigações em curso perante o sistema federal de justiça, documentou que há índice considerável de denúncias oferecidas pelo MPF até o terceiro ano de investigação. Ou seja, as investigações são potencialmente passíveis de gerar resultados profícuos mesmo após interregno de dois anos (MACHADO; ZACKSESK; RAUPP, 2016, p. 27).

Todavia, ainda que o quadro mencionado seja de notório conhecimento na prática judiciária brasileira, não se tem notícia de investigações arquivadas de ofício pelo STF, ainda que em sede de *habeas corpus*, com base no agora propalado “direito à investigação célere” e em favor de investigados que não se enquadravam na noção de “agentes públicos detentores de foro por prerrogativa de função”. Ao contrário, a Corte Suprema tem se mostrado, há muito tempo, extremamente rigorosa quando em foco os crimes ordinários já mencionados, em regra praticados no contexto do tráfico de drogas, não demonstrando a mesma complacência inerente aos agentes públicos para com o restante dos seres humanos residentes ou em trânsito no território brasileiro.

Deveras, em recente matéria, o jornalista Filipe Coutinho bem destacou a praxe forense no âmbito da Corte Suprema brasileira, que insiste em afirmar à população brasileira que agentes públicos detentores de foro por prerrogativa de função e indivíduos abastados e influentes gozam de direitos fundamentais de primeira dimensão que aparentemente não alcançam nem resguardam os demais seres

humanos residentes ou em trânsito no País. Com base em pesquisa e entrevistas, o jornalista (COUTINHO, 2018) relatou:

De maio para cá, entraram cerca de 230 *habeas corpus* no gabinete de Gilmar Mendes, ***mas pelo menos 40 estão simplesmente parados desde então. Não houve nem citação do Ministério Público, para manifestação a favor ou contra os pedidos. Também não houve qualquer despacho requisitando informações às partes envolvidas. Nada. Os pedidos estão parados como se tivessem chegado ontem.*** No caso de Dias Toffoli, há seis reclamações envolvendo processos criminais semelhantes àquela que resultou na soltura de José Dirceu. Todas entraram em seu gabinete a partir da segunda quinzena de abril. ***O único caso em que a reclamação foi convertida em alvará de soltura no período foi o de Dirceu.*** (...) Arthur Rocha, o preso cego de Presidente Venceslau, é um exemplo da lentidão que marca os processos de réus desconhecidos que chegam ao gabinete de Gilmar Mendes. ***Ele ingressou com o pedido em 22 de maio. O ofício chegou para o relator e lá ficou, sem qualquer andamento. Enquanto uns amargam a lentidão no Supremo, há uma parcela de processos que corre a toque de caixa.*** No mesmo período, ***cerca de 40 pedidos de liberdade foram levados a Gilmar Mendes por investigados da Lava Jato do Rio. Todos tiveram andamento. E ao menos 22 dos presos cujos advogados subcreviam esses pedidos conseguiram ser soltos.*** O caso do já notório Orlando Diniz é simbólico. Ex-presidente da Fecomércio do Rio, ***ele apresentou a petição em 30 de maio e, no dia seguinte, já tinha uma decisão favorável.*** De tão gritante, o despacho a jato originou um embaraço para Gilmar: como a Fecomércio figurou por anos como patrocinadora do IDP, o instituto do ministro, os investigadores levantaram suspeita sobre a decisão e pediram que ele fosse declarado impedido de julgar casos envolvendo Orlando Diniz. (...) Auxiliar de serviços gerais em Tupã, interior paulista, Lucas Nunes é outro

que integra a estatística dos processos parados. *O jovem de 21 anos está preso há um ano, sem julgamento. Ele confessou que participou de um assalto a uma loja, onde roubou 110 reais, duas garrafas de vinho e chocolates.* Outros dois acusados aguardam o processo em liberdade. Ao Supremo, a defesa dele alega excesso de prazo na prisão, um argumento recorrente em casos da Lava Jato. (Grifos nossos.)

Em fundamentação adicional, é pertinente mencionar o quanto decidido no bojo do *Habeas Corpus* n. 143.921/MG, julgado em 1º de junho de 2018 pelo ministro Dias Toffoli. O caso em questão teve por objeto crime de furto de uma bermuda, avaliada em cerca de R\$ 10,00, praticado por indivíduo potencialmente dependente químico e em situação de rua, condenado à pena de 1 ano e 7 meses de reclusão, em regime fechado. Ressalte-se que o objeto foi, segundo o quanto sustentado na impetração, restituído à vítima. O impetrante teve a insurgência indeferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça e, em prosseguimento, ao buscar nova impetração perante o STF e após parecer favorável à concessão da ordem por parte da PGR, o ministro indeferiu o *mandamus*, para tanto argumentando, de forma lacônica, que a reincidência específica afasta a aplicação do princípio da insignificância.

Não se nega que a análise da reiteração delitiva, para fins de consideração da incidência do princípio da insignificância, seja pertinente. Todavia, é elucidativo verificar como há diferenças no tratamento desse tema, o que infelizmente caracteriza a praxe judiciária brasileira: ao abastado, devidamente representado por advogados de renome, confere-se uma análise de caso pormenorizada, ainda que para eventualmente afastar a sua pretensão; ao pobre, em regra defendido pelas Defensorias Públicas – órgãos que, não obstante sua manifesta competência e combatividade, arcam com o ônus de levar às Cortes Superiores demandas criminais que se

afiguram reflexo de um quadro social de desigualdade –, reserva-se a repetição mecânica de “teses-padrão”, pautadas na usual afirmação do princípio da prevenção geral em matéria de segurança pública.

Em verdade, e concluindo, eventual iniciativa semelhante à implementada pelo STF em prol de indivíduos acusados de crimes tidos por “comuns” certamente seria tomada como verdadeira temeridade, uma irresponsabilidade em prejuízo dos brasileiros<sup>6</sup>. Entretanto, tendo em vista que os denominados “crimes de colarinho branco” ainda padecem da devida aferição de gravidade na sociedade brasileira em sentido amplo, quando posta em prática a medida em favor de agentes públicos e empresários investigados por crimes de corrupção em sentido *lato*, apresenta-se como “aceitável”, haja vista a sua suposta pouca gravidade e ausência de violência ou grave ameaça à pessoa.

## 5. CONCLUSÃO

Com espedeque na fundamentação despendida, é possível concluir, de início, o movimento de sedimentação, no STF, da orientação de que, em apertada síntese, agentes públicos detentores de foro por prerrogativa de função merecem proteção adicional do regime constitucional pátrio, gozando, por consequência, de um “direito fundamental a não serem constrangidos por uma investigação demorada”. Nessas circunstâncias, independentemente da complexidade

---

6 “(...) é inimaginável conceber que um réu permaneça em cárcere cautelarmente, quando já cumpriu a pena fixada em primeira instância, quando o Judiciário, já se manifestou sobre a quantidade da pena, ainda que sujeita, eventualmente à alteração” (VENTURINI, 2016.)

do quadro, na hipótese de a Polícia Federal e a PGR não lograrem concluir a apuração em um prazo de pouco mais de um ano – cerca de quinze meses –, os ministros da Corte Suprema adotarão postura proativa em prol dos investigados, determinando, de ofício, o arquivamento da respectiva apuração.

Ocorre que, segundo a análise doutrinária e jurisprudencial formalizada nos tópicos anteriores, é lícito afirmar que a distinção subjetiva promovida e homenageada pelo STF é manifestamente atentatória ao regime democrático, afigurando-se, no mínimo, pouco republicana.

Na verdade, a diferenciação passível de ser considerada garantidora dos cânones inerentes a um regime democrático, uma vez pautada na observância aos princípios basilares da isonomia material e da publicidade e moralidade na Administração Pública, seria aquela a fomentar a imprescindível elucidação de condutas potencialmente lesivas ao patrimônio público, em prejuízo do resguardo ao não constrangimento e às imagens de figuras públicas.

Ademais, também ficou esclarecido, conquanto nos modestos limites do presente estudo, que o entendimento em questão ostenta amplitudes subjetiva e objetiva muito além da competência criminal originária do STF, apresentando-se como uma orientação certamente replicável nos mais diversos tribunais e juízos e exclusivamente em prol de indivíduos política e economicamente privilegiados.

Restou também demonstrado que a Corte Suprema brasileira tem se apresentado como verdadeira promotora da seletividade penal na praxe judiciária nacional, reiterando, diuturnamente, à sociedade brasileira a demonstração de que agentes públicos detentores não só de foros por prerrogativa de função como também do pertinente poder político e econômico sempre gozarão de atenção redobrada por parte dela no tocante ao resguardo de seus direitos fundamentais. Tal atenção, em regra, não é deferida aos negros pobres de

até 29 anos de idade investigados ou acusados pela prática, em tese, de delitos circunscritos à dinâmica do tráfico de drogas.

Em acréscimo, não obstante as fecundas iniciativas de inúmeros juízes, membros dos Ministérios Públicos e delegados de polícia Brasil afora, na busca pela mitigação do quadro de impunidade há muito vigente no País, é pertinente ressaltar que, nos termos da manifestação do presidente da Associação Nacional dos Juizes Federais, a postura do STF ainda reflete um quadro institucional a replicar, perante os órgãos incumbidos da defesa do princípio basilar firmador da igualdade de todos perante a lei, a perene desigualdade social predominante no Brasil.

Em síntese, o sistema de persecução penal no Brasil foi edificado – da atividade de investigação, até a finalização da instrução processual penal, passando pelos Ministérios Públicos – com vistas a promover e garantir a manutenção do quadro de desigualdade e segregação social reinante no País desde o Império. Tal sistema tem encontrado a sua coluna de sustentação no STF, verdadeiro centro irradiador da seletividade penal rumo aos demais integrantes e componentes de todo o sistema de segurança pública e de justiça brasileiros.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOZA, Kelly de Souza; COELHO, Nuno Manoel Morgadinhos dos Santos. A questão étnico-racial do sonho americano: o encarceramento dos pobres e negros no Estado policial. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 164-182, 2017. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/a-ques>

tao-etnico-racial-do-sonho-americano-o-encarceramento-dos-pobres-e-negros-no-estado-policial/>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 1º fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais. *Notícias CNJ*, Brasília, 23 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Postulados, princípios e diretrizes para a política de alternativas penais. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c291046c303e359f32873a74b836efcd.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2018.

COUTINHO, Filipe. Privilégio supremo. *Crusoe*, 20 jul. 2018. Disponível em: <<https://crusoe.com.br/edicoes/12/privilegio-supremo/>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

FARIAS, Adriana. Delegacias de polícia criam “meta” para número de flagrantes. *Veja São Paulo*, São Paulo, 26 fev. 2018. Disponível em: <<https://veja.sp.abril.com.br/cidades/delegacias-de-policia-criam-meta-para-numero-de-flagrantes/>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

FONSECA, Bruno; FERRARIA, Caroline; FIGUEIREDO, Patrícia. STF leva um ano para receber denúncias da Lava Jato. *Pública Agência de Notícias*, São Paulo, 16 abr. 2018. Disponível em: <<https://apublica.org/2018/04/stf-leva-um-ano-para-receber-denuncias-da-lava-jato/>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Atlas da violência 2018*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/atlas-da-violencia-2018/>>. Acesso em: 14 maio 2018.

\_\_\_\_\_. *Atlas da violência 2017*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/atlas-da-violencia-2017/>>. Acesso em: 14 maio 2018.

HOMERIN, Janaina Camelo. O papel de uma legislação penal mais responsável na redução do fluxo de entrada no sistema prisional. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 30-47, 2017. Disponível em: <<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

MACHADO, Bruno Amaral; ZACKESKI, Cristina; RAUPP, Rene Mallet. Tempos da investigação: o transcurso do inquérito policial no Sistema de Justiça Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 124, 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblio](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblio)>

teca/bibli\_servicos\_produtos/bibli\_boletim/bibli\_bol\_2006/RBCCrim\_n.124.05.PDF>. Acesso em: 10 jul. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PUPO, Amanda. Ministério Público deve justificar continuidade de inquéritos. Entrevista com Fernando Mendes, presidente da Associação Nacional do Juízes Federais. *Estadão*, 14 jul. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ministerio-publico-deve-justificar-continuidade-de-inqueritos-diz-presidente-da-ajufe/>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

RICAS, Eugênio Coutinho. O nascimento de um sistema prisional: o processo de reforma no estado do Espírito Santo. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 64-78, 2017. Disponível em: <<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 10 jun. 2015. *DJe*, 1º fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus* n. 143.921/MG. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 6 jun. 2018. *DJe*, 8 jun. 2018. Disponível

em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5188720>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* n. 80.564/RJ. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 19 set. 2001. *Informativo STF*, n. 242, 17 a 21 set. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo242.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Inquérito n. 4.442/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 6 jun. 2018. *DJe*, 12 jun. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149825>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Inquérito n. 4.429/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 8 jun. 2018. *DJe*, 14 jun. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149798>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Inquérito n. 4.391/DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 29 jun. 2018. *DJe*, 29 jun. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149728>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12 MC/DF. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF. *DJe*, 21 fev. 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2358461>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Súmula Vinculante n. 13. *DJe*, 29 ago. 2008. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício

de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=13.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 865.401/MG. Brasília, DF, 14 ago. 2015 *DJe*, 9 out. 2015. Repercussão geral reconhecida. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9551483>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Primeira Turma. Mandado de Segurança n. 33.340/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 26 maio 2015. *DJe*, 3 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8978494>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Segunda Turma. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 133.118/CE. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 26 set. 2017. *DJe*, 9 mar. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14475147>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

VENTURINI, Lilian. Por que a juíza que mandou soltar 11 presos pode perder o cargo. *Nexo*, 14 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/02/14/Por-que-a-juíza-que-mandou-soltar-11-presos-pode-perder-o-cargo>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

WEICHERT, Marlon Alberto. Violência sistemática e perseguição social no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 106-129, 2017. Disponível em: <<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

# O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E A CONDUÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

*Patrícia Muxfeldt\**

## RESUMO

O presente texto tem por objetivo analisar os desdobramentos da Lei n. 12.830/2013, que atribuiu ao delegado de polícia a direção da investigação criminal realizada por meio do inquérito policial, em relação à eficiência da futura acusação judicial patrocinada pelo Ministério Público. A discussão abordará as dificuldades enfrentadas pelo membro do Ministério Público na atuação judicial – contexto em que terá todo o ônus da prova acusatória –, quando é privado de conduzir a investigação pré-processual e não tem a prerrogativa de traçar as estratégias de investigação. É apontada a relevância de o *Parquet* dirigir a investigação criminal realizada pela polícia judiciária, para que o Ministério Público possa cumprir suas funções constitucionais e combater com eficiência a impunidade.

**Palavras-chave:** Sistema acusatório. Polícia judiciária. Lei n. 12.830/2013. Direção do inquérito policial. Eficiência da investigação criminal.

---

\* Procuradora da República.

## ABSTRACT

This paper intend to unfold the Law No. 12830/2013 – which gave the police chief the direction of the criminal investigation conducted through the police investigation – regarding the efficiency of the future prosecution sponsored by the Public Ministry. The discussion will address the difficulties faced by the *Member of the Brazilian Government Agency for Law Enforcement* in judicial proceedings – when he has the entire burden of proof – as long as he was not conducting the pre-judicial investigation, as well as did not trace the investigation strategies. It is pointed out the importance of the *Prosecutor* to preside the criminal investigation carried out by the judicial police, so that the Public Ministry can fulfill its constitutional functions and efficiently combat impunity.

**Keywords:** Accusatory system. Judiciary police. Law No. 12830/2013. Direction of the police investigation. Efficiency of criminal investigation.

## 1. INTRODUÇÃO

Ao Ministério Público, em sua atuação judicial, cabe todo o ônus probatório da acusação, postulado básico do sistema acusatório. Para poder cumprir essa tarefa de forma eficiente, ele precisa não só conhecer profundamente a prova colhida na fase pré-processual como também ter certeza de sua robustez e qualidade. Essa premissa, contudo, é dificultada porque o direito brasileiro considera que a investigação criminal deve ser dirigida pelo delegado de polícia. Assim dispõe a Lei n. 12.830/2013, que outorga a esse profissional autonomia na condução do inquérito policial.

Dessarte, instala-se na prática verdadeira antinomia de papéis

institucionais, visto que ao Ministério Público interessaria traçar as estratégias do inquérito policial, para melhor exercer a titularidade da futura ação penal. Embora a polícia judiciária esteja legitimada a dirigir as investigações, pela Lei n. 12.830/2013, o Ministério Público está autorizado pela Constituição Federal (CF) a conduzir a produção probatória investigativa, uma vez que lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, a titularidade da ação penal, o controle externo da polícia e a requisição do inquérito policial, bem como quaisquer diligências (CF, arts. 127, *caput*, e 129, I, VII e VIII).

A solução de tal impasse deve partir da análise finalística de cada uma das instituições, na busca por maior eficiência do sistema acusatório brasileiro.

## 2. DISCUSSÃO

Segundo Nucci (2009, p. 74), há, basicamente, três sistemas regentes de processo penal: a) inquisitivo, b) acusatório e c) misto. No primeiro, o julgador exerce também a função de acusador. No segundo, há clara separação entre o órgão acusador e o julgador, bem como é prevista uma série de garantias ao réu. Já no terceiro, o processo é dividido em duas fases: instrução preliminar, correspondente ao inquérito policial, de natureza inquisitiva; e julgamento, de natureza acusatória.

A tendência majoritária, considerando-se o crescente movimento pelo reconhecimento dos direitos humanos, entre os quais se incluem a ampla defesa, a presunção de inocência, a proibição de produzir provas contra si mesmo e as garantias do devido processo legal, é de que se compreenda o direito brasileiro como adepto do sistema acusatório (MIRABETE, 2006). Surge, portanto, para a acusação uma plêiade de obrigações probatórias, das quais

ela não poderá se furtar, sob pena de ver sua denúncia julgada improcedente por falta de provas.

Com efeito, é comum ver em sentenças judiciais a frase “a acusação não logrou êxito em se desincumbir do ônus que lhe cabia de provar os fatos narrados na denúncia”. Tal ônus da prova, portanto, é todo da acusação. Sobre ela pesa o fardo, a responsabilidade social e a tarefa, muitas vezes hercúlica, de obter provas de que o fato criminoso ocorreu e o denunciado foi seu autor. Repisa-se que toda a prova é alçada nos ombros da acusação, até mesmo aquela que caberia ao réu provar, como nos fatos por ele alegados. Ainda que o próprio Código de Processo Penal (CPP), em seu art. 156, tenha estabelecido que o ônus da prova cabe a quem alegar o fato, a prática forense, orientada pela quase absoluta preponderância da “teoria garantista”, considera que o réu nada precisa provar; restando, portanto, à acusação produzir as provas.

Tal entendimento, percebido e legitimado no princípio da livre convicção do juiz, pode parecer, à primeira vista, justo e correto, pois está em consonância com a irretorquível necessidade de proteção aos direitos humanos. Entretanto, cabe questionar se o interesse do Estado e da sociedade é apenas o de proteger os direitos dos acusados, a qualquer custo, ou se também há o desejo de que os crimes sejam solucionados e os culpados punidos. Relevante indagar se a função da acusação não é essencial ao próprio Estado e se ela não se apresenta como uma importante responsabilidade para com a sociedade, na medida em que contribui para a paz social.

Se for certo considerar que ambas as necessidades são relevantes para o Estado e para a sociedade, então se deveria, na prática, equilibrar um pouco as armas<sup>1</sup> e as obrigações de cada um dos

---

1 Princípio da paridade das armas.

sujeitos do processo. No direito estadunidense, por exemplo, o acusado tem deveres éticos, em especial o de não cometer perjúrio, caso opte por prestar depoimento.

Mas o verdadeiro equilíbrio de armas pode ser buscado de outras formas que não só por meio de exigências em face do réu. Ele pode residir no reconhecimento de que a acusação pode e deve ter real ingerência na fase investigatória pré-processual, a qual geralmente se desenvolve em um inquérito policial. Perceber que o Ministério Público é que deve dirigir as investigações realizadas no inquérito policial é corolário lógico da paridade de armas que se almeja lá adiante, na fase judicial, na qual caberá ao *Parquet* usar as provas produzidas no inquérito policial e arcar com todo o ônus probatório da acusação.

Difícil não citar a prática forense novamente, por sua importância para as conclusões deste trabalho. A experiência criminal diária revela que é o delegado de polícia quem traça as estratégias investigativas do inquérito policial, salvo algumas exceções, tais como em grandes operações. Isso ocorre porque se criou a convicção, inclusive de base doutrinária e agora legal, após publicada a Lei n. 12.830/2013, de que cabe a esse profissional dirigir o inquérito, conduzindo-o e presidindo-o. Assim, nada mais natural do que ele definir as estratégias e as provas a serem produzidas.

O problema é que esse sistema é falho, porque alija o futuro destinatário das provas de todo o processo formativo da base acusatória. A concepção que vê no delegado de polícia o chefe da investigação afasta o Ministério Público das provas, visto não ser rara a dificuldade em abstrair das oitivas realizadas pelo delegado a convicção ou segurança das testemunhas ouvidas, especialmente porque muitas vezes não se gravaram os depoimentos ou não se fizeram perguntas pertinentes.

Uma coisa é a investigação e a acusação serem realizadas por

um sujeito e o processo ser julgado por outro. Situação bem diferente é a investigação ser feita por um sujeito, a acusação por outro, e o julgamento por um terceiro. Assim, a pergunta que se propõe é: por que dois sujeitos atuam separadamente, se a finalidade de atuação de um está englobada na função do outro?

Veja-se: o Ministério Público deve poder participar ativamente das investigações realizadas no inquérito policial, definindo as estratégias e presidindo o expediente. Isso se justifica porque o trabalho produzido no inquérito policial se destina a subsidiar a atuação do Ministério Público, portanto nada mais salutar do que o promotor natural fazer as escolhas que julgar importantes para a apuração do caso, sem que isso gere constrangimentos, como atualmente ocorre.

Dir-se-á que o Ministério Público tem a prerrogativa de intervir no inquérito policial – aliás desde o seu nascedouro –, requisitando diligências, por força do disposto no art. 129, VIII, da CF. Porém, a prática nos ensina que a polícia investiga da forma como acha melhor, haja vista não ser subordinada ao Ministério Público, embora costume cumprir as requisições feitas pelo *Parquet*. Em geral, o delegado de polícia parece não agregar as requisições feitas pelo Ministério Público ao seu “plano investigativo”. No inquérito policial, há certa distinção entre as provas determinadas pelo delegado e aquelas que foram objeto de requisição do Ministério Público. A situação fica ainda mais evidente quando as diligências deste são feitas após relatado o inquérito. Afinal, o delegado de polícia já exarou o seu parecer sobre a existência ou não de materialidade e autoria do fato. Nesses casos, o inquérito policial apresenta-se como uma peça descontínua a partir da qual a conclusão da investigação fica, por vezes, obscura.

Aliás, a praxe absolutamente disseminada nas delegacias de Polícia Federal, de emissão de verdadeiros pareceres jurídicos pelos delegados de polícia – em vez de singelos relatórios sem emissão de juízo de valor, como prevê o art. 10, § 1º, do CPP –, baseados

apenas no relato dos atos praticados no inquérito policial, tumultua a fase final investigativa, na medida em que a convicção que importará é a do Ministério Público, titular da ação penal.

A Lei n. 12.830/2013 veio embaraçar mais o tema, uma vez que, de forma bastante clara, evidencia sua finalidade de atribuir aos delegados de polícia mais poder sobre o inquérito policial:

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

(...)

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Art. 3º O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados.

Certamente a elaboração desse normativo se deveu a divergências acerca da natureza da função do delegado de polícia e de a quem cabia, afinal, a direção do inquérito policial. Diante disso, a lei disciplinou essas questões.

Contudo, cabe questionar, neste espaço de livre pensamento, a relevância e o acerto dessa opção legislativa para a eficácia da persecução penal. Possível, ainda, questionar a constitucionalidade dessa lei, uma vez que a Carta de 1988 outorgou à polícia judiciária federal, entre a extensa gama de poderes do Estado, apenas o direito de apurar crimes. Tal poder de Estado não é de natureza jurídica, mas administrativa. Da leitura de nenhum dispositivo da Constituição Federal é possível concluir que a atribuição da polícia judiciária seria jurídica, apta a encerrar a emissão de parecer jurídico por parte do delegado de polícia, visto que sua função é investigar os crimes, e não emitir uma conclusão sobre se eles de fato ocorreram. A figura do indiciamento, portanto, é totalmente desnecessária.

Releva notar que a Lei n. 12.830/2013 foi objeto de ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF), as quais ainda pendem de julgamento.<sup>2</sup>

Com efeito, a Constituição dispõe que à Polícia Federal cabe, nos termos do art. 144, § 1º:

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

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

---

2 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.043, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.073, ajuizada pela Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis.

III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

Note-se que à Polícia Federal é atribuída a função de, tão somente, apurar os crimes federais. A função repressora, de outro lado, restringe-se aos crimes de tráfico de drogas e afins, ao contrabando e ao descaminho. Nenhum poder dispositivo sobre investigar determinado ilícito penal ou opinar a respeito dos resultados da investigação é previsto pela Constituição em prol da Polícia.

Por tudo isso, observa-se não ser incomum que as relações entre o Ministério Público Federal e a Polícia Federal sejam marcadas pela tensão, embora haja boas exceções, a depender das pessoas que estão a exercer os cargos. Ainda assim, não se pode depositar o sucesso da investigação criminal na sorte de haver um encontro feliz entre um determinado procurador da República e um delegado da Polícia Federal em particular. É preciso que o comando do inquérito policial, no que tange à forma como será desenvolvida a investigação, pertença ao Ministério Público. Necessária, portanto, a mudança da lei que dispôs o contrário, assim como imprescindível o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

A questão ora tratada vai muito além da mera luta pelo poder. O cerne está na utilidade e na qualidade da investigação criminal, entendidas como o aproveitamento que a prova produzida no inquérito policial terá para o Ministério Público. O ponto principal da discussão é a eficiência da produção probatória acusatória, apta a atender aos anseios sociais de uma persecução penal eficaz, reduzindo o nível de impunidade.

O Ministério Público, titular da futura ação penal, precisa ter total liberdade para produzir as provas que entender necessárias no inquérito

policial, pois delas dependerá o êxito de sua denúncia. Não é, porém, o que ocorre hoje em dia. O entendimento comum é de que o delegado não se subordina ao membro do Ministério Público, portanto não teria necessidade de seguir suas orientações, a menos que elas viessem em forma de “requisição”, por força do disposto constitucionalmente. Contudo, a questão é mais complexa, porque nem sempre uma requisição resolverá e englobará toda uma estratégia investigativa.

Situação peculiar ocorre quando o procurador da República considera conveniente realizar uma dada operação, mas o delegado discorda. O resultado desse “conflito”, que se instaura de forma muitas vezes velada, é a inviabilização da operação, pois prevalece, na prática, o desejo de quem detém o comando do aparato investigativo.

O que resolveria essa esdrúxula sobreposição de papéis, que apenas prejudica o andamento da apuração dos ilícitos criminais, é a aproximação da Polícia Federal à estrutura e organização formal do Ministério Público Federal. Numa medida ousada, a polícia judiciária federal poderia passar a ser vinculada à organização do Ministério Público, e não ao Poder Executivo. Possível pensar até mesmo em uma divisão estrutural, de modo que a polícia de segurança pública federal permanecesse vinculada ao Poder Executivo, ao passo que a polícia judiciária federal passasse a ser vinculada ao Ministério Público. Claro que tal mudança exigiria alterações constitucionais, visto que a estrutura organizacional das polícias tem assento na Carta Magna (art. 144).

De outro lado, embora não haja mais dúvidas de que o Ministério Público pode promover, por autoridade própria, a investigação criminal<sup>3</sup>, é inegável que a Polícia Federal detém melhor estrutura

---

3 STF, Recurso Extraordinário n. 593.727/MG. Relator: Ministro Cezar Peluso. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 maio 2015.

e mais pessoal capacitado para isso, no que tange aos crimes de maior envergadura. Nesse sentido, muito investimento teria de ser feito no âmbito daquela instituição para que ela pudesse investigar de forma autônoma. Mais viável, portanto, seria poder contar com o trabalho da Polícia Federal, devendo este se desenvolver de acordo com a orientação do Ministério Público.

A Polícia Federal deve exercer seu relevante papel em consonância com a Constituição, auxiliando o Ministério Público, a fim de que os crimes federais sejam devidamente apurados e o titular da ação penal tenha condições de exercer seu múnus público com segurança. Desse modo, o *Parquet* poderá apresentar ao Poder Judiciário uma conclusão robusta e exaustiva sobre a investigação de determinado delito, por meio do oferecimento de denúncia ou de pedido de arquivamento do fato.

Não é demais reafirmar a importância do Ministério Público no combate à impunidade. A instituição está autorizada pela Carta da República a promover a ação penal (art. 129, I), com o que espera o Estado haver a devida punição do infrator e a prevenção dos crimes em geral. Mais do que isso, está autorizada a defender a ordem jurídica (art. 127, *caput*), a realizar o controle externo da atividade policial (art. 129, VII) e a requisitar inquérito policial e diligências policiais (art. 129, VIII), entre “outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade” (art. 129, IX). Há, portanto, evidente legitimidade para que o Ministério Público conduza as investigações policiais que lhe permitirão cumprir sua missão constitucional.

Na esteira dessa acepção, verifica-se no direito comparado que em vários países a polícia judiciária está subordinada ao Ministério Público. Em Portugal, é ele que define e produz as provas da investigação, com o auxílio da polícia judiciária, a qual lhe é subordinada (CARNEIRO, 2007, p. 72). Igualmente, na Alemanha, na

França e na Itália, cabe ao Ministério Público dirigir o inquérito, no que é auxiliado pela polícia judiciária (SANTIN, 2001, p. 93/115).

Na doutrina, há vozes que defendem que a investigação, no Brasil, seja realizada diretamente pelo Ministério Público, com o auxílio da polícia judiciária. Pacelli (2014, p. 66-67), por exemplo, embora assevere que a polícia judiciária não é subordinada ao Ministério Público, assinala que a Constituição Federal deveria ter previsto autonomia investigativa ao *Parquet*. Mais adiante, afirma que, em inúmeros ordenamentos, a investigação é controlada pelo Ministério Público, sobretudo por caberem a este a formação da *opinio delicti* e a produção da prova em juízo. Já Ferrajoli (2002, p. 638), defensor do garantismo penal, entende que as investigações criminais deveriam estar subordinadas à direção do Ministério Público. Por fim, Ávila (2016, p. 191), defendendo a necessidade de uma parceria entre o Ministério Público e a polícia, assinala que existe uma estreita relação interinstitucional entre um e outro, marcada pelo cooperativismo, de modo que uma instituição está intrinsecamente ligada à outra. Ainda, em seu trabalho de doutorado, tece interessantes conclusões:

O estudo de direito comparado evidencia os seguintes pontos relevantes no relacionamento da Polícia com o Ministério Público:

- (i) a Polícia não pode ser senhora absoluta da fase investigativa, pois a investigação é realizada no interesse de subsidiar a futura ação penal (ou a decisão de arquivamento das investigações);
- (ii) há uma clara tendência em se atribuir ao Ministério Público a direção da fase investigativa, através do direcionamento à distância das linhas de investigação a serem seguidas e da indicação das diligências necessárias ao exercício da ação penal;
- (iii) apesar dessa tendência, também se reconhece um certo espaço de liberdade à polícia nos momentos iniciais após a prática do crime, relacionado

ao saber policial; (iv) há um interesse especial do Ministério Público em acompanhar as comunicações de notícias de crimes que não geram instauração de investigação.

### 3. CONCLUSÕES

Visto que o sistema processual brasileiro é o acusatório, o que falta para sua real implementação é que a polícia judiciária esteja mais próxima e subordinada ao Ministério Público. Isso permitirá ao *Parquet* conduzir sua atividade no processo penal judicial de forma robusta, em razão de sua participação também na investigação policial, na condição de protagonista.

As provas produzidas no inquérito policial destinam-se ao Ministério Público, razão pela qual é ele quem deve dirigir as investigações. Já a função da polícia judiciária deve ser eminentemente administrativa, voltada para a coleta de provas, e não jurídica. Seu papel é apoiar a atuação do Ministério Público, a quem cabe, por determinação constitucional, a defesa da ordem jurídica. O auxílio prestado pela polícia deve corresponder às estratégias de investigação definidas pelo Ministério Público, uma vez que a investigação não é um fim em si mesma, mas um meio de subsidiar a futura decisão desta instituição sobre oferecer a denúncia ou postular o arquivamento do fato.

Diante disso, a Lei n. 12.830/2013 constituiu um retrocesso à eficácia da investigação criminal, na medida em que estabeleceu poderes e autonomia aos delegados de polícia, que em nada contribuem para o êxito da apuração pré-processual e, principalmente, para a eficácia da acusação judicial a ser feita mais adiante, a qual é de titularidade do *Parquet*. Referida lei, além de equivocada, é inconstitucional, por dois motivos: encerra que a investigação criminal é exclusividade da polícia judiciária, embora o Ministério Público e outras instituições

também tenham atribuição de investigar; e atribui aos delegados função jurídica, ao passo que a Constituição Federal lhes outorgou exclusivamente a função administrativa de investigar crimes.

Logo, mostra-se importante a mudança do paradigma estabelecido pela Lei n. 12.830/2013, que está em descompasso com a tendência mundial de considerar que cabe ao Ministério Público a condução das investigações criminais.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom. *Fundamentos do controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 191.

\_\_\_\_\_. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Tese (Doutorado) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *O Ministério Público e suas investigações independentes*. Curitiba: Malheiros, 2007. p. 72.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 22.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 74.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 66-67.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. Bauru: Edipro, 2007. p. 93/115.

# PODE O JUIZ CONDENAR SEM QUE HAJA PEDIDO DE CONDENAÇÃO?

*Paulo Queiroz\**

## RESUMO

O presente artigo trata da possibilidade de condenação na ação penal pública sem pedido de condenação, conforme disposto no art. 385 do Código de Processo Penal. O autor sustenta, com base no sistema acusatório, que tal previsão não foi recepcionada pela Constituição.

## 1. INTRODUÇÃO

De acordo com o art. 385 do Código de Processo Penal (CPP), o juiz pode condenar ainda que o Ministério Público tenha proposto a absolvição. O artigo diz textualmente:

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

---

\* Professor da Universidade de Brasília (UnB) e procurador regional da República.

pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.<sup>1</sup>

Todavia, esse dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que adotou, embora de modo sumário, o sistema acusatório de processo penal<sup>2</sup>, o qual distingue claramente as funções de acusar, defender e julgar (*actum trium personarum*). Nesse contexto, compete ao Ministério Público, como regra, e ao ofendido, como exceção (ação penal privada subsidiária), promover a ação penal pública, na forma da lei (CF, arts. 129, I, e 5º, LIX<sup>3</sup>).

Justo por isso, ao juiz não é dado iniciar o processo de ofício (*ne procedat iudex ex officio*), tampouco condenar o réu quando o Ministério Público, titular da ação penal, com boas ou más razões, propuser a absolvição.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

Se o juiz, enquanto sujeito imparcial e garantidor dos direitos

---

1 No caso de ação penal privada, porém, se o querelante não pedir a condenação, haverá perempção, logo, extinção da punibilidade (CPP, art. 60, III).

2 De acordo com Ferrajoli (2014, p. 519 et seq.), “pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. (...) De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação”.

3 Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.

fundamentais, estiver em desacordo com a manifestação ministerial, tem as seguintes alternativas: a) absolver o réu ainda assim ou b) invocar, analogicamente, o art. 28 do CPP<sup>4</sup>, enviando os autos ao chefe da instituição ou a quem a lei designar, para que decida definitivamente sobre o tema.

A segunda solução parece ser a mais razoável, visto que, a fim de evitar que o juiz se converta em acusador, talvez se converta o acusador em juiz (item *a*), passando o Ministério Público a ser, além de *dominus litis*, também senhor da interpretação – se bem que nada mudará substancialmente se o chefe da instituição mantiver o pronunciamento pela absolvição.

De todo modo, impossível é o juiz natural substituir-se, sem mais, ao acusador constitucional (Ministério Público ou querelante) e condenar na falta de pedido condenatório por parte do órgão competente, porque a ausência de pedido de condenação equivale à própria ausência de acusação. Condenar sem pedido de condenação é, pois, condenar arbitrariamente, com violação ao devido processo constitucional.

Também por isso, o juiz não pode condenar além do pedido formulado pelo órgão da acusação (*ultra petita*), sob pena de violação ao princípio da correlação entre a acusação, a defesa e a sentença. Aliás, se não pode o menos (condenar além do pedido), sem observância das regras da *emendatio* e da *mutatio libelli* (CPP, arts. 383 e 384), não há de poder o mais: condenar sem pedido de condenação.

---

4 Se o órgão do Ministério Público, em vez de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Ademais, se admitirmos que o juiz pode condenar por sua conta e risco, sem pedido condenatório, por que não poderia condenar *ultra petita*?

Releva notar que as alegações finais são peça importantíssima, na medida em que se prestam a apreciar e valorar todas as questões relevantes suscitadas no curso do processo. Devem, por isso, prevalecer sobre a denúncia, substituindo-a, seja porque traduzem o posicionamento final do órgão acusador, seja porque têm lugar após a produção da prova em contraditório perante o juiz natural.

Em suma, o art. 385 do CPP só faz sentido num sistema inquisitório ou tendencialmente inquisitório, próprio de modelos autoritários de processo penal (no caso, ditadura Vargas), não em um sistema de tipo acusatório, tampouco acusatório-garantista-democrático de processo penal<sup>5</sup>, que atribui a órgãos distintos e independentes as funções de acusar, defender e julgar e prima, ou deve primar, pela imparcialidade dos julgamentos, como garantia fundamental dos acusados, essencial à realização do *due process of law*, formal e substancial.

Daí dizer Dias (2004, p. 144/145) que a acusação define e fixa, perante o juiz ou tribunal, o objeto do processo, o qual, por sua vez, delimita e fixa os limites dos poderes de cognição e decisão do juízo ou tribunal. Em suma, o objeto do processo penal é o objeto da acusação. Apesar disso, o autor, cuja obra é de 1974, admite a possibilidade de condenação sem pedido condenatório,

---

5 Um sistema garantista é necessariamente acusatório, mas a recíproca não é verdadeira, isto é, um sistema acusatório não é necessariamente garantista. O sistema acusatório é, pois, uma condição necessária, mas não suficiente, para a realização de um modelo garantista de processo. Daí figurar apenas como um dos axiomas do garantismo, o oitavo (*nullum iudicium sine accusatione*). V. Coutinho, 2009.

ainda que faça remissão a dispositivos do Código de Processo Penal português de 1929, revogado pelo de 1987. Escreve textualmente:

A acusação define e fixa, perante o tribunal, o objecto do processo. No processo de tipo inquisitório puro, a acusação, mesmo quando existisse, condicionaria apenas o se da investigação judicial, não seu como nem o seu quanto: poderíamos ter aqui de novo uma “forma acusatória” mas não um “princípio de acusação”, pois que a cognição do tribunal se poderia dirigir indiscriminadamente (inquisitorialmente) a qualquer suspeita de infracção ou de infractor, mesmo que aquela não tivesse nenhum reflexo no contexto da acusação. Segundo o princípio da acusação, pelo contrário – e é esta sem dúvida a sua implicação mais relevante –, a actividade cognitória e decisória do tribunal está estritamente limitada pelo objecto da acusação. Deve-se, pois, firmar-se que o objecto do processo penal é o objecto da acusação, segundo este que, por sua vez, delimita e fixa os poderes de cognição do tribunal e a extensão do caso julgado.

Mais adiante, registra (DIAS, *idem*, p. 195):

O último ponto enunciado vale, sobretudo, perante as alegações orais na audiência de discussão e julgamento (arts. 467, 533 e 539 do CPP). Pode o MP ter pedido a absolvição do arguido e o tribunal condená-lo – como pode a defesa, considerando provado o crime, pedir apenas a condenação em uma pena leve e o tribunal absolver o arguido.

Entre nós, Badaró (2013, p. 39) observa que,

separadas as funções, cabe ao juiz, somente ao juiz, apenas julgar. A função de acusar deve ser reservada a órgão distinto do juiz.

Assim, não poderá o juiz iniciar o processo, sendo-lhe vedado o exercício da ação. Do *ne procedat iudex ex officio* deriva que o juiz não pode prover sem que haja um pedido. Como consequência, daí decorre outro princípio: o juiz não pode prover diversamente do que lhe foi pedido. O *ne procedat iudex ex officio* nada mais é do que corolário ou consequência do direito de ação. E, reflexo de ambos, surge a vedação de o juiz pronunciar-se sobre algo que não integrou o objeto do processo, isto é, a proibição de que o juiz profira um provimento sobre matéria que não foi trazida ao processo quando uma das partes exerceu o direito de ação; o juiz agiria de ofício e violando a regra da inércia da jurisdição.

No sentido da não recepção do art. 385 do CPP, escrevem, entre outros, Aras (2013), Prado (2006, p. 116-117) e Lopes Jr. (2014), respectivamente:

O inciso LIII do art. 5º da CF reclama uma leitura atenta, pois dele são extraídos os princípios do promotor natural e do juiz natural. Quanto ao primeiro, é forçoso convir que, nas ações penais públicas – e ressalvada a ação penal privada subsidiária –, cabe privativamente ao Ministério Público processar alguém por uma infração penal qualquer. Se a autoridade processante estatal – a única competente para acusar o réu naquela jurisdição – abandonar fundamentadamente a pretensão punitiva, não pode esse mesmo Estado condená-lo. O juiz pode muito, mas não pode tudo. Como garantidor dos direitos fundamentais do acusado e do seu estado de inocência, o juiz criminal é antes de mais nada um óbice à pretensão condenatória do que um facilitador dela. Deste modo, não tem respaldo constitucional o art. 385 do CPP, que foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro sob a égide da Constituição autoritária de 1937, num processo penal marcadamente inquisitivo.

Enfim, é evidente a não recepção do art. 385 do CPP pela Constituição de 1988, carta que adotou o modelo acusatório de processo penal. Sua aplicação no Brasil equivale a uma condenação sem acusação, prática judicial inquisitorial, violadora do dever de imparcialidade judicial e do devido processo legal. O juiz criminal não é um assistente de acusação, que se levanta contra o réu quando o Ministério Público claudica ou se convence de sua inocência. O juiz criminal é um garantidor; jamais um acusador.<sup>6</sup>

Isso não significa que o juiz está autorizado a condenar naqueles casos em que o Ministério Público haja requerido a absolvição do réu, como pretende o artigo 385 do Código de Processo Penal. Pelo contrário. Como o contraditório é imperativo para a validade da sentença que o juiz venha a proferir, ou, dito de outra maneira, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição. (...) Assim, quando em alegações finais o Ministério Público opina pela absolvição do acusado, o que ocorre em concreto, no processo, é que o acusador subtrai do debate contraditório a matéria referente à análise das provas que foram produzidas na etapa anterior e que possam ser consideradas desfavoráveis ao réu. Como poderá a defesa reagir a argumentos que não lhe foram apresentados? (...) Nesses termos, se o Assistente do Ministério Público, devidamente habilitado, se pronunciar em alegações finais pela condenação, opondo argu-

---

6 No mesmo sentido, Calabrich (2017) e Badê Jr. e Senna (2009). Não admitindo o reconhecimento de circunstâncias agravantes sem prévio debate, Fernandes (2005).

mentos que poderão ser respondidos pela Defesa, a exigência do contraditório terá sido atendida.

E por que, então, o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? Exatamente porque o poder punitivo estatal – nas mãos do juiz – está condicionado à invocação feita pelo Ministério Público através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. Condenar sem pedido é violar, inequivocamente, a regra do fundante do sistema acusatório que é o *ne procedat iudex ex officio*. Também é rasgar o Princípio da Correlação, na medida em que o espaço decisório vem demarcado pelo espaço acusatório e, por decorrência, do espaço ocupado pelo contraditório, na medida em que a decisão deve ser construída em contraditório (Fazzalari). O poder punitivo é condicionado à existência de uma acusação. Essa construção é inexorável, se realmente se quer efetivar o projeto acusatório da Constituição. Significa dizer: aqui está um elemento fundante do sistema acusatório.<sup>7</sup>

---

7 No mesmo sentido, Moraes da Rosa (2016, p. 481): “Anotese que o art. 385 do CPP não é compatível com o processo entre jogadores e constitucional. Logo, se o jogador acusador requerer a absolvição, a decisão do julgador estará vinculada aos limites do pedido em alegações finais, não podendo condenar, sob pena de trazer para si o objeto do processo.” Como assinala Duclerc (2008, p. 128), “além de alguns dispositivos do CPP (como os arts. 28, 42 e 385, acima referidos), a regra da obrigatoriedade não tem amparo direto nem na Constituição Federal nem em quaisquer documentos internacionais sobre Direitos Humanos assinados pelo Brasil, o que torna suspeita, mesmo, a sua natureza de *princípio*”.

É bem verdade que nem todos estão de acordo com essa perspectiva. Tourinho Filho (2009, p. 937), por exemplo, considera que o art. 385 do CPP é consectário lógico do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, expressamente previsto no art. 42 do mesmo Código, razão pela qual, se o juiz deveria proferir decreto absolutório quando o Ministério Público entendesse conveniente, o direito de punir passaria a pertencer a este. Bastaria o promotor público pedir a absolvição que o juiz estaria obrigado a atendê-lo, tornando disponível o que é indisponível. Assim, ainda que o Ministério Público postule a absolvição do réu, nada impede que o juiz profira decreto condenatório. De modo similar, Nucci (2015, p. 818) e Pacelli (2014, p. 448), entre outros.

Também nesse sentido, Jardim e Amorim (2016, p. 81):

Na verdade, o mencionado art. 385 do Código de Processo Penal não poderia dispor de forma diferente e é resultante do princípio da indisponibilidade da ação penal pública (art. 42 do CPP). O pedido de condenação não é retirado, sendo que, nas alegações finais, apenas dá um “parecer” sobre a pretensão punitiva estatal, que está manifestada na denúncia e nela permanece. De qualquer forma, o legislador não tem saída: a) ou obrigaria o Ministério Público a insistir sempre e sempre na condenação do réu, o que seria um absurdo; b) ou obrigaria o juiz a absolver o réu e, nesse caso, a decisão seria do próprio Ministério Público, que mandaria o juiz proferir uma decisão meramente formal de absolvição, o que seria um despautério (...).

Ocorre que o assim chamado “princípio da obrigatoriedade” da ação penal é, em verdade, um aspecto do princípio da legalidade, segundo o qual o Ministério Público não pode atuar arbitrariamente, sem pautar suas manifestações pela lei, pela Constituição e pelas

convenções internacionais. Rigorosamente falando, não existe “um princípio da obrigatoriedade”, mas um dever de atuação conforme a lei – que, aliás, é um princípio geral da administração pública (CF, art. 37). Nesse sentido, legalidade significa que a atividade do Ministério Público há de desenvolver-se sob o signo da estrita vinculação à lei, e não segundo considerações de oportunidade ou conveniência (FIGUEIREDO DIAS, 2004, p. 126). Logo, ressalvados os casos previstos na própria lei, a exemplo do que fazem as Leis n. 9.099/1995 e n. 12.850/2013, não pode o Ministério Público dispor da ação penal e, pois, fazer acordos, desistir de ação penal já instaurada ou de recurso já interposto.

O que a doutrina convencionou chamar “princípio da obrigatoriedade” é, por conseguinte, apenas uma das possíveis dimensões do princípio da legalidade que informa a ação penal pública.<sup>8</sup>

Essa obrigatoriedade vale para a toda e qualquer manifestação ministerial, e não só para a propositura da ação penal (requisição de investigação, de arquivamento de inquérito, de condenação ou absolvição, emissão de pareceres etc.). Como ensina Ferrajoli (2014, p. 519 et seq.), por “obrigatoriedade da ação penal” não se deve entender, como se tem dito a propósito da não derrogação do juízo, um irrealizável dever de proceder a todo e qualquer crime, mas, sim, a obrigação dos órgãos de acusação pública de promover o juízo para toda *notitia criminis* que vier a seu conhecimento, ainda que para requerer o arquivamento ou absolvição, na hipótese de

---

8 Jardim e Amorim (2016, p. 188) preferem a expressão “princípio da obrigatoriedade”, “a fim de tornar mais claro que o dever legal de o Ministério Público exercer a ação penal é, na verdade, uma decorrência do próprio princípio da legalidade, que, numa perspectiva mais ampla, informa a atuação dos órgãos públicos no chamado Estado de Direito”.

considerarem o fato penalmente irrelevante ou faltarem indícios de culpabilidade. Nesse sentido, a obrigatoriedade da ação penal é só um aspecto ou corolário de outras características essenciais do sistema garantista.

Também por isso, só cabe falar de obrigatoriedade em sentido muito limitado, como obrigação de oferecer a denúncia, se e quando presentes seus pressupostos e requisitos legais (*fumus commissi delicti*), não no sentido de levar adiante acusação que se sabe ou se revelou infundada, isto é, sem justa causa. Nesse caso, nada impede que o Ministério Público proponha, a seguir, a rejeição da acusação ou a absolvição sumária do denunciado, entre outras medidas legais cabíveis.

Oferecer denúncia é, pois, apenas uma das possíveis formas – não a única – de manifestação da obrigatoriedade da ação penal; ou, em sentido mais preciso, uma das possíveis formas de cumprimento do princípio da legalidade penal, aí incluídas a lei, a Constituição e as convenções internacionais subscritas pelo Brasil.

Seja como for, a violação ao princípio da legalidade (legalidade constitucional) parece evidente se admitirmos que, a pretexto de observar a obrigatoriedade, o juiz pode, em substituição ao acusador legítimo, condenar sem pedido condenatório.

Ana Cláudia Pinho<sup>9</sup> tem, pois, razão quando assim conclui:

Portanto, no momento em que o próprio Ministério Público retira a acusação (como, no presente caso, reconhecendo que as provas produzidas durante a instrução foram insuficientes para sustentar a pretensão inicialmente deduzida através da denúncia), desaparece

---

9 Razões de apelação lançadas nos autos de ação penal no exercício da 1ª Promotoria Criminal da Comarca de Ananindeua, Pará, em fevereiro de 2003.

a pretensão acusatória, não cabendo ao juiz outra alternativa, senão absolver o réu. Afinal, se o próprio Ministério Público – que, por força constitucional, é a única Instituição que detém a titularidade da pretensão acusatória – não mais está acusando, não pode o juiz condenar, porque, se assim o fizer, passará de órgão julgador a órgão acusador, o que é um verdadeiro e total absurdo.

### 3. CONCLUSÃO

O art. 385 do CPP não foi recepcionado pela Constituição, dada sua manifesta incompatibilidade com o sistema acusatório.

Como não é possível condenação na ausência de pedido condenatório, conclui-se que: a) uma vez acolhido o requerimento ministerial, tampouco será admitida apelação, por falta de interesse de agir, para o fim de condenar o réu, ainda que o Ministério Público o faça por membro diverso; b) não obstante o pedido de absolvição, é possível a condenação se nesse sentido houver se manifestado o assistente da acusação, que também poderá apelar.

Convém lembrar, por fim, que, quando se tem um juiz por acusador, é preciso ter Deus como defensor (Radbruch).

### REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir Barros. O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor. *Blog do Vlad: justiça criminal, direitos humanos, corrupção, lavagem de dinheiro, crime organizado, cooperação internacional, segurança pública*. 25 maio 2013. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>>. Acesso em: 13 set. 2016.

BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BADÊ JR., Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CALABRICH, Bruno. Vinculação da sentença ao pedido de absolvição pelo Ministério Público: reafirmando o princípio acusatório. In: CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós; FREIRE JR., Américo Bedê (Coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

DUCLERC, Elmir. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Teoria geral do procedimento e procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre. *Direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? *Consultor Jurídico*, 5 dez.

2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>>. Acesso em: 14 set. 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia compacto do processo penal conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Este livro foi projetado e composto por Eduardo Franco Dias, e a capa é de autoria de Pedro Lino.

A fonte do texto é a Cardiff, projetada por Roger White, e a dos títulos é a Bebas Neue, criada por Ryoichi Tsunekawa.

O livro foi finalizado em 21 de setembro de 2018.