

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

HENRIQUE GRÃO VELLOSO DAMATO OLIVEIRA

**UMA PERSPECTIVA CRÍTICA SOBRE O TERMO SISTEMA ACUSATÓRIO NA
DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL E NOS JULGAMENTOS DO STF
EM CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE**

BRASÍLIA – DF

2023

HENRIQUE GRÃO VELLOSO DAMATO OLIVEIRA

**UMA PERSPECTIVA CRÍTICA SOBRE O TERMO SISTEMA ACUSATÓRIO NA
DOUTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL E NOS JULGAMENTOS DO STF
EM CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre (a) em Direito
Constitucional, pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito do Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa - IDP.

Orientadora: Profa. Dra. Denise Neves Abade.

BRASÍLIA – DF

2023

HENRIQUE GRÃO VELLOSO DAMATO OLIVEIRA

**UMA PERSPECTIVA CRÍTICA SOBRE O TERMO SISTEMA ACUSATÓRIO NA
DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL E NOS JULGAMENTOS DO STF
EM CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre (a) em Direito
Constitucional, pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito do Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa - IDP.

Brasília, 19 de dezembro de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Profa Dra. Denise Neves Abade
Orientadora

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof. Dr. Vinícius Gomes Vasconcellos

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Membro Interno

Prof. Dr. Erik Frederico Gramstrup

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Membro Externo

EPÍGRAFE

“De geração em geração
Todos no bairro já conhecem essa lição.
Eu ainda tentei argumentar,
Mas tapa na cara para me desmoralizar
Tapa na cara para mostrar quem é que manda
Pois os cavalos corredores ainda estão na banca
Nesta cruzada de noite encruzilhada
Arriscando a palavra democrata
Como um Santo Graal
Na mão errada dos homens(...)”

Tribunal de Rua – O Rappa

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, sem O qual nada é possível.

No plano terreno, agradeço aos meus pais, Marcelo e Tânia, e ao meu irmão, Leonardo, pelos quais guardo profunda admiração e amor.

Agradeço, igualmente, a todos os meus familiares, em especial, minhas avós Vandinha e Jacy, exemplos de matriarcas.

Agradeço meus amigos de longa data e aos recentes, que apesar das distâncias geográficas sempre se fazem presentes quando preciso.

Agradeço, também, a minha namorada, que tive a sorte de conhecer durante o curso, e com a qual aprendi algumas coisas da Psicologia. Sua companhia me acolheu em meio ao deserto.

A meu tio Marcus Vinicius e ao meu amigo-pai Gerrit Abker, Homens que Deus levou em Seu tempo, mas que em mim são imortais.

A todos os professores que me formaram, desta e de outras instituições, obrigado por se dedicarem à profissão mais nobre de todas.

Meu agradecimento especial à minha orientadora, Profa. Dra. Denise Neves Abade, que carrega o espírito do magistério e o exerce com excelência. Muitíssimo obrigado pelas conversas, ensinamentos, cordialidade e experiência trocadas. Tenho muito orgulho de ter sido orientado por uma das grandes mulheres que participam da construção do Ministério Público Federal do Brasil, instituição ímpar e um dos fiéis da balança da democracia brasileira.

Ao Prof. Dr. Vinicius Vasconcellos, agradeço imensamente a cordialidade e atenção despendida em nosso trato. Se estou concluindo essa etapa, muito se deve a sua postura solícita e atenciosa para com os alunos. Também carrego profundo respeito e admiração pela terra – mas riquíssima – carreira jurídica.

Ao Prof. Dr. Erik Gramstrup, agradeço os apontamentos e indicações feitos durante a qualificação. A leitura cuidadosa e as críticas precisas fizeram com que minhas paixões e propensão dispersiva fossem contidas, possibilitando delimitar um objeto de pesquisa intrinsecamente vasto. Conhecê-lo foi outro presente proporcionado pela Profa. Denise.

Aos meu colegas de mestrado, agradeço as ajudas prestadas, as conversas sérias e bobas, a união formada e a oportunidade de ter compartilhado momentos leves e tensos. No final, deu certo.

Por último, mas não menos importante, com muitas omissões, agradeço aos meus colegas de profissão que me auxiliaram nesta aventura e que me inspiram a ser um bom delegado (em todas as características que o cargo exige): Dra. Cassandra Ferreira Alvez Parazi, Dr. Élzio Vicente da Silva, Dr. Eliomar da Silva Pereira e Dr. Vincius Venturini.

RESUMO

O presente trabalho pretende realizar uma abordagem crítica do termo “sistema acusatório” e como a doutrina nacional e o Supremo Tribunal Federal vem utilizando esse conceito. No início do primeiro capítulo, após uma curta abordagem histórica, são apresentadas as dificuldades da doutrina nacional e internacional em alcançar um consenso na delimitação do termo. Em seguida, o trabalho toma um caminho desafiador, pois questiona a utilidade do emprego do termo “sistema acusatório” nos debates em torno de uma reestruturação do processo penal brasileiro – com a finalidade de atender aos anseios democráticos da sociedade brasileira pós-Constituição de 1988. Nesse ínterim, são apresentados os posicionamentos de alguns juristas estrangeiros que também criticam o uso da dicotomia acusatório-inquisitório. Posteriormente, são identificados 8 (oito) “pontos de conflito” que ainda evocam o uso da dicotomia na doutrina e jurisprudência nacional. Ao final do primeiro capítulo, são arrolados outros termos menos conflitantes capazes de substituir o uso dos termos “sistema acusatório” e “sistema inquisitório”. A identificação e exposição dos “pontos de conflito”, juntamente com a substituição da dicotomia acusatório-inquisitório, são postos como um novo enfoque a ser dado nos debates sobre a necessária reestruturação do processo penal brasileiro. O segundo capítulo é o resultado de uma pesquisa feita no site do Supremo Tribunal Federal, na qual foram analisados os acórdãos prolatados em âmbito de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade nos quais o termo “sistema acusatório” apareceu. Ao total, foram analisadas 13 (treze) Ações Diretas de Inconstitucionalidade e 1 (uma) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A exposição dos julgados demonstra como o termo vem sendo usado para contestar a constitucionalidade de algumas leis que regulam a atuação dos diferentes profissionais jurídicos durante a persecução penal nos “pontos de conflito” expostos no Capítulo 01. Além disso, através da leitura de trechos dos acórdãos, é possível constatar o posicionamento dos Ministros do Supremo Tribunal sobre o alcance do termo sob escrutínio.

Palavras-chave: Sistema acusatório. Dicotomia. Superação. Reestruturação Processual Penal. Estados Democráticos Ocidentais do Século XXI.

ABSTRACT

This paper intends to carry out a critical approach to the term “accusatory system” and how national doctrine and the Federal Supreme Court have been using this concept. In the beginning of the first chapter, a short historical approach is presented, followed by the presentation of the difficulties faced by national and international doctrine in reaching a consensus on the limits of the concept. After that, the study takes a challenging path, as it questions the utility on the usage of the term “accusatory system” in debates surrounding a restructuring of the Brazilian criminal process – aiming to fulfill the democratic desires of Brazilian society post-1988 Constitution. In the meantime, the thoughts of some foreign jurists who also criticize the use of the accusatory-inquisitorial dichotomy are presented. Subsequently, 8 (eight) “conflict points”, which still evokes the usage of dichotomy in national doctrine and jurisprudence, are identified and presented. At the end of the first chapter, other less conflicting terms are listed as substitutes for the terms “accusatory system” and “inquisitorial system”. The identification and exposure of these “conflict points”, combine with the replacement of the accusatory-inquisitorial dichotomy, are presented as a new approach to be given in debates on restructuring the Brazilian criminal process. The second chapter shows the result of research made in the website of the Federal Supreme Court, in which the rulings that the term “accusatory system” appeared – in concentrated and abstract constitutionality control – were analyzed. In total, 14 (fourteen) constitutional actions were reviewed. The review disclosed how the terms have been used to challenge the constitutional compability of some laws that regulate the role from different legal professionals during criminal prosecution in the “conflict points” exposed in Chapter 01. Furthermore, by reading excerpts from the judgments, it is possible to understand the views of the Supreme Court Ministers about the term under lens.

Keywords: Accusatory system. Dicotomy. Overcome. Restructur of criminal procedures. Ocidental Democratic States from twenty-first century.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. O SISTEMA ACUSATÓRIO	11
1.1 A abordagem doutrinária na exposição histórica dos sistemas acusatório e inquisitório.....	11
1.2 As características dos sistemas processuais	17
1.3 A necessidade de superação da dicotomia acusatório-inquisitório	24
1.4 Os pontos de atrito que ainda evocam o uso da dicotomia	42
1.4.1) Abertura de uma investigação criminal.....	42
1.4.2) Conduções de uma investigação criminal	44
1.4.3) Término de uma investigação criminal	45
1.4.4) Início da ação penal.....	47
1.4.5) Subsunção da conduta à Lei	48
1.4.6) Justiça Negocial.....	49
1.4.7) Produção Probatória	51
1.4.8) Absolvição ou condenação.....	53
1.5 Apresentação de conceitos substitutivos à dicotomia acusatório-inquisitório	54
2. A UTILIZAÇÃO DO TERMO SISTEMA ACUSATÓRIO PELO STF NOS JULGAMENTOS EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO E ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE	59
2.1 ADI 7.170/RJ	61
2.2 ADIs 4.624/TO e 2.838/MT	62
2.3 ADI 4.768/DF.....	63
2.4 ADI 7.261/DF MC-Ref	65
2.5 ADI 4.109/DF.....	66
2.6 ADI 4.911/DF.....	67
2.7 ADPF 572.....	69
2.8 ADI 4.693/BA	75
2.9 ADI 5.508/DF.....	76
2.10 ADI 5.104/DF Mc-Ref.....	79
2.11 ADI 2.886/RJ	80
2.12 ADI 4.414/AL.....	81
2.13 ADI 1.570/DF	82
2.14 Análise objetiva dos julgados comentados	83
CONCLUSÃO.....	85
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	87

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a expor como a dicotomia sistema acusatório vs sistema inquisitório tem forte influência na doutrina processualista penal, na produção legislativa e na jurisprudência brasileiras, apesar de uma parcela da doutrina nacional e internacional, a qual esse trabalho se alinha, já terem reconhecido essa dicotomia como estéril¹.

Dessa forma, o presente trabalho caminha em sentido contrário ao pensamento jurídico dominante no Brasil, que ainda enxerga uma utilidade prática e relevância jurídica no uso dos termos sob escrutínio².

Como será possível perceber no decorrer do trabalho, a utilização desses termos, hodiernamente, está diretamente ligada a uma proposta de redistribuição de poderes-atribuição entre os profissionais jurídicos que atuam na persecução penal.

Entende-se por profissionais jurídicos que atuam na persecução penal: os juízes criminais de primeira, segunda instância ou dos tribunais superiores; os advogados privados do réu ou da vítima; os delegados de polícia, os defensores públicos, os membros do Ministério Público de primeira, segunda instância ou atuante junto aos tribunais superiores.

Entende-se por persecução penal a investigação preliminar criminal e o processo penal até o trânsito em julgado, excluída a execução das penas.

O primeiro capítulo introduz o leitor no debate acadêmico sobre a dicotomia entre sistema acusatório e inquisitório. Através de uma revisão bibliográfica de autores nacionais e internacionais, apresenta-se os diversos conceitos do sistema sob enfoque e como alguns juristas ocidentais reconheceram a necessidade de superação da utilização desses termos.

Ainda no primeiro capítulo, serão apresentados pontos de atrito que ainda evocam a utilização dos termos sistema acusatório e inquisitório para criticar ou defender as previsões legais que distribuem as atribuições entre as autoridades jurídicas responsáveis pela persecução penal. Ao final do capítulo, serão apresentados novos termos como substitutos do termo sistema acusatório para fins de construção de um processo penal brasileiro condizente com as democracias ocidentais do século XXI.

Após introduzido o debate acadêmico e identificados os pontos de atrito, o segundo

¹ LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. In: **Sistemas processuais penais/ organização Ricardo Jacobsen Gloeckner**. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. 379-410; DAMASKA, Mirjan. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. Yale University Press, New Haven and London, 1986. 247p.

² Nesse sentido, LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: **Sistemas processuais penais/ organização Ricardo Jacobsen Gloeckner**. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. 33-67p.

capítulo apresenta o resultado de uma pesquisa feita no site do Supremo Tribunal Federal com o termo “sistema acusatório”. Foram analisados, qualitativamente, 14 (catorze) acórdãos da Corte Magna em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. Os resultados serão apresentados conforme ordem cronológica, do mais recente para o mais antigo.

A relevância e atualidade do trabalho podem ser percebidas por diversas razões. Primeiro, porque é unanimidade entre os processualistas penais a necessidade de reestruturação do processo penal brasileiro. Segundo, porque cada vez mais o processo penal passou a estar no centro de debates sobre a política³ doméstica e externa de vários países. Terceiro, porque o exercício do poder punitivo do Estado deve, ininterruptamente, estar sob vigília dos cidadãos nacionais e globais.

Além dos termos *acusatório* e *inquisitório* e *poder-atribuição*, que são centrais para a presente pesquisa, outro termo que será muito explorado são os *pontos de atrito*. Os pontos de atrito, para fins deste trabalho, são pontos nos quais os profissionais jurídicos da persecução penal disputam quem detém o poder-atribuição para decidir sobre aquele determinado ponto.

Em nosso entender, a identificação desses pontos de atrito é fundamental para a promoção de um debate político-jurídico transparente sobre a reestruturação do processo penal brasileiro, em busca da formatação de um processo penal justo e democrático a fim de superar as mazelas de nosso sistema penal⁴.

³ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. Cristiano Zanin Martins; Valeska Teixeira Martins; Rafael Valim – São Paulo: Contracorrente, 2020 e SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare Brasileiro** – 2ed. 2. reimp – Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. 220p.

⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um Processo Penal Democrático. **Direito em Ação**. Brasília, v.12, n.1, jan/jun, pág. 160-229. 2014; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Volume 1. 1ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. 662p; OLIVEIRA, Luciano. De Rubens Paiva e Amarildo. E “Nego Sete”? O regime militar e as violações de direitos humanos no Brasil. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 9, N 1, 2018, p. 202-225.

1. O SISTEMA ACUSATÓRIO

1.1 A abordagem doutrinária na exposição histórica dos sistemas acusatório e inquisitório

O tema sistemas processuais penais já foi exaustivamente tratado pela doutrina nacional e internacional. Apesar de cada trabalho possuir certos nuances e especificidades, é comum eles seguirem um caminho parecido.

Nessa senda, um dos padrões de apresentação que está presente em diversos trabalhos sobre o tema é a apresentação histórica de como se julgavam e puniam os crimes em algumas sociedades⁵. Grécia Antiga, Roma Antiga, Idade Média, Estados Modernos e Estados Democráticos Constitucionais de Direito são as civilizações, os períodos históricos e o modelo de organização e exercício do poder estatal que normalmente são apresentados.

Durante esse percurso histórico, também é comum ser apresentado ao leitor os atores do processo penal e suas atribuições⁶. Normalmente, os atores apresentados são: agressor (criminoso), vítima, acusador, defensor e juiz. Em regra, não há a apresentação de um investigador. O investigador, na maioria dos casos, deixa de ser um sujeito para ser um adjetivo, seja do agressor, da vítima, do acusador, do defensor ou até mesmo do juiz.

Juntamente com a apresentação dos atores e suas atribuições, também são apresentados os procedimentos de cada época e suas características. Assim, são elencados a forma como o procedimento era iniciado; como e quem era responsável pela colheita das provas; e, como e quem era responsável pela apreciação dessas provas, com a consequente absolvição ou condenação do acusado.

Como dito, as digressões históricas mais longínquas remontam à Grécia Antiga. A estrutura organizacional de punição nessa sociedade é apresentada como a gênese do sistema acusatório. Isso porque, como será demonstrado mais adiante, a definição de um sistema processual penal passou a ser feita conforme a presença ou ausência de alguns institutos jurídicos. Entre esses institutos típicos do sistema acusatório – que serão melhor explanados mais à frente – estão os acusadores e julgadores populares, ambos presentes no modelo ateniense.

⁵ Seguem essa abordagem: PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Lumen Juris. 3ª Edição. Rio de Janeiro. 2005. 415p.; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Mauro Fonseca Andrade. 2ed. Curitiba: Juruá, 2013. 520p; LOPES JR., Aury. **Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito?** In: **Sistemas processuais penais/organização** Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021.

⁶ Nessa linha: DE ALENCAR, Cláudio Demczuk. Os períodos do processo penal romano e seus respectivos procedimentos. **Revista CEJ**. Brasília. Ano XVI, n 58., p 65-69. Set/Dez 2012.

Veja-se a apresentação de PRADO⁷:

O Tribunal dos Heliastas, ou Hélión, assim conhecido porque se reunia em praça pública e sob o Sol, era composto de cidadãos, cujas decisões eram consideradas proferidas pelo povo, e sobressaiu-se entre os demais principalmente por força de sua ampla competência (...)

Averbe-se, porém, que o prestígio do modelo ateniense de persecução penal derivou exatamente do sistema de acusação popular, em relação aos crimes públicos, faculdade deferida a qualquer cidadão, de um modo geral, pela Assembleia do Povo, para, em nome do próprio povo, sustentar a acusação. Assim, o ofendido ou qualquer cidadão apresentava e sustentava a acusação perante o Arconte e este, conforme se cuidasse de delito público, convocava o Tribunal, cabendo ao acusado defender-se por si mesmo (em algumas ocasiões era auxiliado por certas pessoas). Cada parte apresentava as suas provas e formulava suas alegações, não incumbindo ao tribunal a pesquisa ou aquisição de elementos de convicção. Ao final, a sentença era ditada na presença do povo.

Mais à frente, na linha histórica do tempo, tem-se a Roma Antiga como padrão de estudo para a construção dos conceitos de sistemas processuais penais. Como a sociedade romana antiga durou mais de 5 (cinco) séculos, houve alterações significativas na persecução penal durante a sua existência. Por isso, é comum a doutrina apresentar Roma como um sistema acusatório ou inquisitivo, a depender do período histórico da sociedade romana. O período republicano é exemplo de um modelo acusatório de persecução penal, enquanto o período imperial é tido como inquisitório.

Sobre o tema, ANDRADE⁸ pontua:

O processo penal romano sofreu, ao longo de vários séculos, diversas idas e vindas entre os sistemas inquisitivo e acusatório, fenômeno absolutamente normal em razão de sua própria história, que passou por nada menos que três sistemas políticos distintos: o monárquico, o republicano e o imperial (ou principado). Quiçá, por isso, o processo penal romano seja o melhor exemplo da afirmação por Goldschmidt, quando disse que “Los principios de la política procesual de una nación no son outra cosa que segmentos de su política estatal en general” (...)

Na mesma trilha, ALENCAR⁹ separa o processo penal romano em 3 (três) períodos – *comicial, quaestiones e extraordinária cognitio* – e em 3 (três) sistemas procedimentais distintos – *cognitio, anquisitio e accusatio*. Cada período é apresentado junto com um sistema processual, porém o próprio autor adverte que o longo período de duração da civilização romana antiga e seu extenso território constituem complicadores para um estudo unificado do direito. Alertando, ainda, que “é importante ter em mente que a divisão de períodos indicada no

⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Lumen Juris. 3ª Edição. Rio de Janeiro. 2005. 415p.

⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2013. 520p.

⁹ DE ALENCAR, Cláudio Demczuk. Os períodos do processo penal romano e seus respectivos procedimentos. **Revista CEJ**. Brasília. Ano XVI, n 58., p 65-69. Set/Dez 2012.

presente trabalho não se dava de maneira rígida (...), sendo mesmo observada a convivência de dois sistemas processuais na maior parte do tempo”.

Essa alteração dentro de uma mesma sociedade, entre sistema inquisitivo e acusatório, evidencia como o processo penal é mutável e, assim como o Direito, está intimamente ligado à estruturação política de um Estado. Por isso, é de se esperar que as características daquele Estado reflitam no seu modelo de persecução penal.

Difícilmente se tem um Estado Totalitário com uma persecução penal descentralizada e pouco invasiva. Da mesma forma, é improvável que se encontre um Estado Liberal com um processo penal concentrador e intrusivo.

Por isso, é imprescindível haver um alinhamento entre o desenho institucional Estatal em sua perspectiva macro com a perspectiva micro do processo penal. O descompasso entre o desenho macro com o micro pode ocasionar disfuncionalidades estatais, perturbando a coesão política e social.

Sobre as alterações políticas que refletem na persecução penal, refutamos a compreensão de que o processo penal brasileiro padece de um vício autoritário incontornável em razão de estar fundado em um código de origens fascista¹⁰, como se a publicação de um novo código fosse a salvação messiânica para os males que assolam o processo penal nacional. O Código de Processo Penal de 1941 foi alterado diversas vezes desde sua publicação, além de ter guiado a aplicação da Lei processual penal durante períodos autoritários e democráticos na história de nosso país. É verdade que os remendos feitos no diploma ocasionaram antinomias, as quais prejudicam uma aplicação segura e harmônica, sendo este, em nosso entender, um dos principais problemas do diploma legal¹¹.

Após Grécia e Roma Antigas, tem-se a apresentação do processo penal eclesiástico da Idade Média como o alçó dos sistemas processuais penais, cuja espetacularização doutrinária culminou na estigmatização das palavras inquisidor, inquisitório ou inquisitivo.

¹⁰ “*Em síntese, o problema não está (somente) nas fontes jurídicas que foram recepcionadas pelo sistema de justiça criminal (o atual CPP jamais poderia ter sido, independentemente da quantidade de dispositivos processuais já revogados e alterados, mantido, em sua higidez política, como “fonte de direito”. Ao menos se por fonte de direito exigirmos raízes democráticas que deveriam repousar na origem de determinado instituto ou legislação e, em consequência, a incapacidade de um instituto ou legislação concebido em período ditatorial servir como “bom direito” ou direito válido*” GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. 1ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. Pag. 83. Em um caminho similar: GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

¹¹ No mesmo sentido, BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. O juiz das garantias no Brasil: uma escolha do legislador não uma determinação constitucional ou de Tribunais internacionais. In: SOUZA, Renee do Ó. **Lei anticrime: comentários à lei 13.964/2019**. Belo Horizonte; São Paulo: D’Plácido, 2020. Cap. 3, P. 43-59.

Sobre o tema, Lorena Bachmaier Winter¹² nos explica que o *processus per inquisitionem* surgiu entre os séculos XII e XIII na Europa medieval e representou uma recuperação do direito romano. O *processus per inquisitionem* serviu para a consolidação do poder de governos centralizados, uma vez que os processos eram conduzidos por funcionários submetidos a uma rigorosa hierarquia. Mas é no âmbito probatório (e também na execução das penas, como nos lembra Foucault e Beccaria¹³) onde estavam as horrendas práticas que estigmatizaram esse período. Segue a autora espanhola:

Justamente com a intervenção dos “compurgadores”, o sistema probatório baseava-se no duelo e nas ordálias: provas a que o acusado era submetido de modo a facilitar a intervenção divina ou a invocar o julgamento de Deus. Entre as formas de ordálias encontrava-se a prova da água na qual se submergia a mão do acusado na água fervendo ou seu corpo inteiro; ou a prova do fogo, na qual o acusado devia andar sobre o ferro incandescente.

Essas práticas medievais geram indignação em nossa sociedade hodierna e tendem a ser percebidas como algo do passado, não mais presentes na atualidade. Entretanto, em dezembro de 2014, tanto o relatório do Comitê de Inteligência do Senado dos Estados Unidos da América¹⁴, quanto o relatório final da Comissão Nacional da Verdade do Brasil nos mostraram

¹² Importante ressaltar que a autora faz uma crítica a essa postura alarmista de parte da doutrina. “*O termo inquisitório referente ao processo judicial adquiriu um significado plenamente negativo, ao ponto de que a classificação de qualquer atuação processual como inquisitiva imediatamente se identifica com processo medievais e práticas abusivas; e, em qualquer caso, com a violação de garantias fundamentais do acusado (...)* Se o conceito de inquisitório reúne tudo que é mau, o termo acusatório, por sua vez, como efeito reflexo, se erige em símbolo de tudo que é bom, e é identificado com os valores da justiça, da igualdade, e com o respeito aos direitos do cidadão frente ao poder do Estado. Por isso que o chamado princípio acusatório deve ser invocado como garantia de todas as atuações do processo e como o ideal a ser alcançado na busca de uma justiça penal do século XXI” WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal In: **Sistemas processuais penais**/ organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021 68-114p. Na mesma linha, Damaška: “*Este esboço bruto do procedimento inquisitorial deveria ser suficiente por si só para explicar a aura de temor e desconfiança que rodeia o adjetivo “inquisitorial”. Creio, no entanto, que a maior parte dessa aura se deve, na realidade, a fatores que pouco tem a ver com procedimentos inquisitoriais per se. Em parte, resulta da confusão com os procedimentos seculares ordinários descritos aqui como aqueles da Santa Inquisição. Em parte, é um reflexo de dureza e crueldade do direito penal material ao longo dos tempos. Porém, acima de tudo, o tom pejorativo advém da errônea crença de que a instituição da tortura foi essencial ao modelo inquisitorial (...)* Se olhássemos contra o pano de fundo da história jurídica continental, talvez até nos sentíssemos tentados a alocar esse terceiro tipo de processo aproximadamente no meio do caminho entre os extremos representados pelos sistemas inquisitorial e acusatório. Sob a perspectiva da common law, no entanto, é possível que tanto o sistema inquisitorial quanto o misto pareçam duas vertentes de uma mesma raiz comum, aquela dos processos não-adversariais. Ainda assim, seria inapropriado se referir a essa raiz comum como “inquisitorial”. Face à aura que rodeia esse termo, como se fosse remanescente das práticas odiosas tais como acusações não especificadas, procedimentos secretos, e tortura, todas há muito abandonadas, parece injusto aos continentais atribuírem-na aos seus procedimentos criminais contemporâneos”. DAMASKA, Mirjan. Limites probatórios à condenação e dois modelos de processo penal: um estudo comparado. In: **Sistemas processuais penais**/ organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. 286-378p.

¹³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Editora Vozes, 1987 e BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁴ Relatório disponível em: <https://www.intelligence.senate.gov/sites/default/files/publications/CRPT-113srpt288.pdf>. Acessado em 23/10/2023.

como práticas similares ainda se fazem presentes em países democráticos ocidentais¹⁵.

Esses exemplos buscam demonstrar como as verdadeiras máculas do *processus per inquisitionem* ainda podem se fazer presentes nos Estados Democráticos Ocidentais do século XXI, e, no caso de nosso país, mesmo com um Ministério Público independente e autônomo exercendo o controle externo das polícias. Combater a utilização desses – e outros – métodos incompatíveis com os Direitos Fundamentais e erigir um sistema de persecução penal justo e humanitário, preocupado com a responsabilização daqueles que violam as normas de Direito Penal – sejam eles agentes públicos ou privados –, mas sem incorrer em práticas vis, é o Norte que deve guiar os processualistas penais.

Após a apresentação do cenário na Idade Média europeia, o caminho histórico da apresentação dos sistemas processuais passa pela formação dos Estados Modernos. O Código de Instrução Criminal de 1808 da França é o paradigma utilizado pelos doutrinadores como exemplo do que seria o sistema processual misto.

Segundo a doutrina, o código francês de 1808 poderia ser dividido em duas fases¹⁶. A primeira fase possuía as características típicas do sistema inquisitivo, tais como: sigilo, forma escrita, sem contraditório e abertura e condução por um oficial (oficialidade). A segunda possuía elementos típicos do sistema acusatório: iniciativa do processo por um acusador diferente do julgador, oralidade, publicidade e contraditório.

O modelo francês inspirou diversos ordenamentos jurídicos da Europa continental e países da América Latina, formando as bases da cultura continental de persecução penal. Como será exposto adiante, Mirjan Damaška prefere utilizar a dicotomia de modelos processuais *anglo-saxão vs continental*, ou modelo *adversarial vs não-adversarial*, do que *acusatório vs inquisitório*¹⁷. Essa abordagem conceitual nos parece mais apropriada para debater a formação

¹⁵ 9. A CNV, ao examinar o cenário de graves violações de direitos humanos correspondente ao período por ela investigado, pôde constatar que ele persiste nos dias atuais. Embora não ocorra mais em um contexto de repressão política – como ocorreu na ditadura militar –, a prática de detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e mesmo ocultação de cadáveres não é estranha à realidade brasileira contemporânea. Relativamente à atuação dos órgãos de segurança pública, multiplicam-se, por exemplo, as denúncias de tortura, o que levou à recente aprovação da Lei no 12.847/2013, destinada justamente à implementação de medidas para prevenção e combate a esse tipo de crime. É entendimento da CNV que esse quadro resulta em grande parte do fato de que o cometimento de graves violações de direitos humanos verificado no passado não foi adequadamente denunciado, nem seus autores responsabilizados, criando-se as condições para sua perpetuação.

¹⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Lumen Juris. 3ª Edição. Rio de Janeiro. 2005. Pag. 150; CRUZ, Rogério Schietti Machado: Rumo a um processo penal democrático. Revista Direito em Ação, Brasília, v. 12, n. 1, jan/jun 2014, Pag. 169-229; ABADE, Denise Neves. Due Process of Law, Impartiality of judges and the searching for truth in criminal justice: is coexistence possible? **Macau Journal of Brazilian Studies**, v. 1, p. 87-95, 2018; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O “sistema acusatório” do processo penal brasileiro: apontamentos acerca da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 47, p. 181-204 jul/dez

¹⁷ DAMASKA, Mirjan. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**.

de um novo processo penal brasileiro, pois permite uma melhor compreensão das origens históricas de nosso modelo processual e se afasta de palavras estigmatizantes (inquisitório).

Por sua vez, alguns doutrinadores como BINDER e LOPES JR. criticam o próprio conceito do sistema misto. Os autores veem no chamado sistema misto uma predominância das características do sistema inquisitivo e, por isso, refutam a ideia que seria um sistema próprio¹⁸. Enquanto LOPES JR. enfatiza a gestão da prova como a característica principal para diferenciação entre o sistema inquisitório e acusatório, BINDER dá o enfoque no caráter infracional¹⁹ e na concentração de poderes para afirmar a predominância do viés inquisitivo.

Todavia, assim como a Monarquia absoluta encontrou na inquisição seu instrumento de controle e dominação, o novo Estado moderno, de cunho bonapartista projetará um novo modelo judicial, que reúne todas as características do sistema inquisitorial e lhes dá novos valores (todos os Estados europeus e latino-americanos que recém estavam entrando no século XIX agora copiarão a “legislação moderna”) e também o aperfeiçoa dotando-o ademais de uma polícia moderna e de uma pretensão de meticulosidade (expressa no conceito da ação pública) que repotencializa o direito penal de tipo infracional. O Código de Instrução Criminal de 1808 restaura a inquisição apesar dos esforços que tinham feito os ilustrados. O predomínio final dos magistrados, que a legislação francesa de 1670 considerava como ápice da sabedoria jurídica, terminou por impor seus costumes e suas práticas, funcionais ao novo modelo de poder concentrado.

Depois da formação dos Estado Modernos, chega-se ao atual estágio dos processos penais nos ditos Estados de Direito. Tendo em vista que este é o período atual, não serão expostos trechos como fora feito com os demais, de forma que o presente trabalho buscará expor como este debate vem sendo travado na doutrina e refletido na jurisprudência nacional da Corte Magna.

Antes de finalizar o presente subtópico, é imperioso destacar o trabalho de ANDRADE²⁰. Sua tese mergulhou nas raízes historiográficas com o propósito de apresentar um conceito bem delimitado e objetivo sobre os termos “sistema acusatório”, “sistema

Yale University Press, New Haven and London, 1986; DAMASKA, Mirjan. Limites probatórios à condenação e dois modelos de processo penal: um estudo comparado. In: **Sistemas processuais penais/** organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021.

¹⁸ BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal;** organização, Aline Gotinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral – 1ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017; LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: **Sistemas processuais penais/** organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. Pag. 35-67.

¹⁹ Partilhamos do entendimento de BINDER de que o caráter infracional junto com a concentração de poderes da persecução penal são as características mais marcantes do que seria a inquisitorialidade estatal. Essa visão também pode ser extraída da obra de PRADO “*Pode-se mesmo assinalar que, sob a égide de tal sistema (inquisitivo), fica claramente à mostra a vinculatividade da atuação estatal na resolução dos conflitos de interesses e solução de casos na esfera penal às diretrizes políticas que modelam a estrutura de Estado e definem seus fins*”. PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.** Lumen Juris. 3ª Edição. Rio de Janeiro. 2005. Pag. 149.

²⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.** 2ed. Curitiba: Juruá, 2013. 520p.

inquisitório” e “sistema misto”. Os conceitos apresentados pelo autor foram construídos através da análise de quais seriam os elementos fixos de cada sistema processual, tendo por base as normas processuais penais de cada período histórico dessas sociedades. Dessa forma, a apresentação histórica do autor é riquíssima e se destaca dentre outras²¹.

1.2 As características dos sistemas processuais

Após uma breve apresentação da abordagem histórica, elencar-se-á, agora, as características apresentadas pela doutrina para definir o sistema acusatório e inquisitório. Antecipa-se que não há uma unanimidade em torno dessas características²², mas é possível observar uma certa coesão de ideais²³.

Essa tênue harmonia orbita em torno de princípios e valores fundamentais às constituições modernas e aos tratados internacionais de direitos humanos. São exemplos desses princípios a transparência, a igualdade, a imparcialidade do juízo, o direito à ampla defesa, a proteção à honra, a presunção de inocência, a proteção à vida e à integridade física, vedação à discriminação, entre outros.

Com esses princípios em mente, basta pensar que todas as características que forem incompatíveis com eles, aproximando-se das premissas e estruturas das antigas monarquias

²¹ Para uma leitura com o enfoque histórico na Inquisição: GONZAGA, João Bernardino Garcia. **A inquisição em seu mundo. São Paulo: Quadrante, 2018. 319p.**

²² “O que se nota é que cada autor apresenta seu próprio conceito ou descrição dos sistemas acusatório, inquisitivo e misto, tornando muito difícil encontrar duas definições iguais entre aqueles que tratam do tema. Mais que isso, há um nítido conflito de opiniões quanto à real composição dos sistemas processuais penais.” ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2013. 520p. Pag. 31; “Não existe uma compreensão exclusiva e unicamente válida sobre que elementos compõem os sistemas processuais, variando conforme a história dos povos e o enfoque teórico que conferem à questão do comportamento delituosos e seu modo de controle, de sorte que nem sempre coincidem as visões históricas e teórica dos sistemas”. PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Lumen Juris. 3ª Edição. Rio de Janeiro. 2005. Pag. 363; “Não podemos avançar para um nível superior se temos problemas gravíssimos na fundação dos conceitos. Não se pode avançar porque não há uma pré-compreensão com suficiência, pois não existem condições de possibilidade de deslocamento por ausência de estaiamento. Na medida em que não existe um mínimo de ‘paz conceitual’, frente a ampla manipulação e distorção de conceitos e institutos, sem falar na tradicional visão reducionista daqueles que, por limitações ou má-intenção, desconsideram a complexidade envolvida e, principalmente, da impossibilidade de abdicar da leitura interdisciplinar”. LOPES JR., Aury. **Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito?** In: **Sistemas processuais penais/ organização Ricardo Jacobsen Gloeckner**. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. Pag. 35-67.

²³ “É possível, todavia, determinar alguns pontos convergentes, sendo que, relativamente ao sistema acusatório, há, além do pacífico reconhecimento de que se fundamenta na divisão das tarefas de acusar, defender e julgar (princípio acusatório), concordância sobre as exigências de publicidade e oralidade” PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Lumen Juris. 3ª Edição. Rio de Janeiro. 2005. Pag. 364. Nesse ponto, temos uma leve discordância de ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2013., quando este afirma “Às vezes, essa dissonância chega a tal ponto que o critério utilizado por um grupo de autores para definir o sistema acusatório é igualmente utilizado por outra corrente doutrinária para definir o sistema inquisitivo”.

absolutistas, serão apresentadas como características do sistema inquisitório, e tudo o que for alinhado com os referidos princípios serão apresentadas como características do sistema acusatório²⁴.

Neste subcapítulo, mais uma vez, recorre-se ao trabalho de ANDRADE²⁵, o qual elencou diversas opiniões de renomados juristas sobre quais seriam as características do sistema acusatório. Antes de repassar os conhecimentos arrecadados e organizados pelo autor, expõe-se a conclusão alcançada ao final de sua pesquisa, a qual buscou encontrar um conceito objetivo e bem delimitado sobre sistema acusatório, inquisitório e misto.

Segundo o autor, o que caracteriza o sistema acusatório é a existência de “*dois elementos fixos, que são: o princípio acusatório e o fato de que somente o oferecimento da acusação é que permite o início de seu processo*”. Para chegar a essa conclusão, a pesquisa revisou diversos textos legais ou históricos e buscou encontrar características que só pudessem ser encontradas nas sociedades elencadas como modelo de sistemas acusatório (Grécia Antiga e Estados Democráticos de Direito) ou inquisitivo (Idade Média – Inquisição). Assim, o autor pôde encontrar, por exemplo, nas Instruções de Torquemada:

(...) a absoluta ausência de autorização para que os juízes pudessem buscar novas provas condenatórias, além daquelas já produzidas pelas partes. Ao contrário, a carga da prova era confiada ao acusador, e só poderiam os juízes atuar ativamente se fosse para buscar novas testemunhas que comprovassem que aquelas arroladas pelo acusador haviam prestado depoimento com ânimo de prejudicar o réu, seja por inimizade, seja por corrupção. Em outras palavras, a atividade judicial só poderia ser pró-réu, e não contra ele.

O exemplo acima foi retirado do trecho que o autor analisa se a característica da *atuação de ofício pelo juiz* é ou não um elemento essencial do sistema acusatório. O mesmo trabalho foi desempenhado com outras características apontadas pela doutrina como essenciais, nomeadamente: *tribunais populares, irrecorribilidade da sentença, não interferência do poder central, investigação guiada pela acusação, publicidade (não-sigilo), contraditório, oralidade, liberdade do acusado, igualdade, passividade judicial e acusador diverso do juiz*. Assim, o autor analisou cada uma dessas características e buscou em quais diplomas processuais penais

²⁴ “*Parece já facilmente perceptível a inconsistência dogmática no raciocínio que parte da catalogação conforme moldes antecipadamente delimitados com base em elementos constitutivos essenciais, pela simples razão de que a elaboração conceitual dos modelos e a definição do que seriam seus elementos fundamentais ou apenas contingentes são eminentemente consensuais e amplamente variáveis, além do que a delimitação das propriedades essenciais aos dois sistemas é marcadamente influenciada por juízos de valor, a partir do nexo que se faz entre sistema acusatório e modelo garantista de uma lado, e entre sistema inquisitório e modelo autoritário de outro (...)*” PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. 1 ed. 1 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D’Placido, 2021, Pag. 33

²⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2013. 520p.

elas estavam presentes. Caso a característica fosse encontrada em diplomas compreendidos como inquisitivos, o autor passa a considerar essa característica como um *elemento variável (não essencial)* do sistema acusatório, e vice-versa.

Outro instrumento metodológico empregado pelo autor para alcançar os *elementos essenciais* de cada sistema é a possibilidade da referida característica ser “limitada” durante o curso da persecução penal. Ou seja, se uma determinada característica sofre uma limitação, ela não é considerada essencial. Com base nessa lógica, o autor afirma que o princípio do contraditório “*não pode ser erigido à condição de elemento fixo do sistema acusatório, já que essa condição exige sua presença ininterrupta ao longo de todo o processo, sem qualquer tipo de exceção*”. O autor cita o exemplo dos acordos entre acusação e defesa para mostrar um dos casos em que haveria a ausência de contraditório.

Em relação ao sistema inquisitivo, o autor conclui que ele está formado por dois “*elementos fixos, que são: o princípio inquisitivo, e o fato de que a abertura de seu processo pode ocorrer tanto através de oferecimento de uma acusação, como também através de uma notitia criminis ou mesmo de ofício*”. Continua o autor: “*Do mesmo modo que o sistema anterior, qualquer outro elemento comumente apontado pela doutrina (p. ex., os princípios de escritura, segredo e oficialidade) integrará o rol de seus elementos variáveis*”.

Por último, o dito sistema misto, segundo o autor, “*apresenta um modelo bifásico, e está formado por dois elementos fixos, que são: o princípio acusatório, e o fato de que a abertura de seu processo se dá sem a acusação*”. Dessa forma, ele “*adotou um elemento fixo do sistema acusatório (elemento de ordem principiológica), e outro elemento do sistema inquisitivo (elemento de ordem procedimental)*”.

Expostas a metodologia e as conclusões do referido autor²⁶, antes de trazer outros conceitos dos termos sistema acusatório e inquisitório apresentados pela doutrina nacional e internacional, far-se-ão algumas observações sobre a metodologia empregada na elaboração desses conceitos.

Nesta pesquisa, foram identificados dois caminhos metodológicos empregados para se chegar a um conceito dos termos sob análise. O primeiro caminho é pautado na *concepção weberiana de tipos ideais*²⁷, enquanto o segundo opera seguindo a *lógica do denominador*

²⁶ Mais uma vez, remete-se o leitor à leitura completa da obra ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2013, pois é um trabalho muito rico, de forma que essa curta explanação não é suficiente para abordar todos os pontos levantados pelo autor. Também se adverte que muitos dos *pontos de conflito* que aqui serão apresentados também podem ser encontrados na tese de ANDRADE, porém com uma maior diversidade doutrinária e profundidade nos argumentos e exemplos trazidos.

²⁷ “*A segunda principal perspectiva para o processo penal comparado tem sido conceitualizar o adversarial e o inquisitorial como tipos-ideais weberianos (Em sua clássica descrição da metodologia de Weber, Max Rheinstein*

comum²⁸. Na verdade, as duas metodologias parecem se confundir em certos momentos, a *lógica do denominador comum* parece estar abarcada pela *concepção weberiana de tipos ideais*.

Os autores que se pautam na apresentação de um conceito com base nos tipos ideais não estão preocupados em achar um código de processo penal ou relatos de um sistema de responsabilização penal que de fato tenha existido para fundamentar seu conceito. A análise histórica e de leis processuais penais apenas serve como arrimo para a apresentação do modelo ideal conforme a perspectiva de cada autor.

Dessa forma, os autores que trabalham com essa base apresentam uma lista de características que, segundo sua visão e seus argumentos, são típicas de cada sistema. Normalmente, essas características são apresentadas de forma binária e excludente, por exemplo: procedimento escrito vs não-escrito (oral); sigiloso vs público; investigado-réu preso vs investigado-réu em liberdade; etc. Ao final da elaboração do conceito, tem-se uma lista de características vinculadas ao sistema acusatório e outras vinculadas ao sistema inquisitório.

A *lógica do denominador comum*, por sua vez, apresenta algumas características específicas que só poderiam ser encontradas em determinados sistemas, por exemplo, o júri seria algo típico do sistema acusatório, enquanto a prisão antes do trânsito em julgado só seria encontrada em sistemas inquisitórios.

Sobre essa metodologia, LANGER²⁹ adverte que ela possuiria vários problemas:

Primeiro, cada vez que uma jurisdição em particular deixar de lado uma característica que foi parte deste mínimo denominador comum, os pesquisadores se colocam diante do seguinte dilema: ou eles têm de modificar o conteúdo das categorias adversarial ou inquisitorial ou eles têm de remover esta jurisdição do sistema adversarial ou inquisitorial³⁰.

escreve: “situações de tal tipo “puro” nunca existiram na história. Nenhum triângulo, cubo ou esfera pura jamais existiu. Mas jamais a realidade poderia ter sido penetrada sem o uso de conceitos artificiais da geometria. Para os conceitos “puros” criados por ele, Weber usou o termo “tipo ideal”. Os tipos ideais são nada mais do que construções mentais com a intenção de servir como categorias do pensamento, de cujo uso nos ajudará a capturar a infinita multiplicidade da realidade pela comparação de seus fenômenos com aqueles “tipos puros” que são usados, por assim dizer, para servir como guia em um sistema de arquivamento (Max Rheinstein, *Introduction to MAX WEBER ON LAW IN ECONOMY AND SOCIETY XXIX – XXX* - Edward Schils & Mas Rheinstein trans. Max Rheinstein ed., 1954). Estes modelos não existem exatamente em quaisquer sistemas jurídicos históricos, porém, assim como as jurisdições common law se aproximariam do tipo adversarial, as jurisdições civil law se aproximariam do tipo inquisitório” LANGER. Máximo. Dos Transplantes Jurídicos às Traduções Jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **Revista Delictae**, vol 2, nº 3, jul-dez 2017. Na mesma linha: PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Lumen Juris. 3ª Edição. Rio de Janeiro. 2005. Pag. 97

²⁸ DAMASKA, Mirjan. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. Yale University Press, New Haven and London, 1986; LANGER, Máximo. Dos Transplantes Jurídicos às Traduções Jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **Revista Delictae**, vol 2, nº 3, jul-dez 2017

²⁹ LANGER, Máximo. Dos Transplantes Jurídicos às Traduções Jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **Revista Delictae**, vol 2, nº 3, jul-dez 2017

³⁰ Na mesma linha: DAMASKA, Mirjan. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. Yale University Press, New Haven and London, 1986. “Agora, se isso implica uma tentativa de criar modelos com os quais todos os sistemas continentais e anglo-americanos estariam conforme, a tarefa se

Segue o autor: “segundo, não fica clara a distinção entre as características primárias e secundárias de ambos os sistemas”. E, por fim, “esta perspectiva não se mostra útil para analisar sistemas híbridos, que foram influenciados por ambas as tradições jurídicas e talvez também por outras tradições do mundo”.

Após explanado como os doutrinadores normalmente formulam seus conceitos, volta-se a elencar alguns juristas citados por ANDRADE³¹ e as características apontadas por eles como representantes dos sistemas acusatório e inquisitório.

Para CARRARA as características do sistema acusatório seriam: 1- a plena publicidade de todo o processo; 2- a liberdade pessoal do acusado até a condenação definitiva; 3- a absoluta igualdade de direitos e poderes entre o acusador e acusado; 4- a passividade do juiz na colheita das provas, quer de acusação, quer de defesa; 5- a continuidade dos atos; 6- síntese em todos os atos.

Para CONSO: 1- a necessidade de uma acusação proposta e sustentada por uma pessoa diferente do juiz; 2- publicidade de todo o procedimento; 3- oralidade; 4- paridade absoluta de direito e poderes entre acusação e imputado; 4- exclusão de qualquer liberdade do juiz de coleta de provas tanto para acusação quanto para defesa; 5- alegação da prova por parte do acusador e do imputado; 6- liberdade do acusado até a sentença irrecorrível.

Para LEONE: 1- o poder de decisão pertence a um órgão estatal (magistrado); 2- o poder de iniciativa (o poder de acusar) caberia ao ofendido ou a qualquer cidadão; 3- o processo penal não poderia começar sem acusação; 4- depois de apresentada a acusação, o magistrado não estava condicionado à vontade do acusador em prosseguir ou não com o processo; 5- o juiz não tinha a liberdade de investigar nem de selecionar as provas, estando vinculado a examinar as provas alegadas pela acusação; 6- o processo seguia os princípios do contraditório (com evidente posição de igualdade entre ambos os contendentes), da oralidade e da publicidade; 7- a liberdade do acusado era garantida até a sentença irrecorrível.

Para FERRAJOLI: todo o sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como uma disputa entre iguais iniciada pela acusação, a qual compete a carga da prova, enfrentando a defesa em um juízo contraditório, oral, público e resolvido por um juiz segundo sua livre convicção.

Nessa mesma linha, ANDRADE apresenta ainda as características apontadas por Sáez,

torna “Sísifca”: o menor denominador comum de cada sistema são instável e mudam constantemente. Assim que uma característica é rejeitada por um único país, ela precisa ser exorcizada do seu respectivo modelo(...)”.

³¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2013. Pág 119 e ss.

José Luiz Vázquez Sotelo, Alfredo Vélez Mariconde, Luciano Castro Varela, Enrique Jiménez Asenjo, Jorge Frank, Galdino Siqueira, Fernando da Costa Tourinho Filho, José Frederico Marques, Aury López Júnior e Fernando Gonçalves, as quais guardam relação com as supramencionadas. Percebe-se, pelos autores citados, que a matriz de pesquisa de ANDRADE teve um enfoque nos doutrinadores italianos, espanhóis e brasileiros.

Outro jurista brasileiro que dedicou uma pesquisa inteira sobre o tema sistema acusatório foi Geraldo Prado³². Assim como ANDRADE, PRADO também inicia sua pesquisa através da abordagem histórica dos modelos processuais penais para depois tentar apresentar um conceito de sistema acusatório e debater pontos de conflito que evocam a utilização do termo. Interessante notar que PRADO, apesar de ser um magistrado de carreira, não advoga pela manutenção do poder probatório de ofício, pois, em sua concepção, a imparcialidade do juiz ficaria comprometida com esta atitude. Nesse ponto, ele difere do entendimento de outros juízes e acadêmicos nacionais³³.

Ao apresentar os conceitos de sistema acusatório em sua pesquisa, PRADO visita os mesmos juristas citados por ANDRADE, agregando também as impressões de Karl Joseph Anton Mittermaier, Rafael Fontecilla Riquelme, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Ricardo Levene, Juan Lopes Ortega.

Para Riquelme e Mittermaier, a legitimidade popular do juiz, que seria o próprio povo ou parte dele, também seria uma característica do sistema acusatório. Já Alcalá-Zamora e

³² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Lumen Juris. 3ª Edição. Rio de Janeiro. 2005. 415p

³³ “*Exige-se, a seu turno, que o juiz se mantenha 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])*” SCHIETTI, Rogério. Prefácio. **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 Tinoco, Luiza Cristina Frischeisen, Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva, Silvio Amorim Junior e Vladimir Barros Aras. Brasília: ANPR, 2018; “*A posição que defendemos como corolário do sistema acusatório brasileiro é uma clara diferenciação da postura que deve ter o julgador na fase de investigação e na fase processual. Durante a investigação, cuja atribuição, no Brasil, como regra, é da Polícia Judiciária e do Ministério Público, o papel do Poder Judiciário deve ser mais o de garantidor de direitos fundamentais do investigado, devendo permanecer, portanto, o mais distante possível das provas*. FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; MOTTA, André Guasti. A (in)constitucionalidade da proibição da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz na fase de investigação e a conversão do flagrante em preventiva. In: MARTINELLI, João Paulo (Org.); COSTA, Pedro Simões (Org.); CONCEIÇÃO, Pedro Simões da (Org.). **O empresário no banco dos réus**. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 461-500

Levene trazem a acusação popular como uma característica essencial do sistema acusatório.

Expostos os diversos posicionamentos doutrinários sobre as características de cada sistema, passa-se agora a expor as perspectivas críticas sobre o conceito sob escopo. Nessa linha, há autores que refutam qualquer conteúdo técnico-jurídico a essas expressões³⁴.

Seguindo essa perspectiva crítica, enxergamos essa dispersão doutrinária como fruto do antigo problema da ciência jurídica de querer apresentar conceitos jurídicos-dogmáticos dissociados das demais ciências humanas³⁵.

Como bem observado por AROCA³⁶, a utilização desses conceitos fluídos vem servindo de discurso político para defender alterações legislativas bem pontuais relacionados à distribuição de atribuições na persecução penal. Assim, muitas vezes, o discurso de construção de um sistema processual acusatório não passa de uma proposta de remodelar o papel dos atores jurídicos na persecução penal.

Como já mencionado na introdução, não se ignora a necessidade da reestruturação do processo penal brasileiro, mas essa deve estar atenta tanto ao espírito do tempo do século XXI, quanto à história das instituições que de alguma forma participam desse processo. Não há instituição nacional incólume às práticas dos regimes autoritários e escravagista que assolaram o nosso país desde a colonização europeia³⁷.

Mais uma vez, recorre-se a LANGER para reforçar a dificuldade de se trabalhar com os termos sistema acusatório e sistema inquisitório. Segundo o autor, quatro seriam as dificuldades³⁸.

³⁴“Neste contexto o chamado princípio acusatório, como todas as expressões em que aparece a palavra “acusatório”, caso de “sistema acusatório” o de “processo acusatório”, tem um sentido exclusivamente político, pois na hora de precisar cientificamente qual é seu conteúdo jurídico, conteúdo que deveria expressar-se em uma garantia processual, encontram-se tantos conteúdos como tentativas de explicação podem ser lidas. Por isso, se todos concordássemos que o “acusatório” expressa um slogan político, não existiria, da minha parte, relutância a utilizar essas palavras”. MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015; “Esta conotação normativamente positiva e negativa de “acusatório” e “inquisitório” ajuda a explicar por que as expressões têm sido utilizadas como dispositivos retóricos e slogans nas decisões penais ou nas reformas processuais ao redor do mundo” LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. In: **Sistemas processuais penais/** organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. 379-410

³⁵ HABER, Dzimidas Carolina. **A relação entre o direito e a política no processo legislativo penal**. Tese de Doutorado pela Universidade de Direito de São Paulo. 2011. 160p; ANDRADE, Vera Regina Pereira. Direito Penal: entre o mito da neutralidade e a politicidade, o camaleão do poder punitivo. In: **Teoria crítica e direito penal**. Organizador Raphael Boldt. 1ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. Pág. 257-270.

³⁶ MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015

³⁷ Para uma abordagem histórica e crítica das instituições policiais: SALEM, Marcos David. **História da polícia no Rio de Janeiro – 1808 a 1930: uma instituição a serviço das classes dominantes**. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007, 132p.

³⁸ LANGER, Máximo. Dos Transplantes Jurídicos às Traduções Jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **Revista Delictae**, vol 2, nº 3, jul-dez 2017

A primeira dificuldade é a que ficou evidente neste capítulo: não é sempre possível reduzir as diferenças históricas entre os processos penais da *common* e da *civil law* a um princípio justificador comum. A segunda seria o fato de os termos estarem carregados de conotações políticas e culturais, as quais teriam levado “*ao que poderia ser chamado como uma luta retórica pela apropriação desses termos, que por seu turno multiplicou os seus diferentes usos*”. A terceira deriva da expansão dessas culturas jurídicas (da *common law* e da *civil law*) para diversos países, que possuem normas jurídicas próprias e culturas variadas, complicando os esforços para capturar as diferenças e as semelhanças entre os sistemas como um todo. A última está relacionada ao período histórico em que essa diferença jurídica-cultural surgiu (século XIII), e a dificuldade de se capturar todo esse processo de diferenciação.

Conclui-se o presente subcapítulo com a advertência feita pelo jurista argentino, BINDER³⁹: “*Um excessivo conceitualismo conspira contra o desenvolvimento adequado de temas que são prático-políticos e como tais dependem de muitos fatores que se tornam invisíveis na discussão conceitual*”.

1.3 A necessidade de superação da dicotomia acusatório-inquisitório

Após apresentar as pretensões doutrinárias de conceituar os sistemas processuais penais, seguindo uma perspectiva crítica do conceito, passa-se a expor o posicionamento de alguns juristas ao redor do mundo que, há algum tempo, vêm alertando para a necessidade de superação desse debate maniqueísta entre sistema acusatório vs. inquisitório.

Paradoxalmente, quando se fala sobre a necessidade de superar algo, tem-se que falar desse algo. Por isso, ao se falar desse algo (que deve ser superado), deve-se deixar bem claro que esse algo não mais colabora para o desenvolvimento ou evolução⁴⁰ daquilo que ele fazia parte⁴¹.

Dois exemplos nacionais de identificação de debates ultrapassados que continuavam a

³⁹ BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**; organização, Aline Gotinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral – 1ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. 206p.

⁴⁰ O emprego dos termos desenvolvimento e evolução indicam uma aceitação da ideologia do progresso linear hegeliana, melhor seria a utilização de outros termos sem essa leve conotação pejorativa de melhor-pior. Todavia, por partilharmos da concepção de que o processo penal brasileiro se encontra em um cenário catastrófico, optou-se por manter os referidos termos. Para uma crítica sobre a ideologia do progresso linear: BOLDT, Raphael. **Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 236p.

⁴¹ É a mesma lógica da Justiça Transicional, a qual o Brasil não efetivou, conforme leciona WEICHERT, Marlon Alberto. Relatório da comissão nacional da verdade: conquistas e desafios. In: **Temas atuais do Ministério Público Federal**. Organizador Edilson Vitoreli. 4 ed. Salvador: JusPodivm. 2016. 33-67p.

ocupar espaço e consumir energia dos juristas nacionais podem ser encontrados nos artigos: “Tipologia dos Litígios Transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva”⁴² de Edilson Vitoreli; e, “Tem futuro o conceito de ação?”⁴³ de Luís Greco. É nesse mesmo sentido – mas sem a mesma maestria – que esta pesquisa se desenvolve.

Nessa linha, entendemos que as categorias inquisitório e acusatório são categorias “*que governam nosso pensamento, mas não são capazes de capturar o ambiente contemporâneo*”⁴⁴.

Com a superação dessa dicotomia, espera-se que surja um debate mais transparente e preciso para que um novo código não nasça fadado a remendos incoerentes⁴⁵, como ocorreu com os países de cultura continental que tentaram transplantar normas e culturas alienígenas⁴⁶.

A partir de agora, mostrar-se-á alguns autores que já vêm alertando sobre essa necessidade, mas parece não terem sido compreendidos ou tiveram suas propostas deturpadas, de forma que seus trabalhos continuam sendo usados para prolongar o debate infecundo⁴⁷ entre sistema acusatório e sistema inquisitório.

Sem prejuízo do exposto, é importante ressaltar que partilhamos do entendimento da

⁴² Nesse artigo, VITORELLI propõe uma releitura e reformulação dos conceitos no âmbito dos processos coletivos. Para a apresentação dos novos conceitos, VITORELLI teve que perpassar pelo trabalho dos professores Ada Pelegrini e Barbosa Moreira, sempre mostrando a enorme contribuição de ambos para o tema, mas sem deixar de enfatizar a necessidade de reformulação e aprimoramento. VITORELLI, Edilson: Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: **Temas atuais do Ministério Público Federal**. Organizador Edilson Vitoreli. 4 ed. Salvador: JusPodivm. 2016. 635-691p.

⁴³ GRECCO, Luís. Tem futuro o conceito de ação? In: **Temas de Direito Penal – Parte Geral/Luís Grecco e Danilo Lobato** (coords.) Rio de Janeiro, Renovar: 2008, Pág 147-172.

⁴⁴ Termo utilizado por VITORELLI, Edilson: Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: **Temas atuais do Ministério Público Federal**. Organizador Edilson Vitoreli. 4 ed. Salvador: JusPodivm. 2016.

⁴⁵ “*Aliás, esse é o grande problema de reformas pontuais que, infelizmente, vem sendo a prática adotada faz tempo em relação ao remendado CPP, o que acaba por provocar situações de antinomias no sistema processual, que contribui inegavelmente para uma indesejada insegurança jurídica. São tantas as alterações feitas ao longo do tempo que a estrutura do CPP já não comporta o peso de tantos retoques, que só geram confusão. Considerando a idade do nosso CPP (79 anos), é natural que existam pontuais reformas. Mas já passou da hora de um novo CPP, o que poderia proporcionar uma maior segurança jurídica e coerência sistemática. A opção que vem sendo privilegiada pelo legislador vem tornando nosso CPP um diploma tumultuado e complexo, uma vez que nele passam a conviver lógicas rivais e inconciliáveis*” BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. O juiz das garantias no Brasil: uma escolha do legislador não uma determinação constitucional ou de Tribunais internacionais. In: SOUZA, Renee do Ó. **Lei anticrime: comentários à lei 13.964/2019**. Belo Horizonte; São Paulo: D’Plácido, 2020. Cap. 3, p. 43-59.

⁴⁶ MARAFIOTI, Luca. Italian criminal procedure: A system caught between two traditions; THAMAN, The two faces of justice in the Post-soviet legal sphere: Adversarial procedure, jury trial, plea-bargaining and the inquisitorial legacy; KRAPAC, Davor. Some trends in continental criminal procedure in transition countries of South-eastern Europe. In: **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirkian Damaska. Organizado por John Jackson, Máximo Langer e Peter Tillers. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon: 2008.

⁴⁷ “*A oposição entre inquisitorial e adversarial era, conseqüentemente, estéril; a diferença entre os procedimentos da common law e civil law deveriam ser encontrados em outro lugar*” GRANDE, Elisabetta. “Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth” in: **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška. Edited by John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2008. 145-164p.

necessidade de continuar a se debater uma cultura autoritária da sociedade brasileira ou a postura abusiva de um determinado profissional jurídico responsável pela persecução penal, ainda que esse debate se utilize de termos como acusatoriedade ou inquisitoriedade⁴⁸.

Mirjan Damaška é primeiro jurista que será apresentado para introduzir o leitor ao debate sobre a necessidade de superação da dicotomia acusatório vs inquisitório. Quando citado na academia nacional, é comum que se apresente um resumo do seu livro “As faces da Justiça” (1987)⁴⁹.

Já na década de 80, o autor previa a necessidade de superação da dicotomia acusatório vs inquisitório, pois ela limitava a compreensão – em razão da confusão causada pelos termos – e o desenvolvimento do debate no âmbito do processo comparado. No entanto, o tema ainda

⁴⁸ Na mesma linha: “Nossa cultura jurídica é, em grande parte, um conglomerado autoritário que se reproduz através de outras práticas de ensino, formal e informal, que ainda não aprendemos a criticar profundamente e menos ainda a modificar. Ela foi moldada pela tradição inquisitorial e, por sua vez, reproduz e perpetua essa tradição do modo mais forte possível, quer dizer, sem grande consciência disso (...) Apela-se para uma persistente cultura inquisitorial como a causadora de muitos atrasos, ou sustenta-se que não poderão ser obtidos frutos da reforma até que não se reverta essa cultura. Em que pese esta afirmação pode ser assumida como uma hipótese válida para explicar muitas das dificuldades, também corremos o risco de que se converta numa muleta sem conteúdo, que, apelando para uma entidade metafísica indeterminada, deixe-nos na inação própria da espera de uma mudança que ninguém determina como deveria ser produzida”; BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**; organização, Aline Gotinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral – 1ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017; “Em primeiro aspecto, os sistemas processuais envolvem o que se pode denominar cultura democrática. Não basta mudança legislativa, velha conhecida do paleopositivismo brasileiro. Nada adianta mudar a “fachada” quando uma cultura floresce em seus recônditos interiores” LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014: “No Brasil, os caminhos da democracia sempre foram bastante tortuosos. Da declaração da independência à redemocratização, a nossa memória coletiva nos remete a textos constitucionais outorgados, a Congresso fechado, a ditaduras violentas, a perseguições arbitrárias, a mortes e desaparecimentos inexplicados. Como afirma Lília Schwarcz. “a história do Brasil, diferentemente do que a imaginamos – ‘deitada eternamente em berço esplêndido’, conforme verseja nosso Hino Nacional – é toda feita de golpes de Estado”, e as marcas da nossa relação íntima com autoritarismo, que possui raízes tão profundas, podem ser sentidas até hoje, inclusive em alguns âmbitos da organização e funcionamento da máquina administrativa” PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. 428p.

⁴⁹ “A assunção como premissa da relevância do componente cognitivo no processo penal enfrenta resistência em elaboração muito difundida na doutrina, e que encontra inspiração imediata, ou que pode ser condensada para fins meramente expositivos, por intermédio da dicotomia entre modelos processuais desenvolvida por Damaška com base nas funções ou objetivos do mecanismo judicial. Em apertada síntese, segundo o autor, a concepção preponderante quanto ao papel do Estado na sociedade, e, mais especificadamente, quanto às finalidades que devem ser alcançadas pela administração da justiça têm decisiva influência na fisionomia do aparato judiciário e nas escolhas das soluções processuais mais apropriadas a esses escopos. As funções assumidas pelo Estado no conjunto da sociedade identificaram duas tendências opostas, uma delas predisposta a conceber um modelo de Estado reativo, direcionado a manter o equilíbrio social e assegurar a autonomia individual. Nessa ideologia liberal, a administração da justiça estaria predisposta à resolução de conflitos. A outra orientação dirigista, sempre segundo Damaška, pressuporia organismo estatal ativo destinado a conduzir a sociedade e orientar as relações individuais, e, nesse caso, a administração da justiça estaria direcionada à efetivação de programas de governo com vistas a implementar concretamente as escolhas políticas do Estado. Os dois modelos contrapostos de processo decorreriam exatamente dessas duas finalidades contrastantes da justiça, ou seja, os procedimentos jurisdicionais estariam direcionados à resolução de conflitos ou à atuação de escolhas políticas. PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do Justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. 1 ed. 1 reimpr. Belo Horizonte, São Paulo: D’Placido, 2021 Pág. 239.

não foi superado em nosso país, ganhando ainda relevância ao ponto de ser introduzido num artigo do Código de Processo Penal que se vale deste conceito amorfo⁵⁰.

Em sua principal obra (“The Faces of Justice”)⁵¹, DAMASKA se propôs a apresentar novas nomenclaturas para a evolução do debate no direito processual comparado. O autor voltou sua atenção para três aspectos para cunhar as nomenclaturas: 1- a forma de organização da burocracia estatal (Organização Hierárquica vs. Coordenada); 2- característica da atuação estatal (Estado Ativos vs Reativo); e, 3- organização do processo conforme sua finalidade (finalidade Implementadora de Práticas/Políticas vs. Resolvedora de Conflitos).

Observa-se, portanto, uma expansão do objeto proposta pelo autor. As novas nomenclaturas passam a levar em consideração a estruturação da burocracia e a ideologia estatal. Nas palavras conclusivas do autor:

Ao mesmo tempo, a tarefa definida neste volume está praticamente concluída: uma moldura foi criada dentro da qual se pode examinar o processo legal enraizado nas ações em relação à autoridade estatal e influenciado pela mudança do papel do governo. Muitas conexões entre justiça e política que foram incorporadas nesta moldura foram sugeridas anteriormente por teóricos sociais e políticos, mas tentei dar maior coerência aos seus insights e traçar conexões que eles descobriram para mais aspectos detalhados do processo legal. (...) Isso eu fiz na crença, reconhecida desde o início, de que fatores políticos desempenham um papel central na responsabilidade pelos grandes contornos dos sistemas de procedimento.

Os modelos cunhados por DAMASKA sofreram diversas críticas. Entre elas, destaca-se aquelas que apontaram uma contradição do trabalho do croata-americano em tentar superar o debate dicotômico produzindo uma nova polarização com base em modelos ideias, os quais guardavam fortes relações com a dicotomia acusatório-inquisitório⁵².

Reconhecendo a utilidade de algumas dicotomias, DAMASKA preferiu⁵³ os termos

⁵⁰ “Art. 3-A O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. O artigo parece ter se inspirado no art. 32, §5º da Constituição Portuguesa: “5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”. Chama-se a atenção na diferença de conceitos do próprio sistema acusatório entre a Constituição Portuguesa e a legislação brasileira, o que corrobora as constatações desta pesquisa.

⁵¹ DAMASKA, Mirjan. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. Yale University Press, New Haven and London, 1986.

⁵² “Contudo, original como é a estruturação, ela pode ser considerada uma elaboração sobre as categorias acusatório-inquisitório, a estruturação de Damaška confia nos tipos ideais como dispositivos teóricos. Em outras palavras, assim como na margem acusatório-inquisitório, Damaška cria modelos abstratos como uma maneira de classificar e analisar processos jurídicos contemporâneos. Ademais, os modelos de Damaška de resolução de conflitos e de implementação de políticas públicas podem ser considerados elaborações da clássica oposição acusatório-inquisitório do processo uma disputa entre partes versus o processo como uma investigação imparcial, enquanto os modelos coordenado e hierárquico podem ser considerados elaborações da clássica oposição acusatório-inquisitório entre julgadores leigos versus profissionais” LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. In: **Sistemas Processuais Penais**. Organizador GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. 2ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. Pág 379.

⁵³ “As subsequentes reformas no século dezenove quebraram a bastante criticada “união pessoal” de julgar e averiguar fatos, e confiou a “severa” atividade de acusar a um novo protagonista procedimental – o promotor.

adversarial e não-adversarial⁵⁴ para se referir aos processos de matriz anglo-americana e os de euro-continental.

Partilhamos da compreensão de que os termos processo adversarial contraposto ao não-adversarial seriam os melhores para se debater a possível reforma de alguns *pontos de atrito* presentes no processo penal. Isso porque, como já explicado, a palavra “inquisitório” vem carregada de estigmas⁵⁵, dos quais se valem alguns juristas envolvidos no debate.

Seguindo uma postura similar à de DAMASKA, LANGER⁵⁶ utiliza as expressões *adversarial vs inquisitorial* para se referir a essas diferentes culturas do processo penal. Importante frisar que o próprio autor, ao utilizar o termo inquisitorial, faz um alerta aos leitores informando que não se trata, neste caso, de um termo pejorativo, mas sim da descrição de duas matrizes processuais diversas.

Segundo LANGER, o modelo processual adversarial “*concebe o processo penal como uma disputa entre duas partes (acusação e defesa) perante um julgador passivo (juiz e/ou júri)*”, já o modelo inquisitorial “*concebe o processo penal como uma investigação oficial,*

*Desde aquele tempo o adjetivo “acusatório” é frequentemente utilizado por juristas continentais para denotar procedimentos nos quais a denúncia do promotor é tanto um pré-requisito para atividades investigativas quanto um limite ao escopo das investigações. O termo “inquisitorial” é aplicado a procedimentos onde não há restrições às atividades investigativas. Definir o significado dessa dicotomia é demonstrar que ela é completamente inapropriada como ferramenta conceitual para propósitos comparativos. Uma vez que o modelo “acusatório”, nesse sentido restrito, divide pontos em comum tanto com o sistema continental quanto com o anglo americano (...) Utilizando um termo mais sofisticado, eu os chamaria de modelos, e, com vista a evitar o agrupamento de associações confusas no entorno dos rótulos “inquisitorial” e “acusatório”, deverei me referir a eles como modelos adversarial e não-adversarial”. DAMASKA, Mirjjan. Limites probatórios à condenação e dois modelos de processo penal: um estudo comparado. In **Sistemas Processuais Penais**. Organizador GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. 2ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. 286-378p.*

⁵⁴ Alguns autores diferenciam o termo sistema adversarial e sistema inquisitorial dos termos sistema acusatório e sistema inquisitório: “*Entre essas opções políticas, que dizem respeito à conduta do juiz, encontramos duas posturas antagônicas em âmbito doutrinário: o adversarial system, existente em países de cultura anglo-saxônica, e o inquisitorial system, cuja vigência se destaca entre os países seguidores do modelo continental de Direito. Os dois se manifestam sob o sistema acusatório, não se devendo fazer confusão quanto ao nome do segundo, com vinculações incorretas ao sistema ou princípio inquisitivo. A diferença entre ambos é que, no adversarial system, as partes se encarregam da marcha do processo e da produção probatória (...) Já, quanto ao inquisitorial system – também chamado de processo de desenvolvimento oficial, regra da inquisitividade ou princípio da instrução –, essa fase de produção de provas conta com uma participação ativa do juiz, em vez de se confiar às partes a conveniência na apresentação ou omissão das provas que interessam ao processo*”. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2013 pág 228. Apesar de reconhecermos a excelência do trabalho de ANDRADE, sobretudo pela profundidade na análise de documentos históricos, sua tese vem carregada de uma pretensão de resposta única, a qual tentamos nos afastar em nosso trabalho. Porém, compartilhamos da inquietude do autor diante da mixórdia doutrinária, jurisprudencial e legal (como a diferença de conceito já exposta na previsão constitucional portuguesa e da legal brasileira) na utilização dos termos sob estudo.

⁵⁵ “*É um sinal ou marca que alguém possui, que recebe um significado depreciativo (...). Entretanto, não se trata de atributos físicos, mas também de imagem social que se faz de alguém para, inclusive, poder-se controlá-lo (...) compreende que o estigma gera profundo descrédito e pode também ser entendido como defeito, fraqueza e desvantagem*”. BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. 4ed. São Paulo: Atlas, 2015. 320p.

⁵⁶ LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. In: **Sistemas Processuais Penais**. Organizador GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. 2ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. Pág 379.

realizada por um ou mais agentes oficiais” (todos imparciais) “a fim de determinar a verdade”.

Sobre os prejuízos causados pela manutenção no uso da dicotomia no debate processual comparado, LANGER elenca:

O segundo esclarecimento em meu argumento – que eu não serei capaz de desenvolver em detalhe aqui devido aos limites de espaço deste artigo – é o de que a centralidade das categorias acusatório e inquisitório e as formas de pensamento que elas refletem, contribuíram para limitar o alcance do processo penal comparado como um campo, de muitas formas. Muitas vezes, **estas categorias contribuíram para cegar os participantes jurídicos**. Em outras palavras, elas contribuíram para tornar invisíveis aos participantes outros temas e perspectivas teóricas alternativas que poderiam ser usadas para analisar o processo penal de um ângulo comparado. Estas categorias também **contribuíram para excluir ou empurrar para as margens do campo o trabalho de muitos doutrinadores, práticos e atores políticos que poderiam ser considerados dentro do campo ou em seu centro**, desde que o campo fosse configurado de outra forma. Em outras ocasiões, estas categorias e as formas de pensamento que elas refletem têm contribuído para borrar as análises dos participantes no campo – i.e, elas empobreceram suas análises de certas questões. Finalmente, estas categorias e formas de pensamento distraíram os participantes jurídicos – i.e, elas encorajaram os participantes jurídicos a se concentrar sobre certos tipos de temas e perspectivas teóricas em detrimento de outras. Estas quatro espécies de influência sobre o campo têm estado presentes individualmente ou combinadas em diversos contextos a depender das características dos atores jurídicos específicos e dos arranjos e práticas institucionais nas quais estes atores operam (grifo nosso)

Ainda no âmbito de descrição de modelos ideias que buscam captar o funcionamento dos aparatos de justiça estatal, sobretudo relacionados à persecução penal, tem-se o Devido Processo (*due process*) vs Controle do Crime (*crime control*) de Hebert Parker; o *parental vs arm's length*, de Karl Llewellyn⁵⁷; Direito Penal do Autor vs Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs; Direito Penal do Conflito vs Direito Penal Infracional, de Alberto Binder, dentro outros.

Apesar de existirem diversas lentes para se enxergar e debater o processo penal, sem dúvidas, a dicotomia acusatória vs inquisitório ainda predomina em nosso país. Compartilhamos do entendimento que essa permanência se dá unicamente em razão de sua relevância política, pois na seara estritamente técnica, os Tribunais Constitucionais ao redor do mundo raramente têm considerado normas processuais penais aprovadas pelo parlamento como inconstitucionais por violação ao princípio acusatório ou da imparcialidade do juízo. Por oportuno, lembra-se que, no segundo capítulo desta dissertação, serão apresentados julgamentos do Supremo Tribunal Federal nos quais o termo sistema acusatório foi invocado para atacar textos legais.

Não desconhecemos as alterações estruturais pelas quais alguns países europeus vêm

⁵⁷ DAMASKA, Mirjjan. Limites probatórios à condenação e dois modelos de processo penal: um estudo comparado. In **Sistemas Processuais Penais**. Organizador GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. 2ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

passando em razão de sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)⁵⁸, a qual vêm traçando linhas a fim de estabelecer um padrão mínimo de garantia da imparcialidade dos tribunais, mandamento previsto em diversos tratados internacionais. Entretanto, das sentenças da CEDH, não se extraí um único modelo de estruturação da Justiça Criminal; muito pelo contrário, aceita-se uma miríade de sistemas de persecução penal, desde que as atribuições dos atores deste sistema estejam bem definidas e sejam capazes de evitar abusos estatais.

Aqui, é importante lembrar a própria história dos Direitos Fundamentais, que se solidificaram diante da necessidade de proteção dos seres humanos diante das atrocidades cometidas em razão de objetivos estatais⁵⁹. Por isso, é basilar para a estruturação de um sistema jurídico de persecução penal – condizente com as democracias ocidentais do século XXI – prever a limitação dos poderes do Estado e impedir a sua concentração em qualquer um de seus órgãos ou instituições responsáveis pela persecução penal.

Dessa forma, o Norte do debate sobre a construção desse arcabouço jurídico penal pós-moderno e democrático deve ser o processo penal como instrumento de garantia dos Direitos Fundamentais de todos os envolvidos⁶⁰. Ou seja, os sujeitos que possuem algum interesse no processo penal. Em nosso entender, a concepção duelista⁶¹ do processo penal deve ceder espaço

⁵⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do Justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. 1 ed. 1 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Placido, 2021. Pág. 59 e ss; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 3ed. Curitiba: Juruá, 2020. 176p.

⁵⁹ “A invenção do Estado e das agências de controle social inseridas na burocracia implicou na criação de inúmeras expectativas provenientes do ideal de segurança, como, por exemplo, felicidade e autonomia individual. Expectativas cuja manutenção expressa a crença na bondade do poder punitivo e a confiança nos valores morais (metafísicos) que moldam as ciências jurídico-criminais e o sistema penal moderno: “a bondade (valor penal), a beleza (valor criminológico) a verdade (valor processual) e a justiça (valor jurídico). Embora muitos encontrem nos mencionados valores morais um lugar de conforto e segurança, tão cobiçados em tempos de incerteza, parece paradoxal que o façam exatamente na seara penal. Entretanto, tal contradição se dissolve quando compreendemos que o Estado, ou, nas palavras de Nietzsche, a “imoralidade organizada”, foi capaz de monstruosas loucuras das quais o indivíduo jamais seria capaz. Amparado na razão punitiva, sua “pulsão para o poder” – o mais terrível e profundo desejo do homem – se torna moralmente justificada e a responsabilidade pelo sofrimento alheio é completamente dissipada”. BOLDT, Raphael. **Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 236p.

⁶⁰ Aury Lopes Jr. possui um entendimento similar, mas dá ênfase ao réu: “nossa noção de instrumentalidade tem como conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor de dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário (...) Com isso, concluímos que a instrumentalidade do processo penal é fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais” LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 44 e ss. Em prol de uma visão mais holística dos atores do Processo Penal: FISCHER, Douglas. “O que é Garantismo Penal (integral)?”. In **Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

⁶¹ Mais uma vez remetemos o leitor ao artigo GRANDE, Elisabetta. “Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth” in: **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška. Edited by John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2008. Ao invés de usar o termo duelo para compreender o processo penal adversarial, ela utiliza o exemplo do Tango, dança argentina na qual somente dois

para uma compreensão multidimensional do conflito penal.

No processo penal, já faz algum tempo, que a crítica sobre a total exclusão da vítima ganhou espaço no debate. A Lei 11.690/2008 foi o grande marco desta retomada de atenção, apesar dela ainda utilizar a expressão ofendido, ao invés de vítima. A partir dela, vem sendo mais comum a menção ao ofendido/vítima nas leis processuais penais, porém ainda lhe são tolhidos maiores poderes sobre as decisões no processo penal⁶².

Esse afastamento da opinião da vítima sobre os rumos do processo penal reforça o que BINDER⁶³ alerta para ser a maior característica da inquisitorialidade no processo penal: o direito infracional. Como leciona o argentino, a ideia de infração surge como mecanismo de sequestro da resolução dos conflitos entre os particulares a fim de legitimar o monopólio da violência estatal.

Esse sequestro, segundo BOLDT⁶⁴, é um verdadeiro desserviço para fins da *“democratização da gestão de conflitos e a pretendida emancipação dos sujeitos diretamente envolvidos, pois representa um dos muitos casos de oportunidades perdidas para envolver os cidadãos nas tarefas que são importantes para ele”*. Conclui o autor que, no final das contas, *“neutraliza-se a vítima e desconsidera-se o enorme potencial para a participação dos afetados em detrimento da ampliação do poder estatal”*

Assim como BINDER, BOLDT vê a usurpação da resolução do conflito pelo Estado (ocorrida na Idade Média europeia por intermédio da superação do sistema germânico⁶⁵ de

dançarinos dançam. Para se referir ao modelo não-adversarial, a professora utiliza a Zumba, dança que pode ser performada por vários dançarinos ao mesmo tempo. Doutra lado, há quem veja nessa proposta de tirar o réu do centro do Processo Penal uma *vontade autoritária*. Sobre esta outra perspectiva, GLOECKNER relembra os discursos de Francisco Campos em suas propostas de alteração do CPC: *“É nesse sentido que Francisco CAMPOS lançará mão de uma proposta de abandono da concepção duelística de processo para a adoção de uma concepção autoritária de processo. Segundo o autor, à concepção do processo como instrumento de luta entre particulares, haveria de substituir-se a concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e distribuição de justiça”*. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Volume 1. 1ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. Pág 133.

⁶² Andou melhor o Código Penal Português, conforme VALENTE nos leciona, ao prever em seu art. 206 a necessidade de concordância do ofendido para a extinção da reponsabilidade penal com a restituição ou reparação do dano oriundo de crime exclusivamente patrimonial. O mesmo autor, no entanto, mostra que a manifestação do ofendido foi excluída em alguns casos da suspensão do processo conforme art. 281 do Código de Processo Penal Português. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **A polícia do estado democrático e de direito**. 1ed. Florianópolis. Empório do Direito, 2015. Pág 105 e ss.

⁶³ BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Organização Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral – 1. Ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

⁶⁴ BOLDT, Raphael. **Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁶⁵ *“Se o direito somente se desenvolveu com o surgimento das cidades na segunda metade da Idade Média, para Kindhäuser coube à Inquisição oficializar o processo. Conservado e difundido o direito canônico medieval, o processo inquisitório acarretou a desaparecimento do antigo direito germânico, caracterizado por um modelo de resolução de conflitos que permitia um acordo de desagravo entre a vítima e o autor da contenda. Reunidos ao ar livre, em lugares como colinas ou sob a copa de grandes árvores, juntamente com o clã e perante uma câmara*

solução de conflitos) como um marco na mudança da *disputatio* – caracterizada pela batalha argumentativa e a transação entre os rivais para se chegar a noção de verdade e a solução do conflito – para a *inquisitivo*⁶⁶ – caracterizada pela acumulação de poder e um novo método de descoberta da verdade, inicialmente fundado em dogmas religiosos e depois nos dogmas científicos da modernidade.

Sobre esse ponto, ANDRADE faz uma defesa dessa usurpação de legitimidade. Segundo o autor isso seria uma necessidade social, a fim de evitar “*a impunidade, a possibilidade de acusações falsas, a ausência de proteção ao acusador, sua família e as testemunhas, a deturpação da verdade e a não execução da sentença*”. Portanto, ANDRADE parece não ver o monopólio da persecução penal do Estado como uma característica inquisitorial, preferindo nomear essa mudança histórica como o modelo do “Sistema Acusatório Contemporâneo”, que veio para sanar os defeitos de um “Sistema Acusatório Puro”⁶⁷.

Em nossa visão, não é só a vítima que deve passar a ter um maior protagonismo no Processo Penal, a mídia livre e independente e outras associações também devem ter seu interesse e participação reconhecidos. Claro que a participação desses novos “dançarinos”⁶⁸, sobretudo da mídia, deve ser bem estudada e regrada, pois muito se sabe sobre as repercussões negativas de uma participação descompassada⁶⁹.

popular chamada Thing ou Ding, eles definiam por meio de uma negociação pública e verbal a espécie e a quantidade da reparação. Aparentemente rudimentar, quase primitivo, o antigo arquétipo germânico de regulamentação de litígios não se pautava no inquérito, mas no jogo da prova, no duelo. Longe de expropriar o conflito e entregá-lo ao soberano, tratava-se de procedimento que abdicava da pesquisa da verdade e regia-se pela luta e pela transação”. BOLDT, Raphael. **Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁶⁶ No mesmo sentido ZAFFARONI, Raul Eugênio. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 3ª Ed. Renavan. Rio de Janeiro. Pag. 39-42: “*Com o surgimento do poder punitivo, abandonou-se a luta e a verdade começou a ser estabelecida através do interrogatório ou inquisitivo. O sujeito de conhecimento – inquisidor (interrogador ou investigador) – pergunta ao objeto de conhecimento – inquirido (interrogado ou investigado) – e deste modo obtém a verdade (...). Afirmou-se que essa forma de obter a verdade passou do processo penal a todo saber humano e que a luta ou disputatio, que era a via de obtenção de verdade de todo saber (astrologia, alquimia, medicina dedutiva), cedeu lugar a inquisitio (interrogatório do sujeito cognoscente ao objeto de conhecimento), com o que a astrologia se transformou em astronomia, a alquimia em química, a medicina dedutiva em empírica, etc. (...) Dessa perspectiva, pode-se afirmar que a Idade Média não terminou e está longe de terminar. Dependerá da capacidade humana de transformação do conhecimento a substituição da inquisitio, algum dia, pelo dialogus, em que o saber não esteja mais do dominus e sim do frater.*”

⁶⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2013 Pág 107 ss.

⁶⁸ GRANDE, Elisabetta. “Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth” in: **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška. Edited by John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2008.

⁶⁹ Sobre o tema BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá. 2013. 196p e SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais – uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 426p.

Voltando-se a falar sobre a necessidade de superação da dicotomia, WINTER⁷⁰ alerta que *“os conceitos jurídicos são úteis, ainda mais se existe um consenso quanto ao seu significado”*. Do contrário, podem levar a uma confusão entre os diversos interlocutores”. Em seguida, a autora fala do emprego do termo acusatório *“como proibição de acumulação das funções de investigar, acusar e julgar em um mesmo órgão”* e *“para fazer referência ao processo penal com todas as garantias”*. A autora também relembra que *“em todo o sistema de justiça penal – ocidental – convivem elementos que caracterizaram ou surgiram com o processo inquisitorial e elementos que foram chamados de acusatório”*. Por fim, ela conclui afirmando *“que centrar o debate na caracterização desses modelos perdeu grande parte da sua utilidade, ao menos como eixo sobre o qual – se afirmar – deveriam ser articuladas as reformas da justiça penal no âmbito das democracias ocidentais”*.

Após demonstrar a necessidade de superação da dicotomia, a autora apresenta outros pontos processuais (além do maior protagonismo da vítima) os quais ela considera relevante para a estruturação desse processo penal almejado pelos cidadãos dos Estados democráticos ocidentais:

Na busca de soluções para um processo penal justo e eficaz, partindo do consenso sobre a garantia da imparcialidade, acredito que chegou a hora de superar a dicotomia “acusatório” versus “inquisitório”. **A meu ver, o estudo será muito mais proveitoso se se analisam os diversos mecanismos por meio dos quais se articulam as garantias do processo penal** nos diferentes processos “acusatórios”; concretamente, por meio da análise de: **1) como funciona a divisão entre as funções de investigar, acusar e julgar; 2) como se equilibram os poderes de cada uma das partes que intervêm no processo penal; 3) a quem é atribuída a responsabilidade de decidir sobre o início da investigação e, sendo o caso, da abertura e instrução do processual; ou 4) como são canalizadas e controladas as soluções negociadas ou de consenso no processo penal; 5) como se cumprem as garantias de defesa o acusado, dentro de um marco de proteção da vítima** (grifo nosso).

Seguindo essa mesma trilha, na busca de um processo penal equilibrado, temos o trabalho de Frederico Valdez Pereira⁷¹. Em sua tese, VALDEZ PEREIRA apresenta o debate em torno da construção jurídica de um processo penal justo e reconhece que o debate acerca *“dos problemas do processo penal na caracterização dos modelos acusatório/inquisitório perdeu muito de sua utilidade, ao menos do ponto de vista científico, ainda que possa manter em aberto visões ideológicas e referências históricas”*. Conforme expõe o autor, os debates legislativos atuais estão *“optando conscientemente pela inserção no direito positivo da ideia do justo processo, do processo equitativo ou do due process e fair tril na versão anglo-*

⁷⁰ WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal. In: **Sistemas processuais penais/** organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. Pág. 68-114.

⁷¹ PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do Justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. 1 ed. 1 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D’Placido, 2021.

americana”.

Nessa vertente assumida – que reconhece na fórmula do equo processo uma inspiração ou ideal comum a ser alcançado por todos os sistemas processuais de todas as nações democráticas – é possível se utilizar de dispositivos da Declaração universal dos direitos do homem, conforme sinalizado pela evocação de termos contidos no seu Preâmbulo, para apontar caracteres mínimos componentes do direito ao justo processo na seara penal.

Em seu trabalho, VALDEZ PEREIRA dá ênfase à jurisprudência convencional dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos – europeu e interamericano –, cotejando suas decisões com os ordenamentos internos, sobretudo o brasileiro e o italiano. Além de tecer comparações entre os processos penais desses ordenamentos jurídicos, o autor se debruça sobre o tema gestão da prova, concluindo pela impossibilidade de se retirar o poder de gestão da prova – ainda que supletiva ou subsidiariamente – do juiz.

Nessa mesma linha, é a dissertação de MOTTA⁷². Em síntese, MOTTA demonstra como a retirada dos poderes instrutórios do Poder Judiciário não é o melhor caminho para a construção de um processo penal justo. Importante citar que este autor diferencia a atuação do juiz na fase do inquérito, na qual ele não poderia determinar a produção de provas, da fase após a propositura da ação penal, na qual ele poderia determinar a produção de provas.

Ambos os magistrados, MOTTA e VALDEZ PEREIRA, têm como Norte de seus trabalhos a busca por um modelo de processo que possibilite ao máximo alcançar a melhor solução para o caso penal, que seria a absolvição de inocentes e a condenação de culpados. Todavia, os autores não renegam a importância da observância dos Direitos Fundamentais da pessoa suspeita de cometer um crime.

Voltando para a tese de VALDEZ PEREIRA, que tem fortes bases na doutrina italiana, é importante salientar a história do código de processo penal italiano. Primeiro, pela forte influência que o Código Rocco teve em nosso próprio Código de Processo Penal de 1941⁷³. Segundo, pelo fato de os italianos terem passado por 2 (dois) novos códigos penais desde 1945.

A última mudança do Código de Processo Penal Italiano de 1988 foi muito influenciada pelo discurso em torno do sistema acusatório. O código de 88 representou uma grande transformação do processo penal italiano. Pode-se citar como alterações substanciais no processo italiano – e que vão dialogar com nosso trabalho – a proibição dos autos da

⁷² MOTTA, André Guasti. **Garantismo penal e princípio acusatório: uma análise acerca dos poderes instrutórios do juiz no processo penal**. Dissertação de mestrado aprovada pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Vitória, 2022. 199 pág.

⁷³ Essa influência foi esmiuçada por GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Volume 1. 1ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

investigação preliminar acompanharem a acusação e a entrega de um maior poder às partes na gestão da prova com a proporcional redução da atuação do juiz⁷⁴.

Esses dois pontos específicos estariam relacionados a dois flancos do discurso maniqueísta *acusatório vs inquisitório*. No que tange ao aproveitamento de informações colhidas na fase investigatória, as críticas se dão em razão de não haver ampla defesa e contraditório nessa fase. Por isso, os elementos coletados não poderiam ser considerados como provas⁷⁵. Justamente para amenizar essa disparidade, o Código Processual Penal Italiano, além de proibir que alguns desses atos acompanhem a denúncia, também regulou a investigação defensiva. Em relação à gestão da prova, os críticos afirmam que qualquer atuação do juiz na gestão da prova seria capaz de comprometer sua imparcialidade.

Essas inovações italianas não se sustentaram⁷⁶. Alguns autores podem afirmar que elas cederam devido a uma cultura ou mentalidade inquisitiva, outros apontam que elas sucumbiram por não serem condizentes com as características das investigações penais do século XXI e devido a uma cultura não privatista do conflito penal.

Sobre o primeiro ponto, o desenvolvimento industrial e científico que a sociedade moderna experimentou a partir do século XVII também repercutiram no âmbito da investigação criminal. A balística, a papiloscopia, os exames de DNA e outros ramos do conhecimento passaram a ser amplamente utilizados pelos órgãos estatais de investigação criminal a fim de trazer uma maior certeza a respeito dos fatos investigados. Conseqüentemente, a prova testemunhal – assim como a oralidade como um todo – foi perdendo cada vez mais sua importância.

Embora o método de esclarecimento dos fatos potencialmente criminosos tenha sofrido essa drástica mudança, a estrutura processual parece não a ter acompanhado, de forma que a investigação criminal ainda é vista como procedimento administrativo não integrante do processo penal.

Assim, conforme o atual estado das ditas ciências naturais e tecnologia, é praticamente

⁷⁴ MARAFIOTI, Luca. Italian criminal procedure: A system caught between two traditions. in: **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška. Edited by John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2008.

⁷⁵ É possível perceber essa mudança na alteração promovida no artigo 156 do CPP pela Lei 11.690 de 2008, em que passa a chamar o que é coletado no inquérito policial como “elementos informativo”, ao invés de chamar de prova, como era a tradição anterior.

⁷⁶ Vários autores apontam as decisões da Corte Constitucional Italiana e as reformas legislativas de 99 do CPP Italiano como um marco do insucesso das reformas. Nesse sentido: MOCCIA e IASEVOLI, Clelia e Sérgio. A verdade substancial e a verdade processual; SPANGHER, Giorgio. A história do processo penal italiano. In: **Sistemas processuais penais**/ organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021; e LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **Revista Delictae**, Vol. 2, nº 3, jul-dez 2017.

impossível não serem utilizados os elementos de informação colhidos na fase de investigação no julgamento, sobretudo em crimes complexos. Normalmente, eles são apenas transmutados da forma escrita para a forma oral.

Inclusive, a consciência dos juízes criminais de que existem meios de provas muito fidedignos faz com que o próprio parâmetro para condenação seja elevado. Essa realidade faz com que a investigação criminal deva ser rápida, pois conforme pontua SILVA⁷⁷:

(...) a investigação criminal é, de fato, um processo orientado pelo tempo, no sentido de que a apuração deve se dar dentro de um prazo razoável, pois esse fluxo unidirecional impõe o aproveitamento e a criação de avanço diante da consciência de que a primeira oportunidade de obter informação pode ser a última(...)⁷⁸.

No mesmo sentido, PEREIRA⁷⁸ assevera que essa realidade faz com que um dos pressupostos que fundamentam o Modelo de Acusatório de Investigação Criminal - MAIC (o não aproveitamento das provas colhidas na investigação durante o processo) seja “*um projeto finalístico não realizável*”. Reconhecendo que as provas colhidas na investigação criminal – em sua grande maioria ou ao menos nas investigações mais complexas – serão utilizadas no julgamento, fica evidente que entregar o poder de condução das investigações ao órgão de acusação o coloca em uma posição de vantagem desproporcional frente à defesa. E mais, cria um órgão estatal mais poderoso do que o próprio juiz de instrução, pois a atuação deste juiz cessava findada as investigações, enquanto a atuação do órgão de acusação perdurará até o trânsito em julgado do processo, até mesmo quando seus congêneres que atuam junto aos Tribunais se manifestem contrários, como fiscais da Lei. Ou seja, a perseguição pode se estender durante um longo período.

Nas palavras mais acuradas de PEREIRA:

Ao considerar, assim, as exceções convergentes dos diversos sistemas de controle da valoração probatória, não obstante a variedade das formas com que se positivam, parece haver uma questão prejudicial ao discurso subjacente ao MAIC, pressuposta na ideia de que toda e qualquer prova se pode reproduzir originalmente na fase de audiência e julgamento, o que já não condiz com a realidade da metodologia da investigação criminal contemporânea. A rigor, apenas a prova testemunhal, e sequer ela diante dos casos em que se pede uma antecipação de prova, parece submeter-se a essa ficção, que tinha algum sentido em épocas nas quais a prova não tinha o caráter técnico-científico que adquiriu em fins do século XX e tende a dominar todo o processo do século XXI. Com razão, portanto, observou-se que o princípio da prova exclusivamente produzida em audiência não se podia realizar senão em algum momento histórico que já não é o nosso. O sistema de negação absoluta da prova produzida antes do juízo oral parece ser impossível de cumprir-se, embora pareça ainda persistir como reduto do discurso legitimador que, obscurecendo o problema da falta de contraditório das provas produzidas em investigação, sub-repticiamente

⁷⁷ SILVA, Élzio Vicente da. **Investigação Criminal Sistêmica: por uma abordagem multidimensional**. Baureri. São Paulo: Novo Século, 2023. 384p.

⁷⁸ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Saber e poder: o processo (de investigação) penal**. 1 ed. Florianópolis. Tirant lo Blach, 2019. 468p.

parece querer dar por insuperável o problema da irrepetibilidade que o próprio modelo cria por sua engenharia processual de duas fases, com exclusão da defesa na primeira.

E a questão, ao remeter-se a uma doutrina de provas pré-constituídas, não se resolve facilmente. Afinal, quer se entendem como irrepetíveis, quer como cautelares decorrentes de meios de obtenção de provas, o fato é que todas elas acabam se produzindo durante a investigação criminal e aceitas como exceções ao princípio da prova produzida em audiência. Tem-se, então, reconhecido que essa pré-constituição probatória exige não apenas uma delimitação objetiva da irrepetibilidade, como ainda que se submeta a um regime de excepcionalidade, com garantias compensadoras da falta de contraditório e imediação. Contudo, em geral, essas garantias têm sido reduzidas a cumprimento de formalidades legais, com exigência de documentação do meio de prova e sua reprodução se e quando possível, que não são substitutos aptos à garantia da verdade. O problema, ademais, é que alguns meios de obtenção de provas utilizados, fortemente influenciados pela ciência e tecnologia, tendem a tornar impotentes ou neutralizam certos obstáculos proibitivos de obtenção, que irremediavelmente colocam o direito probatório à deriva dos princípios garantistas, ao antecipar o centro principal de decisões para uma fase anterior ao julgamento.

Sobre o mesmo tema, LOPES JR.⁷⁹ assevera que “*o inquérito policial é normativamente sumário, inclusive com limitação quantitativa ou temporário, mas o que sucede na prática é que ele se transforma em plenário*”. O autor critica a redação do art. 155 dada pela Lei 11.690/2008, afirmando que ela “*não apenas não evoluiu rumo à restrição à fundamentação da sentença como legitimou*” a utilização das informações e provas colhidas durante a investigação criminal no julgamento.

O problema principal de uma interpretação literal do conteúdo do art. 155 é justamente a utilização velada dos elementos de informação contidos no inquérito policial que, justapostos a outros elementos contidos no processo judicial justifica uma sentença condenatória. Aliás, o uso famigerado “*cotejo das provas dos autos com aquelas do inquérito policial*” sempre foi um instrumento de abuso e de verdadeira burla de etiquetas ao sistema acusatório.

Apesar de reconhecer que muitos elementos colhidos na investigação são utilizados no julgamento, o autor afirma que “*a polícia investiga em excesso e produz uma prova de má qualidade*”, isso se deveria “*porque não atua em sintonia com o titular da ação penal*”.

Ainda segundo o autor, o grande erro estaria:

na falta de controle da investigação policial por parte do Ministério Público – destinatário final do inquérito e titular da ação penal –, que deveria ser o responsável em definir o que e quanto a ser investigado, pois, como titular da ação penal, saberá definir que nível de cognição deve existir naquele caso específico.

Discordamos veementemente da percepção do autor. A afirmação de que a investigação conduzida pela Polícia Judiciária é de baixíssima qualidade, ainda que possa encontrar respaldo na realidade nacional, não deve ser atribuída a uma suposta incapacidade dos delegados de polícia – bacharéis em Direito e com amplos conhecimentos sobre Direito Penal e Processual

⁷⁹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

Penal, os quais acompanham as decisões dos Tribunais Superiores e adequam a atuação das Polícias Judiciárias ao entendimento dessas Cortes – em conduzirem as investigações e arrecadarem elementos de informação, provas cautelares, irrepetíveis ou antecipadas durante o inquérito policial inúteis à propositura de uma ação penal.

Nesse sentido, eventuais experiências frustrantes de investigações conduzidas pela Polícia Judiciária podem ser atribuídas a problemas que existem em qualquer outra instituição pública nacional, tais como: falta de vocação profissional dos servidores, desinteresse no trabalho e em se manter atualizado na sua área de conhecimento, ausência de infraestrutura e instrumentos técnicos, carência de recursos humanos, conflitos internos entre os funcionários de cúpula e os demais (o que na polícia é mais sentido pois não existem cargos comissionados), alterações de entendimentos jurisprudenciais com efeitos *ex tunc*, entre outros. Junte-se, ainda, a esses elementos o risco iminente à vida desses profissionais.

Por esses motivos, a percepção de PEREIRA⁸⁰ é mais fidedigna e compreende uma interpretação mais acurada da atualidade.

Após reativar o olhar para a realidade brasileira, volta-se a mencionar reformas ocorridas na Europa continental. Assim como ocorreu com a reforma italiana de 1988, os países do leste europeu, após a dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), reformaram seu processo penal a fim de adequá-lo ao novo regime democrático. Assim como no caso italiano, a dicotomia *acusatório vs inquisitório* também foi usada para promover as reformas. Por isso, esses casos deveriam ser estudados com mais afinco pelos juristas nacionais.

Conforme apontam KRAPAC e THAMAN⁸¹, diversos países, incluindo a Rússia, passaram por mudanças em seus códigos de processo penal após a derrocada dos governos de partido único representantes dos trabalhadores urbanos e rurais. A maioria dessas mudanças estavam inspiradas nos ideais de democracia, proteção dos direitos humanos e redução da intervenção estatal e, erroneamente, acreditavam que o pacote de normas e características embalados com o rótulo “sistema acusatório” garantiria essas mudanças.

É verdade que houve a assimilação de certas normas típicas dos processos adversariais de origem anglo-americana, como os institutos de justiça criminal negocial⁸², mas esses já

⁸⁰ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Saber e poder: o processo (de investigação) penal**. 1 ed. Florianópolis. Tirant lo Blanch, 2019. 468p.

⁸¹ KRAPAC, Davor. Some trends in continental criminal procedure in transition countries of South-eastern Europe; THAMAN, The two faces of justice in the Post-soviet legal sphere: Adversarial procedure, jury trial, plea-bargaining and the inquisitorial legacy; In: **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirkian Damaska. Organizado por John Jackson, Máximo Langer e Peter Tillers. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon: 2008.

⁸² LANGBEIN mostra que a justiça negocial não está nas origens do sistema da *common law*, sendo, na verdade, um procedimento relativamente recente, iniciado no século XIX e que chega a seu apogeu na segunda metade do

vinham sendo aceitos por outros países com estrutura processual não-adversarial.

O que se pretende, ao citar essas modificações legislativas ocorridas na década de 90 nos países da Europa oriental, é mostrar que, sobretudo após a dissolução da União Soviética, diversos países de cultura não-adversarial buscaram alterar a estrutura de suas normas processuais penais, influenciados pelo discurso em torno de um “sistema acusatório”, que se apresentava como mais democrático, libertário e protetor dos Direitos Humanos. Essas modificações e seus frutos deveriam estar no cerne do debate acadêmico-jurídico-político.

Dentre esses desenhos institucionais que compõe o “pacote acusatório”, está a junção do poder de investigar e acusar nas mãos de um mesmo servidor do Estado, normalmente no advogado criminal do Estado⁸³. Essa formatação, entretanto, colaborou com a permanência do autoritarismo em alguns países, fazendo com que o Poder Judiciário continuasse subjugados ao Executivo⁸⁴.

Na mesma linha, PEREIRA⁸⁵ afirma que essa cumulação de poderes no órgão de acusação “*parece aprofundar-se nessa obnubilação, sob formas cripto-autoritárias que deixas os direitos processuais do investigado em situação de vulnerabilidade*”. Isso porque pensar que a “*investigação criminal prestar-se-ia apenas a preparar a acusação, não tendo quaisquer funções instrutórias*” faz com que o órgão de acusação se encontre em uma posição vantagem e dominação frente ao réu e à defesa, o que facilita o cometimento de abusos e perseguição.

século XX. LANGBEIN, John H. Compreendendo a curta história do plea bargaining. In: **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. Pág 115-126

⁸³ Utilizamos o termo advogado criminal do Estado para evidenciar que a expressão Ministério Público ou Promotor Público nem sempre representa a melhor tradução de textos legais estrangeiros, em razão da organização estatal de cada país contar com suas peculiaridades. Outra opção é usar a nomenclatura acusador público.

⁸⁴ “Uma política de “não absolvição” ainda permanece na Rússia, e converte efetivamente o julgamento do tribunal em um mero tribunal sentenciante, o qual impõe a sentença previamente sancionada pelo Ministério Público. Essa virada do espírito do Conceito de uma Reforma Judicial pode ser o resultado de quase uma dominação total da democracia russa pelo Poder Executivo sob o Presidente Putin e seus “poderosos ministérios” (siloviki), tais como a FSB (sucessora da KGB) e, para os propósitos do processo penal, a procuradoria, e a falta de vontade ou incapacidade do Poder Judiciário de quebrar esse padrão” THAMAN, The two faces of justice in the Post-soviet legal sphere: Adversarial procedure, jury trial, plea-bargaining and the inquisitorial legacy; In: **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirkian Damaska. Organizado por John Jackson, Máximo Langer e Peter Tillers. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon: 2008. Isso é uma realidade não só na Rússia, mas também os próprios Estados Unidos da América vêm caminhando nesse mesmo sentido, sobretudo com as propostas de Uniformização das Sentenças do Poder Judiciário. MILLER, Marc L. Domination & Dissatisfaction: Prosecutors as sentencers. **Stanford Law Review**, Apr., 2004, Vol. 56, No. 5, 2004; BURKE, Alafair S. Paixão Acusatória, Viés cognitivo e plea bargaining. In: **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. Pág 87 e ss. Ou seja, a concentração de poderes na mão do órgão público acusador facilita a estruturação de ditaduras. Essas citações e estudos no Leste europeu parecem responder a pergunta de GLOECKNER e refutar sua resposta: “em que momento histórico foi possível verificar um juiz passivo em um Estado autocrático? (...) Evidentemente, porque tal circunstância jamais existiu”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. 1ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

⁸⁵ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Saber e poder: o processo (de investigação) penal**. 1ed. Florianópolis. Tirant lo Blach, 2019.

Segue PEREIRA:

(...)o modelo processual de investigação pelo órgão de acusação, como já se observou, acaba por transladar grande parte dos problemas anteriores que se encontravam no modelo de investigação por juiz de instrução.

Acresce-se a essa tendência o ressurgimento do Ministério Público como protagonista da investigação criminal, com renovada força, nas diversas reformas que o direito processual tem sofrido nas últimas décadas. Essas reformas, completas ou limitadas a alterações parciais, em geral, têm modificado estruturalmente as fases do processo e redefinido funcionalmente as diversas atribuições dos sujeitos processuais (...)

Francesco Carrara, portanto, a respeito disso, parece ainda permanecer com razão quando dizia que o Ministério Público não deveria ter outra atribuição além de acusar, pois se ele de alguma forma pode produzir provas que posteriormente vão servir ao juízo penal (e essa é precisamente a questão que se trata), não passa de um novo inquisidor que se substituiu à figura do juiz instrutor que pretende suceder⁸⁶.

Essa pretensão de concentrar os rumos de uma investigação criminal em apenas um órgão público é tão danosa à poliarquia⁸⁷ quanto aqueles que advogam contra a independência do Ministério Público brasileiro, afirmando que a Constituição teria criado um quarto poder sem controle externo⁸⁸ e, com esse discurso, colocam em risco a independência da instituição dificultando, com isso, o cumprimento de seu múnus constitucional “*de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”, sobretudo quando o próprio Estado for o agressor.

Por fim, AMBOS e BOCK⁸⁹, em seu livro que analisa a atuação dos promotores em tribunais penais internacionais, introduzem o resultado de sua pesquisa reafirmando a necessidade de superação de qualquer dicotomia e aclamando que os debates e as pesquisas se voltem ao conteúdo das normas em si:

Seja como for, a utilidade da distinção tradicional é cada vez mais questionada, especialmente em questões de direito processual penal internacional. Embora a distinção possa ser um instrumento útil de classificação e simplificação para lidar com questões processuais complexas, não deve ser sobrestimado. Embora a maior parte das regras processuais possa ter suas origens certas no direito consuetudinário ou na lei Romano-Germânicas, são por vezes aplicadas de forma *sui generis* e única. Portanto, não é importante determinar se uma norma é acusatória ou inquisitorial, mas

⁸⁶ Não partilhamos do entendimento de que o Ministério Público não deva ter qualquer atribuição investigativa, isso poderia desaguar em um posicionamento de cumulação de poderes (investigativos, no caso) em um órgão apenas (Polícia Judiciária) e, portanto, ocasionaria os mesmos riscos que observamos na cumulação de poderes no Poder Judiciário ou no Ministério Público.

⁸⁷ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**; tradução Patrícia de Freitas Ribeiro e Aníbal Mari. São Paulo. WMF Martins Fontes, 2012. 625p.

⁸⁸ “*Do mesmo modo, a autonomia e a independência do Ministério Público do Executivo, não apenas permitiu que florescessem (im)posturas teóricas e práticas que se confundiam com os espectros defensivistas da ordem antidemocrática, como elevou o Brasil ao status de país com enorme quantidade de presos. Neste cenário, o Ministério Público se tornou um órgão ingovernável, inclusive pela inexistência, no Brasil, de um órgão que possa servir como equilibrador dos poderes (tomemos a ausência, no Brasil, do ombudsman)*”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. 1ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018

⁸⁹ AMBOS, Kai; BOCK, Stefanie. **El régimen procesal de los Fiscales en los Tribunales Penales Internacionales**. DYKINSON. Madrid, 2011. 86p.

sim determinar se serve os tribunais na consecução dos seus objetivos. O desafio do direito processual internacional não é determinar a superioridade de um determinado sistema jurídico, mas garantir um julgamento justo sem incidentes que salvaguardam o respeito pelos direitos do acusado e de outros intervenientes e utilizando um sistema processual penal eficaz. Desta forma, o direito processual penal internacional moderno supera cada vez mais a barreira tradicional entre o direito consuetudinário e o direito romano-germânico.

Seguindo essa perspectiva, na construção de um processo penal brasileiro compatível com as democracias do século XXI, o debate não deve ficar orbitando em torno de um conceito não muito bem delimitado. Ao contrário, deve-se expandir o horizonte de pesquisa para além da lógica do processo judicial formal, abarcando também temas afetos a outras áreas das ciências humanas, ampliando-se, também, o olhar para outras instituições públicas que não sejam somente a promotoria e os Tribunais.

Nesse sentido, DAMASKA⁹⁰ já alertava sobre a necessidade de estudar o processo penal para além da triangulação acusação, defesa e juízo. Reconhecendo, inclusive, a necessidade de um maior estudo sobre as estruturas policiais:

Em quarto lugar, apesar desta perspectiva institucional e de papéis, os trabalhos acadêmicos de processo penal comparado têm mostrado interesse na maioria das vezes em um conjunto limitado de instituições e atores da justiça criminal – aqueles relacionados ao processo formal de persecução e decisão. Uma vez mais, a comparação de processos acusatórios e inquisitórios pode resultar em destacar diferenças entre algumas instituições e atores como o papel do promotor de justiça, dos tribunais e da advocacia, mais do que sobre outras instituições e atores como a polícia, oficiais da condicional e procedimentos pós-condenação e pós-apelação e agências administrativas que desenvolvem algum papel no processo penal, apenas para mencionar algumas possibilidades.

Por exemplo, o processo penal comparado tem feito para explicar a polícia como instituição. Para ter certeza, os poderes e regulamentações jurídicas da polícia são frequentemente abordados em análise comparadas do processo penal. Entretanto, nós sabemos muito pouco sobre como diferentes forças policiais operam no processo penal em relação a diferentes grupos sociais, como os departamentos policiais são compostos demograficamente, como os departamentos policiais são estruturados como organizações e qual é a ordem de funções que diferentes departamentos policiais desenvolvem em distintas jurisdições. O limitado foco sobre a polícia pode ser uma consequência de a polícia, no mundo inteiro, ser definida como inquisitória, no sentido de que ela investiga os casos de ofício. A oposição acusatório-inquisitório pode falhar em despertar interesse no estudo sobre as diferentes configurações que estas instituições inquisitoriais podem assumir.

Do todo exposto, condensa-se os argumentos expostos até agora neste capítulo para conclamar a superação da dicotomia acusatório vs. inquisitório: imprecisão conceitual, demagogia política e hibridização dos sistemas⁹¹.

⁹⁰ DAMASKA, Mirjan. Limites probatórios à condenação e dois modelos de processo penal: um estudo comparado. In: **Sistemas processuais penais/** organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021

⁹¹ Ou seja, historicamente, a cultura jurídica anglo-americana importou normas da cultura continental, e vice-versa. Sobre o tema LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal.**

1.4 Os pontos de atrito que ainda evocam o uso da dicotomia

Como demonstrado nos subcapítulos anteriores, a dicotomia acusatório-inquisitório vem sendo questionada há décadas. No entanto, os juristas e a jurisprudência nacional aumentam a cada dia o uso desses termos. É difícil identificar um único motivo pelo qual o termo vem ganhando proeminência entre os juristas pátrios, mas é possível perceber uma convergência do debate em torno da divisão de atribuições entre as autoridades responsáveis pela persecução penal.

Basicamente, os termos são utilizados para criticar ou defender as previsões legais sobre a autoridade pública responsável pela: 1- abertura da investigação; 2- condução da investigação; 3- término da investigação; 4- início da ação penal; 5- subsunção da conduta à Lei; 6- Justiça Negocial; 7- produção probatória; 8- absolvição ou condenação. Ou seja, todo o processo penal brasileiro tem sido posto em xeque.

1.4.1) Abertura de uma investigação criminal

O primeiro ponto de atrito identificado é a abertura de uma investigação criminal. O art. 4º e 5º do Código de Processo Penal dispõem:

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

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

6ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 177 e 210: “No Brasil, impera grande confusão conceitual quanto ao sistema adotado. Uma primeira corrente sustenta ser o sistema brasileiro do “tipo misto”. Como esclarece COUTINHO, levados às últimas consequências, todos os sistemas processuais seriam mistos. Isso porque ao longo da história não é possível encontrar “sistemas puros”. Demais disso, as características comumente apontadas pela doutrina quanto aos quesitos conformadores de determinado sistema são sempre heurísticas, isto é, servem como verdadeiros tipos ideais (no sentido weberiano do termo), sendo constantemente contrafáticos...”. No mesmo sentido AMBOS, Kai. International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed? **International Criminal Law Review** 3: 1-37. 2003: “Como consequência, os atuais procedimentos inquisitoriais são caracterizados pela separação das responsabilidades pela investigação ou a chamada fase pré-julgamento, conduzidas pela Promotoria e/ou juiz de instrução, e o julgamento de fato, conduzido por um juiz do julgamento ou por um Tribunal. Neste sentido, alguém pode até mesmo dizer que os dois sistemas, acusatorial e inquisitorial são inquisitoriais naquilo do processo ser iniciado e dirigido na fase pré-julgamento pelo Estado, por exemplo, pela polícia e Promotoria. Igualmente, os dois sistemas são acusatoriais no que tange que a persecução e acusação estão nas mãos de uma instituição diferente do juiz pré-julgamento. O sentido original de processus per accusationem como um processo iniciado por cidadão privados não é mais válido”. Para mais reflexões sobre a hibridização: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, 2020 e DELMAS-MARTY, Mireille. “Reflections on the Hybridisation of criminal procedure”, In: **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirkian Damaska. Organizado por John Jackson, Máximo Langer e Peter Tillers. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon: 2008. 251-260.

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

§ 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

Também prevendo o início de uma investigação criminal, têm-se o art. 58, §3º da CRFB 1988 e o art. 1º da Lei 1.579/52:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Art. 1º As Comissões Parlamentares de Inquérito, criadas na forma do § 3º do art. 58 da Constituição Federal, terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com ampla ação nas pesquisas destinadas a apurar fato determinado e por prazo certo

Parágrafo único. A criação de Comissão Parlamentar de Inquérito dependerá de requerimento de um terço da totalidade dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em conjunto ou separadamente

Outro exemplo em voga que trata sobre o poder-atribuição de determinar a abertura de uma investigação criminal é o art. 43 do Regimento Interno do STF, que dispõe:

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

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

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

Na mesma linha do disposto no CPP, o titular exclusivo da ação penal pública e fiscal externo das polícias também pode determinar a instauração de investigação criminal, conforme art. 129, inciso VIII da CRFB 1988 e art. 7º, inciso II, da LC 75/93:

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;

Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais:

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

Conforme se extrai dos exemplos acima, tanto o Poder Executivo, através dos delegados de polícia; quanto o Poder Legislativo, através de um terço de seus integrantes; quanto o Poder Judiciário, através de determinação de integrantes de Tribunal; quanto o Ministério Público, podem determinar a instauração de investigações criminais.

Inobstante essas previsões legais, há juristas que asseveram que algumas delas estariam superadas pela CRFB 1988, sobretudo aquelas que garantem ao Poder Judiciário o poder-atribuição de determinar a abertura de uma investigação criminal⁹². Todavia, este argumento foi refutado pelo STF no julgamento da ADPF 572, conforme será exposto no próximo capítulo.

Na mesma linha do entendimento da Corte Maior, parece-nos salutar essas previsões legais que dispersam esse poder-atribuição entre diversas autoridades públicas. Inclusive, tal previsão caminha ao encontro do núcleo de princípios muito caros aos Estados Democrático Direito do século XXI, tais como o próprio princípio acusatório, o republicano e o federalista.

1.4.2) Conduções de uma investigação criminal

O segundo ponto no que tange à distribuição de atribuições entre as autoridades públicas responsáveis pela persecução penal, que evoca a utilização dos termos sistema acusatório e inquisitório, é o poder-atribuição da condução das investigações.

Segundo alguns autores⁹³, uma vez que as investigações criminais têm por finalidade a formação da *opinio delicti* do órgão de acusação, caberia a este órgão decidir os rumos da investigação, uma vez que ele saberia quais elementos de informação são suficientes para apresentar uma denúncia ou promover o arquivamento. Sobre esse ponto, já foi indicado o posicionamento de LOPES JR. no mesmo sentido⁹⁴.

⁹² “*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*”. LEITE, André Estime de Souza. O sistema acusatório já positivado no Brasil e os entraves à sua efetivação. In: **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: Lívia Nascimento Tinôco, Luiza Cristina Frischeisen, Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva, Silvio Amorim Junior e Vladimir Barros Aras. Brasília: ANPR, 2018. 391-326.

⁹³ MUXFELDT, Patrícia. O Ministério Público e a condução do inquérito policial. In: **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: Lívia Nascimento Tinôco, Luiza Cristina Frischeisen, Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva, Silvio Amorim Junior e Vladimir Barros Aras. Brasília: ANPR, 2018. 384-397p.

⁹⁴ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

Sobre esse aspecto, é bom lembrar que o STF assentou a constitucionalidade do Ministério Público conduzir investigações. Esse entendimento foi firmado por ocasião dos julgamentos do RE 593.727 e das ADI's 4624, 2838 e 7170, os quais serão aprofundados no próximo capítulo.

Portanto, o órgão de acusação já tem poder-atribuição de conduzir investigações próprias. É bem verdade que, em regra, as investigações criminais são conduzidas pela Polícia Judiciária, sendo o delegado de polícia o presidente do inquérito policial.

Porém, até mesmo no âmbito do inquérito policial, o art. 16 do CPP prevê a restituição do inquérito policial para a realização de diligências reputadas como imprescindíveis para o oferecimento da denúncia. Ou seja, o órgão de acusação pode requerer diligências necessárias para o oferecimento da denúncia, vinculando o delegado de polícia a cumprir essas requisições.

De seu turno, as investigações carreadas pelo Poder Judiciário são mais raras, mas também podem ocorrer em circunstâncias especiais, normalmente quando um juiz é suspeito de cometer um crime ou no caso de crimes terem sido praticados nas dependências dos Tribunais⁹⁵.

Por último, já foi mencionada a possibilidade do Poder Legislativo inaugurar uma investigação criminal por meio de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). Nesse caso, são os próprios membros da CPI que vão conduzir as investigações.

Dessa forma, pode-se concluir que, assim como na decisão sobre a abertura de uma investigação criminal, a condução de uma investigação criminal pode se dar por intermédio do Poder Executivo, Legislativo, Judiciário ou do Ministério Público.

1.4.3) Término de uma investigação criminal

Em regra, o fim de uma investigação penal é marcado pelo arquivamento ou pelo oferecimento de denúncia ou queixa-crime. Por isso, o acusador é quem, em regra, decide pelo término de uma investigação. Os motivos que levam ao fim de uma investigação podem ser os mais diversos possíveis, desde a análise jurídica que conclua que o fato sob investigação é penalmente irrelevante (atípico, lícito ou por qualquer outra razão), até mesmo pelo longo prazo de duração de uma investigação sem que ela tenha avançado.

Assim como nos outros pontos de conflito, a decisão sobre o término de uma investigação não está concentrada somente no órgão de acusação. A jurisprudência do STF,

⁹⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2013 cita as previsões legais do art. 33, PU da LC 35/79 e o art. 43 do Regimento Interno do STF.

historicamente, reconhece a possibilidade do Poder Judiciário determinar o trancamento de uma investigação criminal a pedido da pessoa investigada ou até mesmo de ofício, desde que esteja evidente a ausência de mínimos indícios da ocorrência de um crime⁹⁶.

Mais uma vez, a possibilidade de controle externo sobre qualquer ato decisivo em relação a persecução penal é salutar às estruturas de um Estado Democrático de Direito. As instituições devem gozar de autonomia e independência, mas nenhuma pode estar livre de supervisão e controle externo.

A decisão pelo término de uma investigação é, talvez, a forma como o controle externo fica mais evidente. Isso porque a decisão de terminar uma investigação representa um limite à força persecutória punitiva estatal. Por isso, jamais a decisão por interromper um fluxo punitivo deve estar nas mãos da instituição que carrega esse fluxo. Essa inteligência está contida nos arts. 17, 18, 28 e 647 e seguintes do CPP, mas também no art. 53, §3º da CRFB 1988. Veja-se:

Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés 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 (redação em vigor)

Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade.

Art. 53. § 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

O caso das CPIs seja talvez o exemplo mais marcante de dificuldade de interromper um

⁹⁶ 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) HC 106.124, Rel. Celso de Mello, julgado em 22/11/2011. No mesmo sentido: Inq 4.244/DF, HC 96.055, RE 467.923, entre outros.

fluxo persecutório punitivo. Isso porque, apesar do STF ter vários acórdãos que limitam o poder-atribuição dos parlamentares no exercício da atividade investigativa, não há jurisprudência em que o Poder Judiciário determinou o trancamento de uma comissão parlamentar que tenha cumprido todos os requisitos exigidos pela Constituição.

1.4.4) Início da ação penal

A CRFB 1988 nomeou o Ministério Público como titular exclusivo da ação penal pública. A única exceção constitucional a esta regra é a ação penal subsidiária em caso de inércia do Ministério Público. Portanto, o Ministério Público, além de outras atribuições constitucionais, é o órgão de acusação do Estado.

Nessa linha, o Código de Processo Penal prevê:

Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Observa-se que, segundo a Lei, mesmo diante da inércia do Ministério Público, o órgão de acusação continua com amplos poderes pelo rumo da ação subsidiária. No entanto, há decisão do STF que parece afastar o referido artigo⁹⁷.

De seu turno, o art. 45 do CPP reforça a opção do legislador por uma prevalência do órgão de acusação sobre os anseios punitivos do cidadão:

Art. 45. A queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subseqüentes do processo.

Dessa forma, o poder-atribuição de iniciar uma ação penal está, em boa medida, concentrado nas mãos do órgão de acusação. Os artigos que previam a possibilidade de iniciar uma ação penal através de um ato do delegado de polícia ou de um juiz foram considerados inconstitucionais pelo STF com o advento da Constituição Cidadã⁹⁸.

⁹⁷ “Questão constitucional resolvida no sentido de que: (i) o ajuizamento da ação penal privada pode ocorrer após o decurso do prazo legal, sem que seja oferecida denúncia, ou promovido o arquivamento, ou requisitadas diligências externas ao Ministério Público. Diligências internas à instituição são irrelevantes; (ii) a conduta do Ministério Público posterior ao surgimento do direito de queixa não prejudica sua propositura. Assim, o oferecimento de denúncia, a promoção do arquivamento ou a requisição de diligências externas ao Ministério Público, posterior ao decurso do prazo legal para a propositura da ação penal, não afastam o direito de queixa” (ARE 859251 RG/DF, Rel. Min Gilmar Mendes, Plenário, 16/04/2015)

⁹⁸ “Entre as funções institucionais do Ministério Público está a de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Legitimidade do Ministério Público para promover, privativamente, a ação penal, na espécie. Nulidade do processo, “ab initio”, porque iniciada a ação penal por portaria do órgão jurisdicional. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 139.168, Rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ 10/04/1992).

Vale lembrar que essa concentração de poderes no órgão de acusação não é vista, por alguns autores⁹⁹, como uma distorção do sistema acusatório, sendo apenas uma realidade imposta a partir da formatação dos Estados Modernos. Outros autores, ao contrário, veem nessa usurpação do conflito uma característica central da inquisitorialidade, posto que remonta o fim da resolução dos conflitos pela *disputatio*, dando-se espaço à *inquisitio*¹⁰⁰.

1.4.5) Subsunção da conduta à Lei

É possível destacar 3 (três) momentos na persecução penal ordinária que alguma autoridade pública vai realizar uma análise fático-jurídica e indicar se a pessoa envolvida nos fatos potencialmente criminosos cometeu ou não um delito. O primeiro ato jurídico nesse sentido é o indiciamento feito pelo delegado de polícia, que ocorre, em regra, ao final da investigação criminal. O segundo é feito, em regra, pelo Ministério Público quando oferece a denúncia; quando realiza algum acordo de Justiça Negocial; ou, quando promove o arquivamento. O terceiro ato é do juiz, seja através da rejeição da denúncia, da absolvição sumária ou no momento da sentença.

Evidentemente, o posicionamento de uma autoridade pública não vincula no poder-atribuição da outra. Assim, mesmo que o delegado tenha indiciado uma pessoa por um determinado crime, não significa que o membro do Ministério Público deva entender da mesma forma; bem como, se a denúncia foi oferecida com base em um tipo penal, o magistrado não está vinculado ao entendimento do Ministério Público.

Portanto, a análise fático-jurídica feita por cada uma dessas autoridades é singular e se presta unicamente para o livre exercício de seus poderes-atribuições. Ao delegado, cabe presidir a investigação e ao fim indiciar ou não indiciar os suspeitos; ao membro do Ministério Público, cabe fiscalizar o trabalho de investigação do delegado e decidir se há prova de materialidade e elementos de autoria suficientes para oferecer uma ação penal; ao juiz, cabe presidir a instrução processual e, ao fim, absolver ou condenar os réus.

Esses poderes-atribuições estão previstos em diversos artigos do CPP, por exemplo:

Art. 23. Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração

⁹⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2013 Pág 107 ss.

¹⁰⁰ BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Organização Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral – 1. Ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017 e BOLDT, Raphael. **Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

penal e à pessoa do indiciado.

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave

No entanto, parte da doutrina, utilizando-se do termo sistema acusatório, defende que alguns desses artigos não teriam sido recepcionados pela CRFB 1988¹⁰¹, pois seriam incompatíveis com ela. O que se observa, desse entendimento, é que, para não ocorrer a violação do sistema acusatório, a análise fático-jurídica do órgão de acusação (no caso brasileiro, o Ministério Público) deveria vincular as demais autoridades. Observe-se que essa interpretação culmina em uma acumulação de poderes da persecução penal no órgão de acusação estatal.

Por isso, entendemos que a análise fático-jurídica de cada autoridade pública responsável pela persecução penal não deve vincular as demais. A independência e autonomia dessa análise evita que qualquer um dos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal cometa atos abusivos de seu Poder constitucionalmente outorgado.

1.4.6) Justiça Negocial

A Justiça Criminal Negocial é uma realidade no processo penal brasileiro. Os procedimentos negociais ocorrem, em regra, na fase da investigação criminal e servem para impedir a constituição do processo penal. O principal ator da justiça negocial é o Ministério Público, titular da ação penal, eis que é a instituição que detém a legitimidade para abdicar de seu poder-atribuição de oferecer a denúncia em crimes de ação penal pública.

No entanto, assim como nos outros pontos de conflito analisados, o órgão de acusação também sofre um controle externo de outra instituição, que neste caso é a necessidade de homologação do acordo entabulado entre as partes pelo Poder Judiciário.

O exercício desse controle externo é um ponto de extrema relevância em qualquer um dos pontos de conflito expostos. Nesse caso, se esse exercício ocorre de forma muito forte e invasiva, a consequência é a inviabilização do bom funcionamento da instituição que detém o

¹⁰¹ MUXFELDT, Patrícia. O Ministério Público e a condução do inquérito policial; RAYOL, Rafael Ribeiro. Princípio Acusatório e alguns reflexos de sua aplicação. In: **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. 384-397p.

poder-atribuição de entabular os acordos, forçando-a a ajuizar uma ação penal. Quando assim o faz, o Poder Judiciário acaba por desnaturar dois de seus principais fundamentos: a inércia e a imparcialidade.

Ao mesmo tempo, se o controle externo é displicente, o cidadão, suspeito de cometer um ato penalmente relevante, fica à mercê do órgão de acusação, que é seu rival por natureza. Na realidade jurídica americana, parcela da doutrina critica a postura complacente do Poder Judiciário americano diante de alguns acordos desproporcionais entabulados entre órgão de acusação e suspeito¹⁰².

Essa atuação do Poder Judiciário, segundo uma parcela da doutrina, viola o sistema acusatório¹⁰³. Mais uma vez, as interpretações que vêm surgindo do sistema acusatório no sentido de total independência do órgão de acusação vão de encontro à razão da própria instituição do princípio acusatório (dispersão do poder).

Como dito no início deste subtópico, as tratativas e acordos que envolvem a Justiça Negocial Criminal ocorrem durante a fase de investigação, portanto não seriam consideradas como parte do processo penal. Se não são parte do processo penal, elas poderiam ser tratadas por Leis Estaduais ou até mesmo normativos internos das instituições, o que culminaria em uma pluralidade de regramentos legais, a depender da instituição que está realizando o acordo e o Estado da federação.

Sobre as instituições que possuem legitimidade para entabular um acordo de justiça negocial, foi dito que o Ministério Público, como órgão de acusação, é a instituição precipuamente legítima para esses acordos. Ocorre que no caso da colaboração premiada, que possui um regime híbrido, a Lei também conferiu ao delegado de polícia a legitimidade para entabular tal acordo. No entanto, o artigo da Lei foi contestado no STF, de forma que seu resultado será apresentado no próximo capítulo.

¹⁰² LANGBEIN, John H. Tortura e Plea Bargaining. In: **Sistemas processuais penais/** organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021.

¹⁰³ “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 arripio do sistema acusatório” BEGGIATO, Túlio Favaro. O contemporâneo sistema acusatório e a velha sobreposição de funções. In: **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.

1.4.7) Produção Probatória

Como exposto anteriormente, alguns autores defendem ser a gestão da prova a característica mais importante para o reconhecimento do sistema acusatório, de forma que se o juiz tiver o poder de determinar a produção de alguma prova – seja na fase de investigação criminal, seja durante a instrução da ação penal – estar-se-ia diante do sistema inquisitivo¹⁰⁴.

Também já foi comentado que o avanço tecnológico fez com que os elementos de informação coletados em sede de investigação criminal passassem a ser cada vez mais utilizadas na instrução da ação penal, relegando às provas testemunhais um espaço de menor importância¹⁰⁵.

No âmbito do Código de Processo Penal, existem dois artigos que tratam diretamente do poder-atribuição do juiz de determinar a produção de provas e, constantemente, aparecem nos debates sobre uma possível violação do sistema acusatório. São eles:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 404. Ordenada diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais.

Evidentemente, o art. 156 é alvo das maiores críticas, pois permite uma atuação de ofício do juiz durante a investigação criminal e em qualquer momento durante a instrução. O art. 404, de seu turno, é mais comedido, permitindo ao juiz somente um poder subsidiário ao final da instrução.

Chama-se a atenção para a similaridade entre o art. 404 e o art. 16 do CPP.

Art. 16 O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

Observe-se que ambos os artigos utilizam a expressão “imprescindíveis”, denotando uma necessidade de parcimônia e comedimento na postura de solicitar complementação das

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: **Sistemas processuais penais/** organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. 483; ABADE, Denise Neves. Due Process of Law, Impartiality of judges and the searching for truth in criminal justice: is coexistence possible? **Macau Journal of Brazilian Studies**, v. 1, p. 87-95, 2018.

¹⁰⁵ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Saber e poder: o processo (de investigação) penal**. 1ed. Florianópolis. Tirant lo Blanch, 2019.

provas ou elementos de informação coletados pela Polícia Judiciária, Ministério Público e defesa técnica do investigado/réu.

O comedimento, junto com a não cumulação de poder-atribuição, parece-nos ser a peça-chave para a solução dos pontos de atrito e solução para a construção de um processo penal condizente com as democracias ocidentais do século XXI. Trata-se, portanto, de um espelhamento da lógica da tripartição dos Poderes para dentro do microcosmo da persecução penal.

Os artigos também se aproximam quanto ao momento dessa complementação probatória. A complementação solicitada pelo Ministério Público se dá ao final do inquérito policial; a do juiz, no final da instrução.

Sobre a solicitação de complementação probatória feita pelo magistrado ao final da instrução, VALDEZ PEREIRA demonstrou como essa prática é aceita no ordenamento jurídico italiano¹⁰⁶, que passou por uma ampla gama de reformas em 1999. Lembra-se que as reformas do código italiano trouxeram vários pontos aclamados pela doutrina que enxerga nos códigos de processo penal continentais marcas do passado inquisitivo¹⁰⁷.

Nessa mesma linha, teve-se a alteração do art. 212, prevendo a formulação direta das perguntas às testemunhas pela acusação e pela defesa, cabendo ao juiz apenas complementar sobre pontos não esclarecidos¹⁰⁸

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Todavia, o art. 188, que trata do interrogatório do réu em audiência de instrução e julgamento, não previu a mesma dinâmica. Nele, o magistrado permanece como responsável

¹⁰⁶ PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do Justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. 1 ed. 1 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Placido, 2021.

¹⁰⁷ MARAFIOTI, Luca. Italian criminal procedure: A system caught between two traditions. in: **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška. Edited by John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2008; MOCCIA e IASEVOLI, Clelia e Sérgio. A verdade substancial e a verdade processual; SPANGHER, Giorgio. A história do processo penal italiano in: In: **Sistemas processuais penais/ organização Ricardo Jacobsen Gloeckner**. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021; e LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **Revista Delictae**, Vol. 2, nº 3, jul-dez 2017.

¹⁰⁸ A violação dessa previsão legal foi reconhecida como causa de nulidade do ato de inquirição de testemunhas por violar o devido processo legal e o sistema acusatório no REsp 1.846.407/ES, 6ª Turma, STJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior: “O Magistrado, no caso concreto, [...], agiu em substituição à produção probatória que compete às partes, inquirindo diretamente os depoentes, violando o devido processo legal e o sistema acusatório. [...] Assim, deve ser reconhecida a nulidade da colheita probatória realizada em desacordo com o art. 212 do Código de Processo Penal”

por dirigir as perguntas ao interrogado, sendo que a acusação e a defesa só formulam as perguntas depois. Essa opção parece reforçar a postura do juiz como o terceiro imparcial que é responsável pela decisão.

Os debates sobre o poder-atribuição de escolher e determinar a produção de provas se tornam ainda mais complexos no âmbito dos Tribunais¹⁰⁹. Uma das barreiras enfrentadas pelos Tribunais de segunda instância, além do distanciamento temporal do fato possivelmente criminoso, é o distanciamento físico das autoridades que trabalharam no caso, das testemunhas e de todos os demais elementos que formam o corpo de delito. No entanto, não serão aprofundados os debates sobre esse ponto.

1.4.8) Absolvição ou condenação

O último ponto de atrito identificado que evoca o uso do termo sistema acusatório para questionar a distribuição de poder-atribuição na persecução penal é a decisão sobre a absolvição ou condenação do réu. O artigo que está no cerne deste ponto de atrito é o 385 do CPP:

Art. 385. 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.

Segundo parte da doutrina¹¹⁰, este artigo é incompatível com o sistema acusatório, pois na ocasião do órgão de acusação retirar a denúncia formulada, não poderia o juiz condenar o réu, sob pena de violação da separação entre órgão de julgamento e órgão de acusação. Observe-se, que sob esta perspectiva, a acusação deixa de ser apenas a apresentação formal da peça inicial do processo penal, passando a ser compreendida como uma ação que se protraí no tempo, assim como a investigação.

Esta concepção mais abrangente ou mais restrita da acusação parece ser um aspecto determinante na resolução da celeuma. Adotando-se uma interpretação restrita, após a

¹⁰⁹ Com um olhar mais acurado e uma crítica mais profunda sobre a compatibilidade do sistema acusatório com os Tribunais de segunda instância e superiores: SUXBERGER e FILHO, Antônio Henrique Graciano e Dermeval Farias Gomes. A mediação na avaliação da prova no processo penal e o papel dos tribunais. In: **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. 110-132p.

¹¹⁰ QUEIROZ, Paulo. Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação? In: **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. 258-290p.

apresentação da denúncia, o princípio da inércia do Poder Judiciário foi rompido, da mesma forma a separação do órgão de acusação e de julgamento está posta, inclusive ao ponto do órgão de julgamento ter a independência de discordar de eventual retirada da peça acusatória. Todavia, esta não parece ser a melhor interpretação na construção de um processo penal democrático e condizente com as democracias ocidentais.

A dispersão do poder e a busca do consenso que regem os Estados Democráticos Ocidentais estariam sendo feridas sob essa ótica restrita. Da mesma forma, defender que o órgão de acusação tenha a primeira e última palavra sobre a condenação ou absolvição de um réu caminha no mesmo sentido.

Diante desse cenário, o assistente de acusação aparece como um terceiro apto a quebrar o binarismo entre órgão de acusação e órgão de julgamento. Portanto, o art. 385 deve ser lido em conjunto com os arts. 268 e seguintes, de forma que, ainda que o Ministério Público tenha desistido da denúncia ou expressamente pedido a absolvição, pode o juiz prolatar sentença condenatória ou absolutória, desde que o assistente de acusação ou a própria defesa requeira um provimento jurisdicional.

Por fim, chama-se a atenção para o próprio termo “assistente de acusação”, o qual denota a posição secundária da vítima ou seu representante legal no processo penal, reforçando a perspectiva inquisitória de qualquer processo penal desde a formação dos Estados Modernos¹¹¹.

1.5 Apresentação de conceitos substitutivos à dicotomia acusatório-inquisitório

Após apresentar uma curta abordagem histórica, a conflituosidade do conceito, a necessidade de superação e os pontos de atrito no processo penal nacional que evocam o uso do termo sob escrutínio, apresentam-se, agora, superficialmente, termos que podem substituir a dicotomia acusatório-inquisitório no debate visando à reestruturação do sistema processual penal brasileiro.

Por carência de tempo, diferentemente do termo “sistema acusatório”, não serão feitas digressões históricas dos termos apresentados, nem será feita uma ampla revisão doutrinária sobre a utilização desses novos termos. Portanto, este curto subcapítulo se presta unicamente para mostrar ao leitor que existem termos substitutivos, com isso o presente trabalho não se limita apenas em seu viés desconstrutivista, mas semeia também propostas construtivistas.

¹¹¹ BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**/ organização, Aline Gotinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral – 1ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

De início, é preciso esclarecer que nenhum dos termos a serem apresentados são unívocos, até porque o debate sobre a reestruturação do processo penal brasileiro perpassa pela zetética e retórica, e não somente pela dogmática estrita, uma vez que a revisão em busca de um novo consenso majoritário dogmático é um dos objetivos do debate. Assim, a lógica da certeza das ciências naturais ou da *última palavra* não deve imperar neste debate¹¹².

Sobre essa característica plurívoca dos termos, entende-se que isso elimina um dos problemas identificados na utilização da terminologia acusatório-inquisitório: a ausência de precisão e consenso do conceito. Aqui, os conceitos apresentados são marcadamente subjetivos, sem pretensão de objetificação ou dogmatização. Os termos servem para nortear ideais e linhas argumentativas, deixando o enfoque do debate nos pontos de conflito anteriormente apresentados, e não nos limites e acepções dos termos em si. Acredita-se que isso seja um grande avanço para focar o debate no conteúdo, e não nos termos¹¹³.

Outro fator que se busca eliminar com apresentação desses novos termos é o maniqueísmo que caminha junto com a dicotomia. A mesma lógica maniqueísta que é criticada nos discursos punitivos – presentes em nossa sociedade como um todo e muitas vezes replicada por integrantes de instituições policiais¹¹⁴ – está presente nos debates sobre redistribuições de poderes-atribuições que evocam a dicotomia. Quem está do lado acusatório é do bem; quem está do lado inquisitório é perverso.

Sem mais delongas, os termos que se apresentam como aptos a substituir a dicotomia

¹¹² “O campo de aplicação da retórica, que é mais facilmente adequável ao Direito, não concorre com a lógica formal, porque nesta última a veracidade das premissas transmite-se por dedução à conclusão; ninguém pode, a não ser por insanidade ou por má-fé, discutir a conclusão. Ela é garantida pela forma correta do argumento e pela verdade das premissas. Na lógica jurídica (a retórica), as próprias premissas podem ser discutidas, o que leva a necessidade de se retroagir até premissas anteriores e finalmente aos princípios jurídicos. O argumento fornece razões, motivos, evidências, mas ele não constrange à aceitação: só tenta convencer. Como o Direito é uma técnica de conciliação de valores, muitas vezes incompatíveis, emprega um tipo de argumentação que quer gerar apenas consenso (consenso temporário, sempre sujeito a revisão), pelo menos das instâncias judiciárias superiores. Consenso, repita-se, sempre provisório, sempre discutível à luz de novos argumentos também elaborados retoricamente”. GRAMSTRUP, Erik Frederico; CAMPOS, Eduardo Schultz. Apontamentos para o estudo da hermenêutica jurídica: Viehweg, Perelman e Siches. **Pensamento Jurídico**. V. 16, p.180-200, 2022; e, MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2008.

¹¹³ Nessa linha, BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasik, 2023. 334p. parece não ter predileção por um termo. “Satisfeito esse complexo garantista, se tal sistema será denominado “processo acusatório”, “processo justo”, “processo equo”, “due process” ou outra expressão equivalente, parece ser uma questão muito mais conceitual do que de conteúdo”.

¹¹⁴ WEICHERT, Marlon Alberto. Relatório da comissão nacional da verdade: conquistas e desafios. In: **Temas atuais do Ministério Público Federal**. Organizador Edilson Vitoreli. 4 ed. Salvador: JusPodivm. 2016; OLIVEIRA, Luciano. De Rubens Paiva e Amarildo. E “Nego Sete”? O regime militar e as violações de direitos humanos no Brasil. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, Vol. 9, N 1, 2018, p. 202-225.

são: 1- équo processo ou processo justo¹¹⁵; 2- processo penal democrático¹¹⁶; 3- devido processo penal. Evidentemente, já aqui podem ser levantados questionamentos sobre a possibilidade de dicotomizar os termos apresentados. Dessa forma, os opostos dos termos apresentados seriam um processo injusto, um processo penal autoritário e um indevido processo penal.

Em relação ao segundo termo, reconhecemos que a dicotomia a ser instaurada é muito próxima daquela que se busca superar. Dificilmente alguém se posicionará favorável a um processo penal autoritário, nem mesmo aqueles que possuem um perfil desse matiz¹¹⁷. Dessa forma, todos os estigmas e demagogia que orbitam o termo inquisitório também estariam presentes nesse novo termo. Todavia, há uma diferença: democracia, por si, é um conceito aberto e afeto à ciência política¹¹⁸. Dessa forma, não haveria a pretensão jurídica de dogmatizar o termo, como ocorre com os termos acusatório e inquisitório.

Os termos processo justo ou équo processo e devido processo penal, portanto, mostraram-se, na atualidade, como os mais adequados a substituírem a dicotomia. Assim, os questionamentos postos devem ser: como construir um processo penal justo? Como deve ser estruturado o devido processo penal?

Nesse ponto, há uma certa unanimidade entre os processualistas que um processo penal justo – ou um devido processo penal – requer respeito às garantias processuais: contraditório, ampla defesa, paridade de armas, vedação de provas ilícitas, imparcialidade do juízo, entre outras¹¹⁹. Outro fator de consenso é que um processo penal bem estruturado deve ser capaz de

¹¹⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do Justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. 1 ed. 1 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Placido, 2021.

¹¹⁶ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. Rumo a um Processo Penal Democrático. **Direito em Ação**. Brasília, v.12, n.1, jan/jun, pág. 160-229

¹¹⁷ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. 270p.

¹¹⁸ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**; tradução Patrícia de Freitas Ribeiro e Aníbal Mari. São Paulo. WMF Martins Fontes, 2012. 625p; PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. Pág. 119 e ss.

¹¹⁹ “Mas, exigir o devido processo legal não pode significar dar uma folha assinada em branco para o legislador infraconstitucional. Ainda mais num sistema como o brasileiro, no qual além da cláusula geral do devido processo, também é estabelecido um riquíssimo conjunto integrado de garantias processuais específicas. Não se pode imaginar como o due process ou processo équo, para usar a linguagem das Cortes Internacionais, um processo que tenha lugar perante tribunais de exceção ou mesmo um juiz que não seja o natural, segundo os critérios de competência definidos na Constituição e nas leis. O réu desse processo não poderá ser um sujeito de direito se lhe for negada a presunção de inocência. Sua defesa tem que ser ampla e em paridade de armas com a acusação. O processo não será devido, aliás, nem processo será, mas sim mero procedimento, se não se desenvolver em contraditório. Um rito com atos secretos e com decisões não motivadas será um processo arbitrário. Além disso, o processo deverá desenvolver num prazo razoável”. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. 334p.

responsabilizar¹²⁰ as pessoas que cometeram ilícitos penais e absolver aqueles que não os cometeram¹²¹.

Nessa linha, refutam-se a imposição de dogmas como “é melhor a absolvição de um culpado do que a condenação de um inocente” ou “a busca da verdade real é a pior mazela do processo penal”, que mais servem para acalorar o debate do que apresentar soluções. É evidente que a condenação de um inocente é um erro grave em uma sociedade, mas qualquer sociedade ou sistema penal está sujeito a isso. Quanto ao dogma da verdade real, não há processo penal que não se preocupe com os fatos como eles aconteceram, nem mesmo os fundados no sistema adversarial. Inclusive, esse é um dos principais motivos para o desenvolvimento dos estudos de epistemologia da prova penal. Porém, assim como entende BADARÓ, a busca da verdade não pode ser levada à posição de postulado superior do processo penal, devendo ser limitada por outros princípios de estatura equivalente ou até superior.

Dessa forma, a preocupação dos processualistas deve ter por enfoque a redação de uma Lei que preveja os ritos, procedimentos, formas de obtenção de elementos de informação ou provas e a distribuição de poderes-atribuições bem delimitada e sem a possibilidade de concentração deles em qualquer ator. O respeito aos Direitos Fundamentais, junto com a transparência de regras e dispersão de poder são alguns dos fundamentos dos Estados Democráticos de Direito das democracias ocidentais do século XXI.

Nesse sentido, é evidente que o processo penal deve se alinhar com a estrutura política estatal¹²². Afinal, essa é uma das principais razões de se evocarem a necessidade de revogação do Código de Processo Penal de 1941 ou até mesmo a não recepção de alguns dispositivos desse código, pois eles estariam em divergência com a Constituições Cidadã de 1988.

No próximo capítulo, serão analisadas as ações abstratas de controle concentrado de constitucionalidade nas quais o termo “sistema acusatório” foi mencionado nos julgamentos. Como se poderá averiguar, o STF declarou normas jurídicas inconstitucionais por violação ao sistema acusatório apenas em três ocasiões, o que mostra uma deferência da Corte com as opções

¹²⁰ Optou-se pela expressão responsabilizar ao invés de punir, abarcando os estudos sobre outras formas de responsabilização penal sem o viés punitivo. Nesse sentido: SCHEERER, Sebastian. Crítica da razão punitiva. In: **Teoria crítica e direito penal**. Organizador Raphael Boldt. 1ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. Pág. 15-38

¹²¹ “O resultado do processo penal somente será justo e legítimo se respeitadas três condições necessárias já enunciadas: um correto juízo sobre os fatos, com vistas à reconstrução histórica dos fatos imputados; um correto juízo de direito, com uma adequada interpretação da lei e aplicação da norma aos fatos; e, por fim, com estrita observância do rito legal” BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasik, 2023. 334p.

¹²² Nesse ponto relembramos os ensinamentos de DAMASKA, Mirjan. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. Yale University Press, New Haven and London, 1986.

legislativas na determinação do rito processual penal¹²³.

Como já comentado, em 2019, o Poder Legislativo optou por positivar o conceito de sistema acusatório no art. 3-A do CPP, o qual previa que, devido à estrutura acusatória do processo penal, seriam “*vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*”. Todavia, em 24/08/2023, no âmbito do ADI 6.305/DF, o STF, por maioria, atribuiu interpretação conforme à Constituição ao artigo “*para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito*”.

A ADI 6.305/DF não está entre aquelas que foram analisadas no Capítulo 02, pois, na data de fechamento da pesquisa, ainda não haviam sido publicados os inteiros teor dos acórdãos no site do STF, e, por isso, não apareceu como resultado na pesquisa feita no site do Tribunal. No entanto, a declaração da constitucionalidade da previsão legal do juiz de garantias evidencia a necessidade de pensar o processo penal para além da fase da ação penal, a fim de que também na fase de investigação preliminar sejam respeitados os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito¹²⁴.

Por fim, também no próximo capítulo, será demonstrado como o STF vem progressivamente utilizando a dicotomia acusatório-inquisitório em seus julgados, em detrimento dos outros termos substitutivos apresentados. Por todos os motivos já expostos, acreditamos que essa opção prejudica a qualidade dos debates sobre a estruturação do processo penal, fazendo-se necessária uma correção de rumos.

¹²³ Sobre possíveis adaptações promovidas pelo Poder Judiciário às previsões legais, cita-se o caso do HC 108.527 (STF, 2ª Turma, Rel. Gilmar Mendes) trazido por VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O “sistema acusatório” do processo penal brasileiro: apontamentos acerca da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 47, p. 181-204 jul/dez, no qual o STF anulou um julgamento do tribunal do júri pelo fato do prazo legal de 10 dias para apresentar a defesa ter sido insuficiente para uma análise completa dos autos. No caso concreto, o defensor público só conseguiu analisar 4 dos 26 volumes do processo. Esse caso nos remete ao tema maxiprocessos e reforça a mudança do eixo de coleta de provas para fins de persecução penal do julgamento para a investigação preliminar.

¹²⁴ “(...) a reforma global do processo penal deve começar já em sede de investigação preliminar, através do contra-balanceamento desta para seu melhor equilíbrio. A antiga e tradicional disputa entre a estrutura adversarial e a estrutura inquisitorial da audiência de instrução e julgamento, ao contrário, possui uma importância somente secundária”. SCHUNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: **Estudos de direito penal, direito processual e filosofia do direito**. Org. GRECCO, Luiz. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

2. A UTILIZAÇÃO DO TERMO SISTEMA ACUSATÓRIO PELO STF NOS JULGAMENTOS EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO E ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O presente capítulo, através de uma metodologia em breve detalhada, apresentará como o Supremo Tribunal Federal vem utilizando o termo “sistema acusatório”. Antecipa-se que não foi possível realizar uma análise completa dos acórdãos que utilizaram o termo sob escrutínio em razão do curto período de pesquisa, da necessidade deste mestrando desenvolver sua pesquisa sem abandonar seus afazeres profissionais e do aumento significativo no uso do termo.

Para realizar essa análise qualitativa, foi feita uma busca no site do Tribunal Maior no repertório de jurisprudência com o termo “sistema acusatório”, entre aspas. Em razão dos prazos para a apresentação da presente dissertação, a última atualização da busca foi feita no dia 14/11/2023, de forma que foram encontrados 379 acórdãos divididos da seguinte forma: 254 julgados pelo Plenário, 52 julgados pela Primeira Turma e 73 pela Segunda Turma.

Os acórdãos foram prolatados no âmbito de 13 ADIs, 1 ADC; 2 ADPFs, 7 APs, 11 REs, 11 AREs, 4 Rcls, 24 Pets, 229 Inq, 58 HC, 17 RHC, 1 Ext e 1 MS.

Em relação aos Ministros relatores originais ou relatores do acórdão, o Min. Alexandre de Moraes aparece com 248 deles; Edson Fachin, com 43; Gilmar Mendes, com 30; Marco Aurélio, com 15; Dias Toffoli, 14; Celso de Melo e Ricardo Lewandowski, com 13; Luiz Fux, com 10; e os demais com menos de 10.

Importante mencionar que, no resultado conforme o nome dos Ministros, um mesmo acórdão pode estar vinculado a mais de um Ministro, isso ocorre quando o relatório do acórdão fica para outro Ministro que não o relator original. Dessa forma, um ministro consta como relator original, e o outro como relator do acórdão.

Outro ponto de destaque da pesquisa realizada é a comprovação que o termo está em voga no Supremo Tribunal Federal, conforme se pode atestar pela data dos acórdãos que aparecem como resultado da pesquisa. Dos 375 resultados obtidos, 21 foram julgados no ano de 2018 (de 01/01/2018 até 31/12/2018); 14, no ano de 2019; 33, no ano 2020; 33, no ano 2021; 17, no ano de 2022; e, 236, no corrente ano.

Pelos argumentos expostos no Capítulo 1, entendemos que esse aumento na utilização do termo em suas decisões é um equívoco da Corte Maior, visto que, como já externado, alinhamos nosso entendimento com os juristas que propõe a utilização de outras expressões para construir um novo processo penal brasileiro condizente com as democracias ocidentais do século XXI.

Nesse enfoque, buscando-se pelos termos substitutivos e menos politizados apresentados no primeiro capítulo (“équo processo”, “processo justo”, “processo penal democrático” e “devido processo penal”, todos entre aspas), os resultados encontrados foram: 0 (zero), 13 (treze), 5 (cinco) e 44 (quarenta e quatro). Em relação ao último termo, ao analisar o resultado da pesquisa é possível perceber que a alta incidência do termo se deu em razão da recorrente citação à obra “Devido Processo Penal” de Nereu José Giacomolli, e não por utilização do termo pelos ministros da Corte em seus votos.

Mais uma vez, em razão das dificuldades oriundas dos exíguos prazos, este pesquisador optou por selecionar e analisar as decisões tomadas no âmbito das ações abstratas de controle de constitucionalidade. A escolha pelas ações abstratas não foi precedida de uma análise prévia dos casos em julgamento ou do conteúdo dos argumentos utilizados no entorno da expressão “sistema acusatório”. O recorte de pesquisa se deu unicamente em razão da cultura jurídica nacional ainda ter vínculos mais profundos com o modelo da *civil law* e com o controle abstrato de constitucionalidade. Além disso, como foi exposto no Capítulo 1, a utilização do termo vem sendo usada como forma de retirar a validade de artigos de lei, os quais, segundo alguns autores, não teriam sido recepcionados pela CRFB 1988 ou seriam incompatíveis com ela por violação ao sistema acusatório.

Outro fator que corrobora a opção pelas ações abstratas é que a maior parte dos acórdãos de ações concretas são inquéritos (229) e habeas corpus (58), o que dificultaria o trabalho de análise qualitativa desses julgados, uma vez que muitos desses casos ainda se encontram sob sigilo.

Seguindo na exposição da metodologia, a análise qualitativa dessas decisões foi feita com a ajuda da ferramenta de buscas dos leitores de textos. Nela, foram inseridos os termos “sistema acusatório” e “acusatório”, tendo sido feita a leitura dos argumentos em seu entorno. Os principais e mais recorrentes argumentos utilizados pelos ministros foram transcritos em notas de rodapé ou no próprio corpo do texto, com o intuito de que o leitor possa compreender a análise feita por este pesquisador, além de mostrar *ipsis litteris* a forma como alguns Ministros vêm usando o termo.

Os julgados serão apresentados conforme ordem cronológica, do mais recente para o mais antigo.

Por fim, a ADC 43 e a ADPF 444, apesar de aparecerem como resultado da pesquisa no site do STF, foram excluídas da análise. A ADC 43 tratou da possibilidade de prisão provisória quando ainda pendente recurso aos Tribunais Superiores. A ADPF 444 analisou a não recepção do art. 260 do CPP, que trata da condução coercitiva do acusado para fins de interrogatório. Em

ambos os casos, o termo “princípio do sistema acusatório” aparece de forma vaga, sem que tenha sido conceituado pelos ministros e sem aprofundamento nos debates envolvendo a possível violação desse princípio. Dessa forma, serão analisadas 13 ADIs e 1 ADPF.

2.1 ADI 7.170/RJ

O primeiro resultado da pesquisa é ADI 7.170/RJ, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) contra a Resolução do Ministério Público do Rio de Janeiro GPGJ nº 2.403/2021, a qual regulamentava a atuação dos Grupos de Atuação Especial Contra o Crime Organizado (GAECOs). A ação foi julgada improcedente em 03/07/2023. A associação autora não citou violação do sistema acusatório para impugnar o normativo infralegal, mas sim de outras previsões constitucionais como a competência privativa da União para legislar sobre processo penal, princípios da Administração Pública, prerrogativas do Presidente da República, entre outros.

O termo sistema acusatório apareceu somente 3 (três) vezes no julgamento e sem um maior aprofundamento nos limites do termo¹²⁵, fazendo-se apenas menção ao emprego deste termo em outros julgamentos.

Da mesma forma, o conteúdo da ADI 7.170/RJ é muito próximo daquele debatido e julgado nas ADIs 4.624/TO e 2.838/MT, visto que estas também impugnaram a constitucionalidade dos GAECOs, conforme se verá na próxima análise.

Basicamente, a única diferença da ADI 7.170/RJ para as ações do Tocantins e do Mato Grosso é o fato dessas últimas terem impugnado leis formais, enquanto a ação do Rio de Janeiro teve por objeto uma resolução do Ministério Público, mas essa diferença não foi suficiente para a Corte alcançar uma decisão diferente. *Incontinenti*, passa-se à análise das ações do Centro-Oeste e do Norte.

¹²⁵ *O princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum. A eficiência no serviço público, portanto, está constitucionalmente direcionada tanto para as finalidades pretendidas pela atividade estatal, como para as condições necessárias para o agente público bem exercer suas funções.*

Esse mínimo exigido para a satisfação da eficiência pelo Poder Público adquire contornos mais dramáticos quando a questão a ser tratada é a segurança pública, o sistema acusatório e a Justiça criminal, em virtude de estar em jogo a vida, a dignidade, a honra, a incolumidade física e o patrimônio dos indivíduos (...)

A Constituição consagrou, em matéria de processo penal, o sistema acusatório, atribuindo a órgãos diferentes as funções de acusação e julgamento (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). O sistema acusatório prevê a titularidade privativa da ação penal pública ao Ministério Público, a quem compete decidir pelo oferecimento de denúncia ou a promoção de arquivamento do inquérito ou peças de informação (ADI 4.693/BA, Pleno, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgada em 11/10/2018; MS 34730/DF, 1ª T, Rel. Min. LUIZ FUX, julgada em 10/12/2019).

2.2 ADIs 4.624/TO e 2.838/MT

As ADIs 4.624/TO e 2.838/MT foram julgadas de forma conjunta no dia 14/04/2023. Ambas as ações tiveram por objeto leis estaduais (do Tocantins e do Mato Grosso, respectivamente) que regulavam a atuação dos Grupos de Atuação Especial Contra o Crime Organizado (GAECOs).

Os principais argumentos do autor das ações (Partido Social Liberal – PSL) para impugnar as leis foram: 1- violação à autonomia do Poder Executivo; 2- violação das atribuições constitucional do Ministério Público, o qual não caberia conduzir investigações; 3- violação das atribuições da Polícia Judiciária e das Polícias Ostensivas; 4- vedação de um duplo-vínculo profissional dos policiais cedidos aos GAECO's.

O termo sistema acusatório apareceu 6 (seis) vezes nos acórdãos das referidas ADI's, incluindo a ementa do julgado. Todas as vezes em que foi utilizado, o objeto sobre o escrutínio dos ministros da Corte Maior foi a alegada violação das atribuições do Ministério Público, das Polícias Judiciárias e das Polícias Ostensivas.

Nesse ponto, a Corte reafirmou a constitucionalidade e a inexistência de violação da atribuição das Polícias Judiciárias quando o Ministério Público exerce o poder de investigar. Portanto, nesse julgado, o termo sob escrutínio foi utilizado basicamente como uma remissão ao julgamento do RE 593.727¹²⁶, o qual reconheceu a constitucionalidade do Ministério Público

¹²⁶ *Consagração do sistema acusatório pela Constituição Federal de 1988. Com fundamento na teoria dos poderes implícitos – inherent powers – é reconhecido ao Ministério Público o exercício de competências genéricas implícitas que possibilitem a realização de sua missão constitucional, em especial o poder investigatório criminal, sob pena de diminuir a efetividade de sua atuação em defesa dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, conforme decidido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no julgamento do RE 593.727.*

*(...) Agora, em relação a esse segundo ponto, faço questão de salientar, a Constituição, a meu ver, foi muito clara - art. 129, inciso I - ao consagrar o **sistema acusatório**. Nós sabemos que, até 1988, o nosso sistema era híbrido. Por exemplo, nas contravenções e em crimes culposos, por portaria do delegado de polícia, se iniciava o inquérito e isso virava inclusive processo. A partir de 1988, o **sistema acusatório** exige do titular da ação penal pública, obviamente nos crimes de ação penal pública, a atuação do Ministério Público. A meu ver, não se pode retirar do Ministério Público a possibilidade de investigação. Não há, em nenhum lugar do mundo, Ministério Público que não possa participar. Tanto que, mesmo antes de o Supremo Tribunal Federal reconhecer o poder de investigação do Ministério Público em procedimentos investigatórios criminais, nunca se discutiu que o Ministério Público poderia requisitar à autoridade policial determinadas diligências. E o requisitar não é requerer, é determinar, porque o destinatário do inquérito policial, o destinatário das peças de informação é o titular da ação penal (...)*

*(...) A Constituição consagrou, em matéria de processo penal, o **sistema acusatório**, atribuindo a órgãos diferentes as funções de acusação e julgamento (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 1/2/2017; RHC 120.379 ED, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/9/2016). O **sistema acusatório** prevê a titularidade privativa da ação penal pública ao Ministério Público, a quem compete decidir pelo oferecimento de denúncia ou a promoção de arquivamento do inquérito ou peças de informação (ADI 4.693/BA, Pleno, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgada em 11/10/2018; MS 34730/DF, Primeira Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, julgada em 10/12/2019).*

investigar com base na teoria dos poderes implícitos.

Chama-se a atenção para um argumento que é frequentemente utilizado e repetido pela jurisprudência e doutrina nacional quando o tema é o poder de investigação do Ministério Público: a afirmação de que o Ministério Público é o destinatário do inquérito policial.

Evidentemente, o Ministério Público – e, agora, também o Juiz de Garantias – é o *destinatário imediato* dos inquéritos policiais que investigam potenciais fatos criminosos de ação pública condicionada e incondicionada. Todavia, isso não significa que o Ministério Público seja o *único* destinatário desses inquéritos policiais. A vítima, o investigado, o defensor público, o magistrado e a comunidade local como um todo também são destinatários do inquérito policial¹²⁷.

A mesma visão democrática que erigiu o Ministério Público ao patamar de defensor do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis demanda uma interpretação atualizada e compatível sobre suas atribuições penais, especialmente a sua função de titular privativo da ação penal pública e o seu papel de fiscal externo da polícia. Caso contrário, a instituição autônoma elencada para inibir abusos cometidos pelo Poder Executivo e suas polícias pode acabar incorrendo nos mesmos vícios os quais deveria impedir¹²⁸.

2.3 ADI 4.768/DF

A ADI 4.768/DF, julgada em 23/11/2022, foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). A ação direta impugnou os arts. 18, inciso I, “a” da LC 75/93 e o art. 41, inciso XI da Lei 8.625/93, os quais preveem a prerrogativa do membro do Ministério Público se sentar à direita dos juízes ou dos presidentes dos órgãos judiciários. A ação foi julgada improcedente.

O termo “acusatório” aparece 33 (trinta e três) vezes no acórdão. No entanto, ele aparece apenas nos votos dos Ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes, de forma que nos votos dos ministros Cármen Lúcia e André Mendonça a expressão não apareceu. Em contrapartida, esses ministros utilizaram expressões como “isonomia”, “devido processo legal” e “paridade

¹²⁷ Para uma crítica contundente da “privatização” do processo penal: JARDIM, Afrânio Silva. A influência norteamericana nos sistemas processuais penais latinos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016. Sobre uma perspectiva do processo penal para além da lógica de partes adversárias: SCHUNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: **Estudos de direito penal, direito processual e filosofia do direito**. Org. GRECCO, Luiz. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

¹²⁸ Caminhando nessa perspectiva crítica-constructiva ao Ministério Público brasileiro: MADURO, Andre Mirza. **Direito de acesso aos autos como requisito informativo durante as negociações de colaboração premiada: uma análise à luz do processo justo (fair trial)**. 2020. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

de armas”, os quais, inclusive, constaram na ementa do julgado, ao contrário da expressão “acusatório”.

Isso mostra como o termo – de alta conflituosidade conceitual –, muitas vezes, sequer precisa ser utilizado para tomadas de decisão e no debate sobre a reestruturação do processo penal.

Na fundamentação, os ministros deram enfoque na diferença da atuação do Ministério Público como *custus legis* ou como parte de um processo, sobretudo como titular da ação penal. O termo acusatório ficou restrito a esta última atuação do Ministério Público¹²⁹. Inclusive, o Min. Edson Fachin votou pela improcedência, mas reconheceu que os referidos dispositivos legais estariam em vias de inconstitucionalidade. O Min. Alexandre de Moraes, de seu turno, propôs interpretação conforme a constituição para afastar a aplicabilidade dos artigos no caso de Direito Penal e Processual Penal e de Improbidade Administrativa.

Sobre a proposta do Ministro Alexandre de Moraes, entendemos que ela ofusca o debate que ensejou o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. O CFOAB não impugnou o artigo somente na perspectiva penal, mas impugnou o artigo como um todo quando o Ministério Público atua como parte no processo, seja ele penal, civil, administrativo ou de qualquer outro ramo do Direito.

Inclusive, quando se pensa na materialização do princípio acusatório na disposição cênica de uma audiência de instrução, bastam existir duas pessoas na sala, independentemente de onde elas tomem seus assentos – uma pessoa representando o órgão julgador (juiz), e outra representando o órgão de acusação (acusador) – que o princípio acusatório estaria exposto na imagem.

Quanto ao local onde se encontram essas figuras – se estão um do lado do outro trocando conversas ao pé do ouvido, ou se estão distantes –, isso poderia comprometer outros princípios legais, como a isonomia, imparcialidade e paridade de armas, mas não o acusatório em si.

Por último, chama-se a atenção para as observações do Min. Edson Fachin no que tange a percepção de que o tema tem influenciado mudanças legislativas e, conseqüentemente, ocupado a pauta da Corte Maior¹³⁰. Pelos argumentos expostos no Capítulo 01, entendemos

¹²⁹ Conforme explicitei anteriormente, tal atuação é distinta da atuação em nome de interesses difusos e coletivos, ou na promoção da tutela do patrimônio público que não ocorre na esfera penal, e, por conseguinte, não é regida pelo princípio **acusatório**.

¹³⁰ Como é cediço, algumas das mudanças no **sistema acusatório** a que fiz alusão neste voto pendem de definição nesta Corte. No bojo das ADIs n.º. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, discute-se a implementação do “juiz de garantias”, ao tempo em que grassa divergência quanto a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, para ficar em dois exemplos.

que a utilização do termo sistema acusatório, tanto pelo Poder Legislativo, quanto pelo Poder Judiciário, para promover reformas no processo penal brasileiro, não é a mais adequada.

2.4 ADI 7.261/DF MC-Ref

Outro resultado apresentado no site do STF foi o indeferimento, referendado pelo Plenário, da medida cautelar na ADI 7.261 em 26/10/2022. A ação de inconstitucionalidade foi proposta pelo Procurador-Geral da República contra artigos da Resolução 23.714 do Tribunal Superior Eleitoral. Nas palavras do relator, Min. Edson Fachin:

Alega o PGR que o ato impugnado inova no ordenamento jurídico, mediante estabelecimento de novas vedações e sanções distintas das previstas em lei, amplia o poder de polícia do Presidente do TSE em prejuízo da colegialidade, do juízo natural e do duplo grau de jurisdição, alijando o Ministério Público da iniciativa de ações e medidas voltadas a proteger a normalidade e a legitimidade das eleições.

Em síntese, a postulação defende que o TSE invadiu a competência legislativa da União sobre direito eleitoral, bem como que as normas impugnadas ferem a liberdade de manifestação do pensamento, independentemente de censura prévia, o princípio da proporcionalidade, os deveres de inércia e de imparcialidade do magistrado, a garantia do duplo grau de jurisdição e o princípio da colegialidade. Ao cabo, reputa como atingidas as funções institucionais do Ministério Público Eleitoral.

Como se percebe, a ação de inconstitucionalidade aborda a temática do Direito Eleitoral, porém, ainda assim, o termo sistema acusatório foi utilizado. Mais uma vez, surge a reflexão até que medida o termo sistema acusatório se limita ao Direito Processual Penal. Isso porque, como já vimos no Capítulo 01 e no julgado anterior (ADI 4.768/DF), o princípio acusatório está fortemente relacionado à imparcialidade do órgão julgador. Sob esta perspectiva, o princípio não se limitaria à seara processual penal, já que a imparcialidade é uma característica da jurisdição e do Poder Judiciário.

Doutro lado, o termo acusação é próprio do Direito Sancionador, sendo de pouco uso nas demandas administrativas não sancionatórias e no Direito Civil. Seguindo esse raciocínio, pode-se pensar o princípio acusatório como um princípio específico do Direito Sancionador que, visando uma maior proteção dos cidadãos frente ao Estado, requer a desconcentração do poder sancionatório estatal em órgãos diferentes para haver a imposição de uma pena ao cidadão que eventualmente tenha infringido uma norma legal.

Todavia, assim como no julgamento da ADI 4.768/DF, o STF rechaçou essa

A manifestação deste Tribunal acerca de medidas legislativas nucleares para a nova feição do sistema acusatório brasileiro deve preceder, na minha compreensão, a medida de decretação de inconstitucionalidade de normas que conformam a disposição cênica de fóruns, salas de audiências e tribunais, há algumas décadas.

interpretação ampliativa do sistema acusatório para além do Direito Penal:

9. Por fim, no tocante ao poder de polícia, entendo, em juízo perfunctório, que não subsiste o argumento de violação do princípio **acusatório**, ante a ausência de previsão de participação do Ministério Público Eleitoral no procedimento da Resolução impugnada.

O princípio **acusatório**, em nosso sistema constitucional, encontra-se no art. 129, I, da Constituição Federal, que dispõe competir privativamente ao Ministério Público a promoção da ação penal, sem nada prever a respeito da mesma privatividade em âmbito eleitoral.

No exercício do poder de polícia de que titular, o Tribunal Superior Eleitoral atua em seara administrativa a justificar, segundo penso, a não participação do Parquet e mesmo a desnecessidade de provocação, tendo em vista tratar-se de tema alheio à jurisdição

Logo, neste caso, os Ministros não aprofundaram no conteúdo do termo “sistema acusatório”, pois a ação de inconstitucionalidade tratava de aspectos administrativos-eleitorais.

2.5 ADI 4.109/DF

O sexto resultado apresentado foi o julgamento da ADI 4.109/DF, ocorrido em 14/02/2022. A ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) impugnou a Lei 7.960/89, que regula a prisão temporária. O partido político alegou que a referida Lei seria materialmente inconstitucional, sendo um dos motivos a violação do sistema acusatório.

Neste ponto, o partido questionava a expressão “será decretada” contida no *caput* do art. 2º. Segundo o autor da ação, a expressão “*estaria a subtrair do Juiz a competência para decidir sobre o mérito da prisão, uma vez que o obrigaria a atender automaticamente à representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público*”.

Ao rechaçar este argumento, a Corte assentou que “*não há dúvida de que a análise da presença dos requisitos autorizadores será da autoridade judiciária*”. Ou seja, ainda que o delegado de polícia ou o membro do Ministério Público vislumbrem estarem presentes os requisitos, é o magistrado quem decidirá a respeito.

Observe-se que, neste caso, a alegação de violação ao princípio acusatório estaria posta de forma reversa. Isso porque o princípio acusatório foi erigido a fim de separar o órgão de acusação do órgão julgador, garantindo ao órgão de acusação autonomia frente ao órgão julgador; e, ao órgão julgador, imparcialidade necessária para julgar o caso. Nessa ação constitucional, o autor alegava que o órgão julgador havia perdido sua autonomia, uma vez que sua decisão estaria vinculada às constatações do órgão de acusação, o que foi energicamente refutado pela Corte Maior.

No mais, o acórdão retomou outros julgamentos do STF para exemplificar como a Corte vem “*prestigiando o sistema acusatório*”. Dentre eles, foi citado o julgamento da ADI 4.693/BA e decisões em âmbito de inquéritos sob fiscalização do STF.

Importante mencionar que o STF também utilizou da dicotomia para conceituar o sistema acusatório, veja:

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou, em matéria de processo penal, o **sistema acusatório**, atribuindo a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e julgamento. O **sistema acusatório** opõe-se, doutrinariamente, ao sistema inquisitório, no qual o Poder Judiciário atua ativamente na fase de investigação. No sistema acusatório, diversamente, o juiz não atua como investigador e acusador

Outro ponto interessante neste conceito exposto pela corte é o fato dele misturar a investigação com a acusação, distanciando ambos do julgamento. Entretanto, a instrução de um processo não deixa de ser uma investigação¹³¹. Inclusive, da forma como a persecução penal é estruturada, muitas vezes, a defesa apenas começa a “investigar” após o oferecimento da denúncia.

A Corte também destacou a importância do órgão de acusação não estar vinculado ou subordinado ao órgão julgador, citando vários julgados em que essa autonomia foi reforçada pelo STF.

2.6 ADI 4.911/DF

A ADI 4.911/DF foi ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) e impugnou a art. 17-D da Lei 9.613/98. Em 23/11/2020, a Corte Magna acatou o pedido formulado pela PGR e declarou inconstitucional o referido artigo por violar o princípio da proporcionalidade, da presunção de inocência e da igualdade. De seu turno, a alegação de violação do sistema acusatório arguida pela entidade autora não foi acolhida pela Corte.

O termo sistema acusatório aparece 11 (onze) vezes no acórdão. Neste julgamento, é possível perceber uma abordagem um pouco mais ampliada do termo, de forma que os ministros passam a cotejar o termo com o inquérito policial.

Conforme foi destacado no acórdão, a CFRB 1988 manteve a Polícia Judiciária como instituição pública responsável por carrear e presidir as investigações criminais. Dessa forma, o indiciamento, ato privativo dos delegados de polícia, é compatível com a ordem constitucional

¹³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasik, 2023. Entende que as atividades não se confundem. “*Partindo da distinção entre fontes de prova e meios de prova, percebe-se, facilmente, que o perigo para a imparcialidade está no juiz que é um pesquisador, um “buscador” de fontes de prova. Quem investiga compromete a sua imparcialidade para o posterior julgamento. Ao mais, investigar e instruir são atividades diferentes (...)*” Pág. 31 e ss.

e não viola o sistema acusatório.

Chama-se a atenção para o voto vencido do Min. Edson Fachin, que passa a adotar uma visão ampla do termo sistema acusatório, para além da tripartição de atores (*actum trium personarum*). O Ministro, ao contrário de outros julgados exarados pela Corte e seguindo o posicionamento de Lorena Bachmaier Winter¹³², separa as funções da persecução penal em investigar, acusar, defender e julgar, nomeando os delegados de polícia, os membros do Ministério Público, os advogados, os defensores públicos e os juízes como diferentes atores do sistema acusatório¹³³.

Como destacado no Capítulo 01, essa visão que separa a atividade de acusar da atividade de investigar é benigna aos regimes democráticos, pois evita a acumulação de poderes em um único órgão estatal, além de garantir o princípio da paridade das armas entre acusação e defesa. Por isso, as compreensões do termo sistema acusatório que transcendem a separação dos órgãos estatais julgador e acusador devem também englobar a independência e autonomia regrada das atividades de investigar e defender.

Doutro lado, o voto vencedor, do Min. Alexandre de Moraes, seguiu uma linha mais conservadora na utilização do termo sistema acusatório¹³⁴, mas também foi claro ao reconhecer

¹³² WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal In: **Sistemas processuais penais/** organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021 68-114p

¹³³ *De início, destaco que na perspectiva do devido processo penal constitucional, investigar, acusar, defender e julgar são mesmo afazeres de funções distintas. É o sistema acusatório próprio do Estado de Direito democrático que a Constituição da República Federativa do Brasil acolhe, especialmente à luz do que dispõe o artigo 129, inciso I, bem como o artigo 144. Dentro do sistema constitucional de justiça, a regra é direta: nele, a autoridade policial investiga, o Ministério Público é a parte que acusa e o juiz julga, na ambiência em que interagem, como funções essenciais, a advocacia e as defensorias.*

¹³⁴ *De início, cumpre ter presente que predomina, na atualidade, a adoção, por diversos países, do sistema acusatório de persecução penal, o qual, dadas as suas características essenciais, se mostra eminentemente vinculado às ordens jurídicas nacionais estribadas sobre princípios de índole democrática. Entre outras características inerentes a tal sistema processual penal, mostra-se proeminente a distinção entre os papéis desempenhados durante o procedimento persecutório penal, estabelecida a partição de funções entre diferentes personagens, especialmente, Polícia e Ministério Público.*

A doutrina nacional é pródiga em estabelecer as características essenciais do sistema acusatório, sendo evidente o destaque atribuído à referida partição de atribuições. Confiram-se, nesse sentido, as lições de GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, o qual afirma que:

“o processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas. Há uma nítida separação de funções, atribuídas a pessoas distintas, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro actum trium personarum, sendo informado pelo contraditório. (...) A essência do modelo acusatório é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender” (Processo penal [livro eletrônico]. 6ª ed., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, item 1.14)

O modelo do sistema acusatório consagrado pela Constituição Federal de 1988, entretanto, manteve a exclusividade da presidência dos inquéritos policiais à Polícia Judiciária. Então, nós temos um sistema híbrido, porque há o sistema acusatório, há a privatividade da ação penal, mas ainda se mantém a presidência dos inquéritos pela Polícia Judiciária. Foi uma opção do legislador constituinte de 88, até porque era uma tradição na Justiça Penal e na persecução penal brasileira, a Polícia Judiciária

O inquérito, porém, se destina exatamente a produzir elementos que comprovem autoria e materialidade para permitir o exercício da ação penal ao Ministério Público; não impondo o oferecimento de denúncia. A atividade

que a Constituição destinou à Polícia Judiciária a atribuição de conduzir as investigações criminais.

Chama a atenção, no voto do Min. Alexandre de Moraes, para a utilização do verbete inquisitório com o seu viés pejorativo, veja-se:

Partindo-se do pressuposto de que, para a configuração do sistema acusatório, é imprescindível a partição de funções entre diferentes atores processuais, faz-se oportuno referir que, apesar da persistência de certo ranço inquisitório, o sistema processual-penal brasileiro é predominantemente acusatório, admitidas as defecções institucionais que um país de modernidade periférica enseja.

Como mencionado no Capítulo 01, a opção pela utilização da palavra inquisitório com um viés eminentemente pejorativo prejudica a qualidade do debate sobre uma redistribuição justa e equitativa dos poderes-atribuições no âmbito da persecução penal, podendo até mesmo culminar na maior concentração de poderes em órgãos estatais, o que vai de encontro com a própria lógica que germinou o princípio acusatório, que é justamente a dispersão de poderes-atribuições.

2.7 ADPF 572

A arguição de descumprimento de preceito fundamental 572 foi julgada em 18/06/2020 pelo plenário do STF. A referida ação constitucional foi proposta pelo partido político Rede Sustentabilidade (REDE) e impugnou a Portaria GP nº 69 de 14/03/2019 do STF, a qual determinou a abertura do Inquérito Policial 4.781 para apurar notícias fraudulentas (fake news), “denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus calumniandi, diffamandi e injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”.

O termo “sistema acusatório” aparece 62 (sessenta e duas) vezes no acórdão. Trata-se do acórdão que mais fez menção ao termo, denotando a relevância deste julgamento para a compreensão do que a Corte entende sobre ele.

Devido à relevância do presente caso, serão colacionados mais trechos do acórdão do que foi feito com outros casos, a fim de que o leitor possa ver quais pontos foram tidos por

policial se encerra com a conclusão da investigação e remessa dos autos ao titular da ação penal, para análise do início ou não da persecução penal.

(...) Nesse contexto de sistema acusatório, o inquérito policial, embora dispensável, conforme reconhecido pela CORTE (HC 96.638, Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, 1º/2/2011; Inq 1.957, Rel. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, DJ de 11/11/2005), assume importante papel na persecução penal, uma vez que viabiliza a formação da opinião delicti do membro do Ministério Público, assegurando a existência de um suporte probatório mínimo para deflagração da ação penal. Trata-se de inquérito policial, portanto, de procedimento administrativo conduzido pelo Delegado de Polícia, a quem compete, ao final, decidir pelo indiciamento ou não do investigado, fundado num juízo racional construído a partir das provas indiciárias colhidas.

relevantes no debate jurídico travado no Tribunal Constitucional.

O partido político autor da ação evocou a violação do sistema acusatório da seguinte forma:

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

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

A PGR oscilou em suas manifestações. Primeiro, a cúpula do Ministério Público se manifestou encampando totalmente a pretensão autoral. Depois, manifestou-se pelo arquivamento do inquérito. Por último, propôs uma interpretação conforme. Seguem os posicionamentos da PGR (grifo nossos):

Manifestou-se a PGR em eDOC 44, noticiando que, logo após a edição da Portaria, solicitou informações ao ministro relator do inquérito, o que não foi atendido. Considerando as notícias veiculadas de medidas cautelares deferidas sem prévia manifestação do MPF e a notícia da proibição de matéria jornalística, a PGR **promoveu o arquivamento do inquérito, o que não foi acolhido pelo relator, que entendeu que o sistema acusatório não se estenderia às investigações penais.**

Sustenta que o Inquérito 4781 fere (i) o **sistema acusatório** instituído na Constituição de 1988, em especial, no art. 129, inc. I, ao atribuir privativamente ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública. O **sistema acusatório**, ao separar as funções de acusar e julgar, garante a imparcialidade do julgamento. Ademais, o art. 43 do RISTF e a Resolução n.º 564/2014 que lhe regulamenta não se aplicariam ao caso, pois se referem a infrações penais praticadas “na sede ou dependências do Tribunal”, ao que não se equipara “contra os Ministros do Tribunal”. O inquérito originário exige, assim, manifestação da PGR, nos termos do art. 230-A a 232 do RISTF c/c art. 46 da LC 75/93. Cita decisões.

Ainda, (ii) a ausência de intervenção do Ministério Público violaria o art. 129, inc. I, II, VII, VIII e §2º, da Constituição, o art. 38, inc. II, da LC n. 75/93 e o art. 52 do RISTF, os quais impõem a sua participação como destinatário da prova e como instituição de controle externo da atividade policial. Ao ministro relator compete apenas a supervisão judicial sobre a investigação, deliberando sobre diligências submetidas à reserva de jurisdição e obstando investigações ilegais, conforme sedimentado no Inquérito 2913.

A promoção de arquivamento (iii), ademais, seria irrecusável, citando precedente da Questão de Ordem do Inquérito n. 2341.

Por fim, sustenta violação ao (v) Estado Democrático de Direito, porque o objeto da Portaria é genérico, não havendo justa causa para a sua instauração, gerando insegurança social, inclusive porque está sob sigilo. O necessário respeito aos Ministros do STF não autoriza restrições à liberdade de expressão (art. 5º, IX, da Constituição) e à liberdade de imprensa. Cita decisão do Min. Celso de Mello na

ADPF n. 395 para reforçar que o papel do STF é de guardião da Constituição e do devido processo legal, mesmo diante de crimes graves e que abalem as ordens pública e social.

Manifesta-se pelo deferimento da medida cautelar e pela procedência da ADPF (...)

Em novo parecer a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela parcial procedência do pedido, de modo a ser adotada a técnica da interpretação conforme a Constituição ao art. 43 do RISTF, em parecer assim ementado (eDOC 91):

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PORTARIA GP 69/2019. INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO 4.781/DF. INQUÉRITO EXTRAPOLICIAL JUDICIAL. DISTINÇÃO ENTRE AS FUNÇÕES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA E DE INVESTIGAÇÃO PENAL. ART. 43 DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NORMA RECEPCIONADA PELA CF/1988 COM FORÇA DE LEI. INVESTIGAÇÃO QUE TEM POR FUNDAMENTO A GARANTIA DE INDEPENDÊNCIA DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES JUDICIAIS. DEVER DE OBSERVÂNCIA DO MODELO PENAL **ACUSATÓRIO**. RELEVÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL DA PERSECUÇÃO PENAL. RESPEITO INCONDICIONADO AOS DIREITOS E GARANTIAS DOS SUJEITOS OBJETO DA INVESTIGAÇÃO. INVESTIGAÇÕES COM OBJETO CERTO E DETERMINADO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

1. O art. 144 da Constituição de 1988 não estabelece o monopólio da função investigativa à polícia. Nem mesmo a cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, IV, da CF confere à polícia judiciária o monopólio da investigação.

2. São conceitualmente distintas as funções de polícia judiciária e de investigação penal (CF, art. 144, § 4º), motivo pelo qual o art. 4º, parágrafo único, do CPP admite que autoridades diversas da polícia judiciária possam exercer função investigatória, desde que essa atribuição esteja prevista em lei.

3. A investigação criminal, embora tipicamente atribuída à Polícia Judiciária, pode ser conduzida por autoridades vinculadas a outros Poderes que não o Executivo. A investigação criminal pelo Legislativo e pelo Judiciário ampara-se no sistema de divisão funcional de Poder, que tem por objetivo assegurar condições de atuação e funcionamento independentes desses Poderes.

4. O inquérito previsto no art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, à semelhança da previsão dos crimes praticados nas sedes ou dependências das Casas Legislativas, visa a assegurar o exercício independente das funções da mais alta Corte do País.

5. Ainda que amparado na independência do Poder Judiciário e justificado como temperamento pontual ao princípio **acusatório**, a instauração atípica de inquérito judicial pelo Supremo Tribunal Federal não pode ser compreendida com auspícios inquisitoriais.

6. A investigação preliminar conduzida pelo Supremo Tribunal Federal não pode ser realizada à revelia da atribuição constitucional do Ministério Público na fase pré-processual da persecução penal, havendo de ser observados os direitos e as garantias fundamentais dos sujeitos da apuração.

7. A Portaria GP 69/2019 da Presidência do Supremo Tribunal Federal é compatível com as normas regimentais que dispõem sobre o poder de polícia da Corte, desde que justificadas por objeto certo e determinado a fundamentar a investigação.

8. O art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal não afasta o direito dos defensores de, “no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de

prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” (Súmula Vinculante 14).

9. Em respeito ao sistema **acusatório**, à natureza administrativa do feito e à necessária imparcialidade da autoridade judicante, as medidas investigativas extraídas do art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal sujeitas à reserva de jurisdição, se não requeridas pelo Ministério Público, devem ser previamente submetidas ao seu crivo.

Em um olhar de relance, já é possível encontrar três pontos de atrito que foram expostos no Capítulo 01 sendo abordados nesse julgamento. Trata-se do poder-atribuição de “abertura de uma investigação criminal”, o de decidir pelo “término de uma investigação criminal” e o de “conduzir uma investigação criminal”.

Chama-se a atenção para o argumento utilizado pelo Min. Alexandre de Moraes para indeferir o pedido de arquivamento do inquérito. Segundo o ministro, “*o sistema acusatório não se estenderia às investigações penais*”. Primeiramente, é preciso destacar que essa postura vai de encontro com a jurisprudência da própria Corte. Segundamente, esse raciocínio parece estar fundado na diferenciação histórica entre o inquérito (ou investigação criminal) e o processo penal. No entanto, essa diferenciação parece não ser adequada ao atual estágio dos Estados Democráticos de Direito dos países ocidentais do século XXI¹³⁵.

Em nosso entender, a lógica da separação de poderes, que funda o princípio acusatório, também repercute na investigação criminal da seguinte forma: **em regra**, quem realizou a investigação criminal não pode decidir pelo oferecimento ou não da denúncia. Assim, se um juiz instrutor é responsável pela condução das investigações, não pode ele decidir pela apresentação ou não da denúncia. No máximo, ele pode apontar suas conclusões e enviar ao órgão de acusação, a quem caberá a última palavra sobre o oferecimento da denúncia ou não. Eventualmente, podem existir mais de um órgão ou pessoa legitimada para oferecer a acusação criminal.

Sobre a possibilidade do Poder Judiciário conduzir as investigações, a Corte enfatizou os seguintes argumentos:

O sistema acusatório de 1988 concedeu ao Ministério Público a privatividade da ação penal pública, porém não a estendeu às investigações penais, mantendo, em regra, a presidência dos inquéritos policiais junto aos delegados de Polícia Judiciária. Excepcionalmente, a legislação autoriza outras hipóteses de investigações pré processuais, tais como a prevista no Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por instauração e determinação de sua Presidência, nos termos do 43 do RISTF.

No Poder Executivo, a legislação permite investigações criminais realizadas pela

¹³⁵ Sobre a necessidade de ver a investigação criminal como parte integrante do processo penal: PEREIRA, Eliomar da Silva. **Saber e poder: o processo (de investigação) penal**. 1 ed. Florianópolis. Tirant lo Blach, 2019.

Receita Federal do Brasil (delegacias da Receita e seus Escritórios de Pesquisa e Investigação ESPEIs); pelo Banco Central do Brasil (Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros DECIF). Da mesma maneira, no âmbito do Poder Legislativo, há a previsão constitucional de investigações realizadas por comissão parlamentar de inquérito (CF, art. 58, § 3º) e investigações feitas pela polícia legislativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nos casos de crimes cometidos em suas dependências (art. 269 da Resolução 17/1989, Regimento Interno da Câmara dos Deputados).

Há, inclusive, no âmbito do Poder Judiciário, outras hipóteses de investigação criminal, como a que é presidida pelo próprio Tribunal competente para processar e julgar magistrado acusado da prática de infração penal (LOMAN, art. 33, parágrafo único). E o inquérito presidido por juiz de direito da vara em que tramita o processo de falência para apuração de infrações falimentares, sem substituição do antigo inquérito judicial falimentar. E o inquérito instaurado por tribunais para apuração de infrações a lei penal ocorridas nas sedes ou dependências das Cortes.

A possibilidade de que investigações criminais sejam executadas ou conduzidas por órgãos e autoridades estranhos à Polícia Judiciária, portanto, não é incomum na legislação brasileira, uma vez que, no sistema jurídico brasileiro, os organismos policiais, embora detentores da relevantíssima função de Polícia Judiciária, não têm o monopólio da competência penal investigatória, como reconhecido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em Acórdão relatado por nosso ilustre Decano, Ministro CELSO DE MELLO:

E M E N T A: HABEAS CORPUS CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A POLICIAL CIVIL POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDO AGENTE POLICIAL VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AO POLICIAL TORTURADOR - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO PARQUET TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS CASO McCULLOCH v. MARYLAND (1819) MAGISTÉRIO DA DOCTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL , JOÃO BARBALHO , MARCELLO CAETANO , CASTRO NUNES , OSWALDO TRIGUEIRO , v . g .) OUTORGA , AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO HABEAS CORPUS INDEFERIDO (...)

Mencione-se, por fim, a investigação criminal realizada diretamente pelo próprio Ministério Público, possibilidade reconhecida pela CORTE no julgamento do RE 593.727-RG (Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, DJe de 8/9/2015), superada a tese de prejuízo à competência da polícia judiciária para a condução do inquérito policial, ou de exclusividade da investigação criminal por um único órgão persecutório.

Inconfundível, portanto, a titularidade da ação penal com os mecanismos investigatórios, pois o hibridismo de nosso sistema persecutório permanece no ordenamento jurídico, garantindo a possibilidade da Polícia Judiciária com autorização judicial, quando presente a cláusula de reserva jurisdicional se utilizar de todos os meios de obtenção de provas necessários para a comprovação de materialidade e autoria dos delitos, inclusive a colaboração premiada (...)

Importante destacar que, recentemente, situação semelhante foi julgada pelo Plenário desta SUPREMA CORTE, em relação ao artigo 33, parágrafo único, da LOMAN, que estabelece a realização de investigação criminal presidida pelo próprio Tribunal competente para processar e julgar magistrado acusado da prática de infração penal.

No julgamento da ADI 4693/BA, de minha relatoria, em 11/10/2018, por unanimidade, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reafirmou a plena compatibilidade entre a investigação ser conduzida pelo próprio Poder Judiciário e o sistema acusatório.

Essa possibilidade de condução das investigações criminais por vários órgãos estatais dos diversos Poderes da república é mencionada em outros trechos do julgamento, oportunidade em que é reforçada a ideia de que o sistema acusatório não se confundiria com a investigação criminal.

Outro ponto mencionado constantemente pelo STF em torno da definição do sistema acusatório seria o “hibridismo” do sistema brasileiro. Como foi mencionado no capítulo 01, o hibridismo não seria exclusividade brasileira¹³⁶. Na verdade, nunca existiu um modelo puro de sistema acusatório, até porque o próprio conceito é incerto.

Nessa linha, a redação anterior do art. 28 foi apontada como um exemplo de norma híbrida:

A legislação processual penal permaneceu ainda híbrida no artigo 28 do Código de Processo Penal porque, apesar de ser titular da ação penal pública, o Ministério Público pode promover o arquivamento do inquérito - sejam peças ou informações vindas de inquérito policial ou judicial. Ao chegar ao Ministério Público, se ele entender que não é o caso de promoção da ação penal e promover o arquivamento, a legislação, até o início do ano, previa, pelo art. 28, a possibilidade de o juiz, entendendo o contrário, remeter a outro órgão do Ministério Público. Isso, sim, a meu ver, essa intervenção do juiz no arquivamento, na não propositura da ação penal, não é compatível com o **sistema acusatório**. Tanto que, como Presidente da Comissão criada pela Câmara dos Deputados para apresentação de projetos contra o crime organizado e criminalidade violenta, apresentamos, e foi sancionado, no final do ano passado, alteração desse mecanismo.

Apesar de discordarmos de que a norma seria híbrida, concordamos que a alteração valoriza a independência e autonomia do órgão de acusação frente ao órgão julgador. Afinal, a redação antiga já designava o chefe do Ministério Público como responsável pela decisão final sobre o arquivamento ou não de um caso criminal.

Por fim, o plenário reconheceu a constitucionalidade da Portaria GP nº 69 de 14/03/2019 do STF, de forma que as alegações de violação ao sistema acusatório não foram acatadas. De seu turno, foi garantida a participação do Ministério Público no acompanhamento das investigações, reforçando sua autonomia nas manifestações quanto às medidas cautelares

¹³⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, 2020 e DELMAS-MARTY, Mireille. “Reflections on the Hybridisation of criminal procedure”, In: **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirkian Damaska. Organizado por John Jackson, Máximo Langer e Peter Tillers. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon: 2008; AMBOS, Kai. International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed? **International Criminal Law Review** 3: 1-37. 2003.

determinadas pelo Poder Judiciário e no oferecimento da denúncia.

2.8 ADI 4.693/BA

A ADI 4.693/BA foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República em face do parágrafo único do artigo 378 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, o qual excluía o Ministério Público da decisão sobre o arquivamento ou oferecimento da denúncia em desfavor de juiz investigado pelo Tribunal.

No dia 11/10/2018, o STF julgou procedente o pedido da PGR, declarando inconstitucional a norma do TJ-BA por contrariar o disposto no art. 129, I da CRFB 1988, que representa a previsão constitucional do sistema acusatório.

O conceito empregado para definir o sistema acusatório neste caso foi o mesmo utilizado pela Corte em outros julgamentos, veja-se:

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou, em matéria de processo penal, o **sistema acusatório**, atribuindo a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e julgamento. O **sistema acusatório** opõe-se, doutrinariamente, ao sistema inquisitório, no qual o Poder Judiciário atua ativamente na fase de investigação. No **sistema acusatório**, diversamente, o juiz não atua como investigador e acusador.

De seu turno, o ponto nodal deste julgamento foi o debate em torno sobre a possibilidade do Poder Judiciário determinar o trancamento de ações penais sem que tenha ocorrido manifestação do Ministério Público. Esse debate já foi objeto de diversos *habeas corpus* no STF, de forma que voltou a ganhar proeminência quando a Corte Maior, de ofício, determinou o trancamento de diversas investigações sob sua supervisão.

Inclusive, a divergência de posicionamento entre Suprema Corte e a Procuradoria-Geral da República parece ter sido um dos motivos da publicação da coletânea de artigos no livro “Desafios Contemporâneos do Sistema Acusatório”¹³⁷.

No julgamento da ADI 4.693/BA, a Corte reafirmou a possibilidade do Poder Judiciário determinar o trancamento de investigações criminais ainda que inexistente o pedido de arquivamento do Ministério Público, porém esta medida é excepcional e “*deve ser analisada perante o caso concreto e não prevista abstratamente como regra*”.

¹³⁷ Na apresentação, os organizadores afirmam: “O ano de 2018 tem sido marcado por debates sobre o comportamento 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 consequente déficit de concretização dele”. **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: Lívia Nascimento Tinôco, Luiza Cristina Frischeisen, Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva, Silvio Amorim Junior e Vladimir Barros Aras. Brasília: ANPR, 2018

Visto que a norma do regimento interno do Tribunal de Justiça da Bahia apenas previa a remessa dos autos ao Ministério Público para oferecimento de denúncia, de forma que o arquivamento era feito pelo próprio Poder Judiciário, com apenas posterior ciência ao Ministério Público, a norma claramente violava o princípio acusatório, pois retirava a autonomia e independência do Ministério Público na formação de sua *opinio delictis* para propor eventual denúncia.

Dessa forma, a norma do regimento interno tratava o órgão acusatório como um *longa manus* do Poder Judiciário, tolhendo-lhe a autonomia e independência necessária para o exercício de sua função criminal. Veja a norma declarada inconstitucional por violação ao princípio acusatório:

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

Por fim, vale ressaltar que o *caput* do artigo não foi impugnado pela PGR, mostrando que, aparentemente, a condução das investigações pelo Poder Judiciário não representaria uma violação ao sistema acusatório. Fato que, como já visto, não passou despercebido pelo STF, sendo mencionado como fundamento para negar procedência da ADPF 572.

2.9 ADI 5.508/DF

A ADI 5.508/DF foi ajuizada pela Procuradoria-Geral de República em face dos parágrafos 2º e 6º do art. 4º da Lei 12.850/13, os quais previam a legitimidade dos delegados de polícia para conduzir e entabular acordos de colaboração premiada. Segundo a PGR, essas previsões violavam o sistema acusatório, uma vez que a Carta Maior previu o Ministério Público como titular exclusivo da ação penal pública.

Segundo a PGR, mostra-se “*imperativa a presença do Ministério Público em todas as fases de elaboração do acordo de colaboração, sendo as manifestações de caráter vinculante em tudo que diga respeito aos efeitos jurídicos dos termos do ajuste*”.

Em 20/06/2018, a ação foi julgada improcedente e a constitucionalidade dos artigos declarada, reconhecendo a legitimidade do delegado de polícia para conduzir e entabular

acordos de colaboração premiada a serem homologados pelo Poder Judiciário, com exceção daqueles que prevejam o perdão judicial, pois, neste caso, estar-se-ia tolhendo o poder-atribuição do Ministério Público de ajuizar a ação penal.

O ponto central da discussão foi a natureza da colaboração premiada. Ao final, ficou assentado que a colaboração premiada é meio de obtenção de prova, e não prova, por isso os chefes da Polícia Judiciária teriam legitimidade para entabular tais acordos, uma vez que a função precípua da polícia é buscar elementos de informação e provas irrepetíveis ou cautelares que indiquem a autoria e atestem a materialidade de um crime¹³⁸.

¹³⁸ A Constituição de 1988, claramente, no art. 129, I, optou pelo modelo **acusatório**. Mas optou – e faço aqui o primeiro ponto que será importante para a minha conclusão – pelo modelo da obrigatoriedade mitigada, porque também o Ministério Público, assim como todos os demais órgãos da administração, todos os demais órgãos do Estado estão submetidos ao princípio da legalidade, art. 37, caput.

Houve a opção pelo modelo **acusatório**, com a privatividade da ação penal pública; mas não o modelo discricionário como no direito anglosaxônico, principalmente com os Estados Unidos, onde o membro do Ministério Público tem total discricionabilidade.

Aqui, a conjugação do 129, inciso I; o 37, caput e o art. 5º, LIX que prevê, na inércia do Ministério Público – e somente na inércia –, a possibilidade de ação penal subsidiária, demonstram a adoção do critério da obrigatoriedade mitigada, com a possibilidade, desde que prevista em lei, do afastamento dessa obrigatoriedade. A isso, juntou-se, por interpretação da própria Constituição – e a meu ver, desde sempre pela questão da teoria dos poderes implícitos ao Ministério Público –, o poder de investigação, que até essa Corte já decidiu.

Dentro desse novo modelo do sistema **acusatório**, da obrigatoriedade mitigada, a Constituição – e aí é uma segunda diferenciação em relação ao sistema anglo-saxônico norte-americano, principalmente de discricionabilidade total –, a Constituição manteve a exclusividade da presidência dos inquéritos policiais à Polícia Judiciária. Então, nós temos um sistema híbrido, porque há o sistema **acusatório**, há a privatividade da ação penal, mas ainda se mantém a presidência dos inquéritos pela Polícia Judiciária. Foi uma opção do legislador constituinte de 88, até porque era uma tradição na Justiça Penal, na persecução penal brasileira, a Polícia Judiciária.

Dentro desse modelo foi construída a introdução de alguns mecanismos do gênero *plea bargain*, ou seja, do gênero justiça penal transacional ou negocial. Dentro da possibilidade de uma obrigatoriedade mitigada no sistema **acusatório**, a legislação começou a trazer espécies dessa justiça penal negocial: transação penal é uma espécie, e só o Ministério Público pode oferecer; a suspensão condicional do processo é outra espécie, também só o Ministério Público pode oferecer; só que a terceira espécie – e aqui é outro ponto importantíssimo – é a delação, agora chamada de colaboração premiada. Mas a colaboração premiada não foi reintroduzida pelas leis mais recentes do Brasil como espécie puramente de justiça transacional ou negocial, porque, como bem ressaltou o Ministro-Relator, diferentemente do que ocorre nos países que assim o fizeram, como por exemplo novamente os Estados Unidos (*plea bargain*), essa espécie de colaboração premiada na justiça negocial, no Brasil, não pode ser utilizada como prova. Não raro nos Estados Unidos, o promotor faz o acordo com o delator para que ele seja testemunha de acusação, e há a possibilidade da condenação tão somente com base nas delações, dentro dessa questão negocial. Ou seja, é uma prova e, se assim o é, só quem pode fazer é o Ministério Público. Inclusive, há decisão de 2000 ou 2001 na qual a Suprema Corte anulou um acordo feito pelo FBI. Mas, dentro dessa hipótese de que é uma prova, e quem pode juntá-la, logicamente, é o órgão da acusação.

Agora, no Brasil, diferentemente da transação e da suspensão condicional do processo, que entraram como hipótese de justiça negocial transacional, a colaboração premiada é híbrida, porque faz parte de uma negociação, só que ela é um meio de obtenção de prova, tanto que não é possível a condenação com base tão somente na delação. Ou seja, é um meio de obtenção de prova.

Nós juntamos dois hibridismos: o nosso sistema **acusatório** com a permanência da exclusividade da presidência dos inquéritos policiais pela polícia, com outro hibridismo no tocante à colaboração premiada, trazida não como uma prova, mas como um meio de prova. Se nós juntarmos, ao meu ver, essas duas questões, nós teremos que não será, em regra, possível negar à autoridade policial, que tem pela Constituição não a exclusividade da investigação criminal, mas da presidência do inquérito policial, a atuação e a realização em um meio de obtenção de prova. Até porque, dentro da construção constitucional e da recepção do ordenamento processual penal brasileiro, o inquérito se destina exatamente a produzir elementos que comprovem autoria e materialidade para permitir o exercício da ação penal ao Ministério Público. Cercar a possibilidade de realizar um meio de obtenção

Todavia, esse entendimento em sede de controle abstrato sofreu modificações com o julgamento do Pet 8.492, de forma que a Corte Maior assentou o entendimento que a anuência do Ministério Público era imprescindível para a validade da colaboração premiada firmada pela Polícia Judiciária. Atualmente, o tema voltou à pauta da Corte, no caso da colaboração premiada celebrada entre a Polícia Federal e o Tenente-Coronel Mauro Cid. Todavia, as investigações ainda estão sob sigilo, prejudicando a análise se o STF estaria voltando ao posicionamento adotado no julgamento da ADI 5.508/DF, ou se manteve o entendimento adotado na Pet 8.492.

Esses pontos de atrito entre Polícia Judiciária e Ministério Público, como fiscal externo das polícias e titular exclusivo da ação penal pública, mostram como a atividade das duas instituições estão conectadas. É lamentável observar conflitos entre essas duas instituições quando as pretensões expostas são retirar poder-atribuição de qualquer uma delas com a consequente desnaturação da própria instituição¹³⁹, pois, com o enfraquecimento de qualquer uma delas, a sociedade brasileira é a maior prejudicada.

de prova importante como esse, seria, a meu ver, como regra, tolher a própria função investigatória da polícia (...)

Ora, um acordo realizado pela autoridade policial, homologado, que preveja ao delator o perdão judicial, já imediatamente, estaria obstaculizando o exercício da ação penal por parte do Ministério Público, diferentemente, ao meu ver, dos demais acordos. Mesmo aqueles que, dentro dos parâmetros legais – e isso depois será, na decisão final, analisado quanto à sua eficácia –, estabelecem, dentro do mínimo e máximo da lei, o quantum da pena. Isso não afeta a titularidade da ação penal, até porque quem aplica a pena, como bem ressaltou o Ministro Marco Aurélio, não é o Ministério Público, é o Poder Judiciário dentro dos parâmetros legais. Agora, a aplicação do perdão judicial por acordo feito pela autoridade policial e homologado pelo Poder Judiciário, ao meu ver, afetaria diretamente o exercício da ação penal.

¹³⁹ “Esse órgão de Estado, especialmente designado para a execução do verbo investigar – no caso do Brasil, uma função inerente à polícia judiciária -, é um ente autônomo que tem missão previamente definida e que deve assumir seu papel imparcial, ou seja, de organismo que não atua no interesse das partes do sistema de justiça (acusação e defesa), ainda que contribua para o alcance de objetivos de outras instituições (...) Adianta-se: toda ação realizada na atividade de investigação tem como objetivo o alcance de sua finalidade: aprofundar a compreensão do fato investigado, cessar a prática ilícita e promover a ruptura das relações entre autores e partícipes para evitar a ocorrência de outros crimes. Entendimento contrário promoveria uma supressão da realização dos demais verbos do sistema, com prejuízo da atuação de outros órgãos (juiz, promotor, defesa ou sistema penitenciário), gerando, por consequência, anomalias no sistema de justiça. Da mesma forma, a razão de existir do sistema de justiça não é trazer o suposto autor do fato às barras dos tribunais. Esse enfoque, denominado acusatório, tem como consequência outra modificação da finalidade da investigação, invertendo a mentalidade de algumas instituições policiais, que passam a operar, portanto, como instrumentos de outro órgão, com o fim de subsidiar o sistema responsável pela ação penal. Essa abordagem esfacela as fronteiras entre duas instituições (polícia e órgão acusador), as quais passam a atuar para alcançar o resultado desejado por uma delas (a acusação), que é levar um suspeito a julgamento perante o juízo. No lugar de esclarecer, a finalidade da polícia passaria a ser a obtenção de informações aptas a fortalecer o papel de uma das partes do sistema de justiça, a acusação (...). Explicando, portanto, de outra forma: cada organismo do sistema de justiça criminal realiza um verbo e ele acaba por se associar ao caráter de cada sistema. O verbo de investigar (apurar, elucidar, esclarecer) não se confunde com o verbo julgar nem com o acusar (imputar, denunciar, delatar)(...) Essa homeostase do corpo policial se dá em consonância com o reconhecimento de que lida com o autor do crime, violento ou não, ocorre mais eficazmente com uma integração orgânica do Estado, promotora de cooperação entre órgãos com atribuições distintas, respeitando os ethos diferentes, os cânones próprios, focados no atingimento de outras finalidades também imprescindíveis para manutenção do tecido social, e não adotando uma equivocada ideia de fusão, de retirada de fronteiras sistêmicas, que corrompe a atuação de órgãos desenhados para realização de finalidades que são inerentes a outro organismo” SILVA, Élzio Vicente da. **Investigação Criminal Sistêmica: por uma abordagem multidimensional.** Baureri. São Paulo: Novo Século, 2023. Pág. 20, 110-114

2.10 ADI 5.104/DF Mc-Ref

A ADI 5.104/DF foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em face dos arts. 3º a 13º da Resolução nº 23.396 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Antes do julgamento do mérito da ação, a resolução impugnada foi revogada pelo TSE, fazendo com que a ADI perdesse o objeto. No entanto, em 21/05/2014, por maioria, o STF concedeu parcialmente a medida liminar solicitada.

Importante mencionar que nem todos os artigos foram impugnados por violação ao sistema acusatório, mas sim por invasão da prerrogativa da União de legislar sobre processo penal.

O conceito de sistema acusatório utilizado¹⁴⁰ segue o padrão observado em outros julgamentos da Corte, de forma que de um lado estariam as funções de investigar e acusar – mescladas entre si – e de outro a de julgar. Interessante ponto da ementa é a menção que esta separação de funções garantiria uma paridade de armas com a defesa na fase do julgamento, fato que, conforme mencionado no Capítulo 01, não é viável, caso não se separe a atividade investigativa da acusatória, pois se o órgão de acusação controlar os rumos da investigação, a defesa estaria em notória situação de desvantagem, a não ser que ela também fosse chamada a participar da investigação preliminar.

Outro ponto notável na ementa do julgado é a menção sobre a possibilidade do legislador de ter uma “*margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório*”, que pode “*instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema*”. Como foi mostrado no Capítulo 01, não existe unanimidade sobre o que seria uma versão pura do sistema acusatório, o que prejudica toda a formulação do raciocínio contido na emenda.

Dentre os artigos que, na visão da PGR, representavam uma ofensa ao sistema acusatório estavam os que previam: 1- o endereçamento de notícias crimes direto ao juiz eleitoral; 2- o poder do juiz eleitoral de determinar a instauração de inquérito policial; 3- a necessidade de autorização do juiz eleitoral para abertura de investigação criminal; 4- a remessa do termo circunstanciado de ocorrência direto ao juiz eleitoral.

De todos os artigos impugnados, apenas o art. 8º da resolução foi suspenso através da concessão do pedido liminar. Este artigo previa que o inquérito policial só poderia ser

¹⁴⁰ 2. 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.

instaurado mediante determinação da Justiça Eleitoral.

Interessante perceber que, neste caso, o STF caminhou no sentido da não-concentração de poderes. Isso porque, a redação do art. 8º fazia com que nenhuma investigação pudesse ser instaurada sem o aval da Justiça Eleitoral. Dessa forma, todos os outros Poderes e instituições da República ficavam de mãos atadas diante de eventual inação da Justiça Eleitoral.

Entende-se que esse tipo de decisão, que preza pela desconcentração dos poderes persecutório-punitivos estatais, fortalece a democracia, inibindo eventuais abusos de poder ou arroubos autoritários por parte de qualquer Poder ou instituição da república.

2.11 ADI 2.886/RJ

A ADI 2886/RJ, ajuizada pelo Partido da República (PR), impugnou a constitucionalidade dos incisos IV e V do art. 35 da LC 106/03 do Estado do Rio de Janeiro. O argumento central do autor da ação era a invasão de competência da União para legislar sobre processo penal. Eis o teor do artigo e seus incisos:

"Art. 35 - No exercício de suas funções, cabe ao Ministério Público:
 IV - receber diretamente da polícia judiciária o inquérito policial, tratando-se de infração de ação penal pública;
 V - requisitar informações quando o inquérito policial não for encerrado em trinta dias, tratando-se de indiciado solto mediante fiança ou sem ela;

Em 03/04/2014, a Corte julgou a ação parcialmente procedente, declarando inconstitucional somente o inciso IV, por extrapolar a competência suplementar do art. 24, §1º, uma vez que dispôs de forma contrária ao Código de Processo Penal, que determina a remessa do inquérito ao juiz. De seu turno, foi reconhecida a constitucionalidade do inciso V.

O ponto central de debate no julgamento foi a natureza do inquérito policial, pois, se reconhecido o seu caráter processual, caberia somente à União legislar sobre a matéria. Doutro lado, reconhecido o inquérito como procedimento administrativo, os Estados teriam margem para tratar da matéria.

Conforme mencionado no Capítulo 01, a jurisprudência histórica do país é reconhecer o inquérito como procedimento administrativo, não se confundindo como parte do processo penal, que só se iniciaria após o oferecimento da denúncia. Nesta linha caminhou o julgado.

Interessante notar que o inciso considerado inconstitucional pela Suprema Corte em 2014, que previa a remessa direta do inquérito para o Ministério Público, sem passar pelo Poder Judiciário, foi repetido em algumas resoluções de Tribunais. Atualmente, aguarda-se o julgamento do RE 660.814 para definir se a tramitação direta do inquérito policial entre Polícia Judiciária e Ministério Público é constitucional. Sobre essa previsão, a inovação legislativa do

Juiz de Garantias também parece influenciar no debate.

No julgamento da ADI 2.886/RJ, o termo sistema acusatório foi citado apenas 2 (duas) vezes. Veja-se:

Ao assim julgar, tenho presente não só a natureza mesma do Ministério Público, mas, igualmente, diversas outras cláusulas inscritas na Constituição da República, das quais derivam postulados essenciais como o **sistema acusatório**, a natureza pré-processual da investigação penal, o controle externo da atividade policial e o monopólio da ação penal.

A regra constitucional do controle externo da atividade policial é um reforço ao **sistema acusatório**, pois deixa nítido e claro que ao Ministério Público é endereçada a ‘persecutio criminis’, afastando o juiz de qualquer ingerência na colheita de provas.

Chama-se a atenção para a pequena quantidade de vezes que o termo foi utilizado no acórdão publicado em 2014. Isso vai ao encontro com a constatação de que o termo tem sido cada vez mais explorado pela doutrina e jurisprudência nacional.

2.12 ADI 4.414/AL

Esta ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e teve por objeto a Lei 6.806 do Estado de Alagoas, a qual criou uma vara criminal com competência exclusiva para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas.

A alegação de violação do sistema acusatório se limitou a impugnar o art. 1º da referida Lei, que previa que “*as atividades jurisdicionais desempenhadas pela 17ª Vara Criminal da Capital compreendem aquelas que sejam anteriores ou concomitantes à instrução prévia, as da instrução processual e as de julgamento dos acusados por crime organizado*”. Segundo o CFOAB, a Lei não poderia prever que a atuação da vara criminal ocorreria em atos anteriores ou concomitantes à instrução prévia, pois o Poder Judiciário só deveria intervir após o oferecimento da ação penal.

Entretanto, em 31/05/2012, a Corte refutou esse argumento e asseverou que a atuação do Poder Judiciário na fase pré-processual é constitucional e compatível com o sistema acusatório, desde que o juiz que acompanhasse as instruções funcionasse como “*juiz de garantias*”, *de modo a proteger os direitos fundamentais dos investigados, sob pena de assumir a feição de acusador*”.

Além de ter utilizado o conceito clássico de sistema acusatório, a Corte Maior teceu comentários que vão ao encontro do presente trabalho. O primeiro é o reconhecimento de que o termo sistema acusatório não é unívoco. O segundo é a importância da atuação do Poder

Judiciário como um freio a eventuais abusos cometidos por outras autoridades da persecução penal. Vejam-se os trechos:

O conceito de sistema **acusatório** é equívoco na doutrina brasileira (...) O princípio fundante do sistema ora analisado, a toda evidência, é o princípio **acusatório**, norma decorrente do *due process of law* (art. 5º, LIV, CRFB) e prevista de forma marcante no art. 129, I, da CRFB, o qual exige que o processo penal seja marcado pela clara divisão entre as funções de acusar, defender e julgar, considerando-se o réu como sujeito, e não como objeto da persecução penal.

Fica claro, diante dessas premissas, que o magistrado só deve atuar na fase pré-processual assumindo a função de “juiz de garantias”, de modo a proteger os direitos fundamentais dos investigados, sob pena de assumir a feição de acusador (...) Por outro lado, é necessário lembrar que a atuação do juiz de garantias pode ser necessária previamente ao procedimento formal investigativo, justamente para coibir abusos.

Com isso, conclui-se que quanto mais antigos são os acórdãos que abordam a temática no STF, mais discretas eram as menções ao termo, reconhecendo, sobretudo, a falta de consenso na própria delimitação do conceito.

2.13 ADI 1.570/DF

O último resultado da pesquisa é a ADI 1.570/DF, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República contra o art. 3º da Lei 9.034/95, o qual previa uma investigação judicial nos casos em que houvesse a violação de sigilo de dados fiscais, bancários, financeiras e eleitorais. A ação foi julgada parcialmente procedente, declarando a inconstitucionalidade no que se refere aos dados fiscais e eleitorais. O motivo da declaração parcial se deu em razão da perda do objeto – no que tange aos dados bancários e financeiros – pela publicação da Lei Complementar 105/01, a qual manteve o rito do inquérito policial para apurar as violações de sigilo. A ação foi julgada em 12/02/2004.

O termo “acusatório” aparece 7 (sete) vezes no acórdão, além de ter sido um dos argumentos centrais para a declaração de inconstitucionalidade. Mesmo que o termo não tenha aparecido na ementa, há citação direta do art. 129, I da CRFB 1988. Interessante notar que o art. 144 também é citado na ementa, mostrando que as atribuições da Polícia Judiciária também foram levadas em consideração no julgamento¹⁴¹.

¹⁴¹ 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. 9 da Lei nº 9.034/95 é inconstitucional, pois o sistema acusatório puro, tendo como uma de suas características a atribuição da atividade investigatória preparatória à polícia judiciária e ao Ministério Público, está expressamente catalogado na Constituição da República”.

Em verdade, a legislação atribuiu ao juiz as funções de investigador e inquisidor, atribuições essas conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigos 129, I e VIII; e 144, § 1º, I e IV e §4º). Tal figura

Sobre esse ponto, na leitura dos votos é possível perceber que a Polícia Judiciária e o Ministério Público estavam alinhados nos fundamentos. Há, no entanto, um pequeno conflito quando a PGR se manifesta contrária à legitimidade da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil na ADI 1.517/DF, que possuía o mesmo objeto e fundamentos da ADI 1.570/DF. Inclusive, o pedido liminar da ADI 1.517/DF foi citado diversas vezes no julgamento da ADI 1.570/DF. A manifestação da PGR foi acatada no âmbito da ADI 1.517/DF, tendo a Corte Maior não conhecido da ação por falta de legitimidade ativa.

No mais, neste julgamento, o enfoque foi sobre a imparcialidade do juiz que atua na investigação criminal. Também foram consideradas as atribuições constitucionais entregues ao Ministério Público e à Polícia Judiciária para concluir que a Constituição não concedeu ao Poder Judiciário atribuição para conduzir investigações criminais. Esse entendimento é contrário àquele alcançado no julgamento da ADPF 572.

A fim de conciliar os dois entendimentos, é possível vislumbrar que a atuação do Poder Judiciário como condutor das investigações é medida excepcional, previstas nos próprios regimentos internos e em situações que justifiquem essa excepcionalidade.

2.14 Análise objetiva dos julgados comentados

Das 13 (treze) ações abstratas de constitucionalidade analisadas na pesquisa, 3 (três) foram julgadas em 2023; 3 (três), em 2022; 2 (duas), em 2020; 2 (duas), em 2018; 2 (duas), em 2014; 1 (uma), em 2012; e, 1 (uma) em 2004. Portanto, também em sede de controle abstrato de constitucionalidade, é possível perceber um aumento na utilização da expressão pela Corte Constitucional.

De todas as ações propostas, apenas as ADIs 4.911/DF¹⁴², 4.693/BA¹⁴³, ADI 5.104/DF¹⁴⁴ e 1.570/DF¹⁴⁵ foram julgadas procedentes. No entanto, no caso da ADI 4.911/DF, a procedência não se deu em razão da violação ao sistema acusatório, mas sim devido à

revela-se incompatível com o sistema acusatório atualmente em vigor, que veda a atuação de ofício do órgão julgador

¹⁴² Ajuizada pela ANPR contra o art. 17-D da Lei 9.613/98, que previa o afastamento temporário do cargo caso o investigado fosse indiciado pelo delegado de polícia.

¹⁴³ Ajuizada pela PGR contra o parágrafo único do art. 378 do Regimento Interno do TJ-BA, que excluía o Ministério Público da decisão sobre o arquivamento de investigação contra juiz vinculado ao tribunal.

¹⁴⁴ Ajuizada pela PGR em face dos art. 3º ao 13º da Resolução nº 23.396 do TSE, porém a liminar só foi acatada para declarar inconstitucional apenas o art. 8º, que previa a necessidade de autorização da Justiça Eleitoral para instauração de inquérito policial eleitoral.

¹⁴⁵ Ajuizada pela PGR em face dos art. 3º da Lei 9.034/95, que previa o inquérito judicial no caso de violação de sigilo de dados financeiros, bancários, eleitorais e fiscais.

presunção de inocência, isonomia e proporcionalidade. Dessa forma, somente três ADIs foram julgadas procedentes por violação ao sistema acusatório. Interessante notar que duas das três ações julgadas procedentes tiveram por objeto normas jurídicas emanadas do próprio Poder Judiciário.

Outro ponto relevante é perceber que, na maioria dos julgados, os Ministros optaram pelo conceito restrito de sistema acusatório, no qual o enfoque é dado na diferenciação entre as atividades de acusar e julgar.

Também é possível perceber uma certa deferência dos juízes para com o Poder Legislativo, de forma a manter a opção do legislador desde que a norma impugnada não viole outros princípios caros ao Estado Democrático de Direito, tais como a isonomia e proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa seguiu o caminho incômodo de contestar a utilidade prática de um termo que vem sendo amplamente difundido no debate processual penal nacional. A assimilação do termo no debate nacional é tamanha que partes antagônicas se valem do mesmo termo para defender interesses opostos. Por conta dessa incongruência e por todos os argumentos expostos no decorrer, este trabalho conclama a superação da utilização da dicotomia acusatório e inquisitório nos debates sobre a redistribuição dos poderes-atribuições no processo penal.

A conclamação, no entanto, não se deu de uma forma vazia ou infundada. Antes, ela trouxe outros juristas ocidentais que também partilham deste entendimento. A superação da utilização do termo tem por objetivo lançar luzes nos interesses e no modelo de processo penal que se busca construir em nosso país. Através de um diálogo transparente e livre do emprego de conceitos não consensuais e polêmicos, as chances de se entrar em um estado de harmonia, necessário para promover a reestruturação do processo penal brasileiro aumentam¹⁴⁶.

Como ocorreu em outros países que promoveram suas reformas processuais penais no final do século XX¹⁴⁷, a ode ao chamado sistema acusatório está no cerne deste debate. A palavra *acusatório*, como foi demonstrado, não está mais restrita a separação entre o órgão julgador e o órgão ou a pessoa legitimada a promover a acusação. Ela foi ampliada para abarcar também os ideais de isonomia, paridade de armas, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, imparcialidade, motivação das decisões judiciais, publicidade, transparência e outros tantos princípios processuais penais.

Todos esses princípios, juntamente com o próprio princípio acusatório (em sua acepção restrita), devem estar presentes na reestruturação do processo penal brasileiro, compatível com os anseios democráticos dos países ocidentais do século XXI.

Seria salutar para ancorar as bases desta reforma um novo código de processo penal, mas enquanto este não vem, é imperioso que o Poder Judiciário continue a traçar os limites de

¹⁴⁶ “A proposta de reforma inspiradas nas características dos modelos acusatório e inquisitório pode, inclusive, disparar reações nacionalistas que podem impedir discussões substanciais e podem impedir esforços reformatórios” LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. In: **Sistemas processuais penais**/ organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. 379-410

¹⁴⁷ MARAFIOTI, Luca. Italian criminal procedure: A system caught between two traditions; KRAPAC, Davor. Some trends in continental criminal procedure in transition countries of South-eastern Europe; THAMAN, The two faces of justice in the Post-soviet legal sphere: Adversarial procedure, jury trial, plea-bargaining and the inquisitorial legacy; In: **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirkian Damaska. Organizado por John Jackson, Máximo Langer e Peter Tillers. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon: 2008.

atuação de cada ator da persecução penal.

Nos últimos anos, tanto o STF quanto o STJ têm proferido decisões nesse sentido. As decisões vão desde a análise sobre situações fáticas que se adequariam ao termo “fundada suspeita” para a realização de busca pessoal (RHC 158.580, STJ, 6ª Turma), até correções feitas na condução da instrução pelos juízes criminais (HC 703.978-SC, STJ, 6ª Turma). Dessa forma, as Cortes Superiores têm colaborado nessa reestruturação do processo penal, adequando a atuação dos atores penais às imposições democráticas da Carta Maior e das leis nacionais.

Nessa senda, o segundo capítulo trouxe diversos julgados em âmbito do controle concentrado de constitucionalidade os quais impuseram balizas ou validaram a atuação dos atores da persecução penal. A atuação dos GAECOs, a condução de investigações criminais pelo Poder Judiciário e pela Polícia Judiciária, a constitucionalidade do Ministério Público se sentar ao lado do juiz e a possibilidade de os delegados de polícia realizarem acordos de colaboração premiada são alguns exemplos trazidos.

A persecução penal do século XXI não é a mesma do século XIX. Os Estados Pós-Modernos vêm batalhando para acompanhar o desenvolvimento tecnológico e tentar inibir o cometimento de crimes, que se tornam cada vez mais elaborados. As alterações feitas no Código de Processo Penal de 1941 tentam acompanhar as necessidades da pós-modernidade e, ao mesmo tempo, adequá-las ao regime democrático estatuído pela CRFB 1988. Todavia, muitas dessas alterações geraram antinomias no ordenamento, as quais o Poder Judiciário vem sanando.

Somente uma atuação harmônica e coesa dos três Poderes da República e do Ministério Público, como instituição independente e autônoma, tem a capacidade de aprimorar a persecução penal e garantir os direitos fundamentais dos infratores, das vítimas e de toda a coletividade.

As novas¹⁴⁸ e velhas instituições, com atribuições e poderes bem delimitados, devem atuar de forma conjunta a fim de assegurar o direito à segurança pública e ao equo processo. Com papéis bem definidos em Lei e esculpidos pelas Cortes, os funcionários públicos responsáveis pela persecução penal terão maior segurança e estabilidade no exercício de seu múnus público, evitando-se assim qualquer tentativa de arroubo autoritário.

¹⁴⁸ Por exemplo, a Polícia Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. Due Process of Law, Impartiality of judges and the searching for truth in criminal justice: is coexistence possible? **Macau Journal of Brazilian Studies**, v. 1, p. 87-95, 2018.

AMBOS, Kai; BOCK, Stefanie. **El régimen procesal de los Fiscales en los Tribunales Penales Internacionales**. DYKINSON. Madrid, 2011. 86p.

AMBOS, Kai. International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed? **International Criminal Law Review** 3: 1-37. 2003.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2013. 520p.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 3ed. Curitiba: Juruá, 2020. 176p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Direito Penal: entre o mito da neutralidade e a politicidade, o camaleão do poder punitivo. In: **Teoria crítica e direito penal**. Organizador Raphael Boldt. 1ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. Pág. 257-270.

BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. 4ed. São Paulo: Atlas, 2015. 320p.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasik, 2023. 334p

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. O juiz das garantias no Brasil: uma escolha do legislador não uma determinação constitucional ou de Tribunais internacionais. In: **Lei anticrime: comentários à lei 13.964/2019**. SOUZA, Renee do Ó. Belo Horizonte; São Paulo: D’Plácido, 2020. Cap. 3, P. 43-59

BEDÊ JÚNIOR, Américo; MOTTA, André Guasti. A (in)constitucionalidade da proibição da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz na fase de investigação e a conversão do flagrante em preventiva. In: **O empresário no banco dos réus**. MARTINELLI, João Paulo (Org.); COSTA, Pedro Simões (Org.); CONCEIÇÃO, Pedro Simões da (Org.). 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 461-500.

BEGGIATO, Túlio Favaro. O contemporâneo sistema acusatório e a velha sobreposição de funções. In: **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 Pág 258-290.

BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Organização, Aline

Gotinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral – 1ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017 . 206p.

BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá. 2013. 196p.

BOLDT, Raphael. **Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 236p.

BOLDT, Raphael (org.). **Teoria crítica e direito penal**. 1ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. 447p.

BURKE, Alafair S. Paixão Acusatória, Viés cognitivo e plea bargaining. In: **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. Pág 87-114.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. Rumo a um Processo Penal Democrático. **Direito em Ação**, Brasília, v.12, n.1, jan/jun, pág. 160-229. 2014.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**; tradução Patrícia de Freitas Ribeiro e Aníbal Mari. São Paulo. WMF Martins Fontes, 2012. 625p.

DAMASKA, Mirjan. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. Yale University Press, New Haven and London, 1986. 247p.

DAMASKA, Mirjan. Limites probatórios à condenação e dois modelos de processo penal: um estudo comparado. In: **Sistemas processuais penais/ organização Ricardo Jacobsen Gloeckner**. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. 286-378.

DE ALENCAR, Cláudio Demczuk. Os períodos do processo penal romano e seus respectivos procedimentos. **Revista CEJ**. Brasília. Ano XVI, n 58., p 65-69. Set/Dez 2012.

DELMAS-MARTY, Mireille. “Reflections on the Hybridisation of criminal procedure”, In: **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirkian Damaska. Organizado por John Jackson, Máximo Langer e Peter Tillers. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon: 2008. Pág 251-260

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. 411p.

FISCHER, Douglas. “O que é Garantismo Penal (integral)?”. In **Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Volume 1. 1ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. 662p.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. 1ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. 174p.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. 483p.

GONZAGA, João Bernardino Garcia. **A inquisição em seu mundo**. São Paulo: Quadrante, 2018. 319p.

GRAMSTRUP, Erik Frederico; CAMPOS, Eduardo Schultz. Apontamentos para o estudo da hermenêutica jurídica: Viehweg, Perelman e Siches. **Pensamento Jurídico**. V. 16, p.180-200, 2022

GRANDE, Elisabetta. “Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth” in: **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška. Edited by John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2008. Pág. 145-164.

GRECCO, Luís. Tem futuro o conceito de ação? In: **Temas de Direito Penal – Parte Geral**/Luís Grecco e Danilo Lobato (coords.) Rio de Janeiro, Renovar: 2008, Pág 147-172.

HABER, Dzimidas Carolina. **A relação entre o direito e a política no processo legislativo penal**. Tese de Doutorado pela Universidade de Direito de São Paulo. 2011. 160p.

JARDIM, Afrânio Silva. A influência norte-americana nos sistemas processuais penais latinos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016.

KRAPAC, Davor. Some trends in continental criminal procedure in transition countries of South-eastern Europe. In: **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirkian Damaska. Organizado por John Jackson, Máximo Langer e Peter Tillers. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon: 2008. Pág. 119-142.

LANGBEIN, John H. Compreendendo a curta história do plea bargaining. In: **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. Pág 115-126

LANGBEIN, John H. Tortura e Plea Bargaining. In: **Sistemas processuais penais/** organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. Pág 162-182.

LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. In: **Sistemas processuais penais/** organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. 379-410

LANGER, Máximo. Dos Transplantes Jurídicos às Traduções Jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **Revista Delictae**, vol 2, nº 3, jul-dez 2017.

LEITE, André Estime de Souza. O sistema acusatório já positivado no Brasil e os entraves à sua efetivação. In: **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 Pág 291-326.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. 270p.

LOPES JR., Aury. Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito? In: **Sistemas processuais penais/** organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. Pag. 35-67.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. 551p.

MADURO, André Mirza. **Direito de acesso aos autos como requisito informativo durante as negociações de colaboração premiada: uma análise à luz do processo justo (fair trial)**. 2020. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

MARAFIOTI, Luca. Italian criminal procedure: A system caught between two traditions. In: **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirkian Damaska. Organizado por John Jackson, Máximo Langer e Peter Tillers. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon: 2008. Pág 81-98.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Tese de doutorado aprovada pelo Departamento de Ciências Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. 224p.

MILLER, Marc L. Domination & Dissatisfaction: Prosecutors as sentencers. **Stanford Law Review**. Apr., 2004, Vol. 56, No. 5, 2004 Stanford Law Review.

MOCCIA e IASEVOLI, Clelia e Sérgio. A verdade substancial e a verdade processual. In: **Sistemas processuais penais/** organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. Pág. 183-228

MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015.

MOTTA, André Guasti. **Garantismo penal e princípio acusatório: uma análise acerca dos poderes instrutórios do juiz no processo penal**. Dissertação de mestrado aprovada pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Vitória, 2022. 199 pág.

MUXFELDT, Patrícia. O Ministério Público e a condução do inquérito policial. In: **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: Lívia Nascimento Tinôco, Luiza Cristina Frischeisen, Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva, Silvio Amorim Junior e Vladimir Barros Aras. Brasília: ANPR, 2018 Pág 384-397.

OLIVEIRA, Luciano. De Rubens Paiva e Amarildo. E "Nego Sete"? O regime militar e as violações de direitos humanos no Brasil. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, Vol. 9, N 1, 2018, p. 202-225.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Saber e poder: o processo (de investigação) penal**. 1ed. Florianópolis. Tirant lo Blach, 2019. 468p.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo**. 1 ed. 1 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. 434p.

PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. 428p.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Lumen Juris. 3ª Edição. Rio de Janeiro. 2005. 415p.

QUEIROZ, Paulo. Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação? In: **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: Lívia Nascimento Tinôco, Luiza Cristina Frischeisen, Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva, Silvio Amorim Junior e Vladimir Barros Aras. Brasília: ANPR, 2018 Pág 258-290.

SALEM, Marcos David. **História da polícia no Rio de Janeiro – 1808 a 1930: uma instituição a serviço das classes dominantes**. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007, 132p.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare Brasileiro**. 2ed. 2. Reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. 220p.

SCHEERER, Sebastian. Crítica da razão punitiva. In: **Teoria crítica e direito penal**. Organizador Raphael Boldt. 1ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. Pág. 15-38

SCHUNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: **Estudos de direito penal, direito processual e filosofia do direito**. Org. GRECCO, Luiz. São Paulo: Marcial Pons, 2013. Pág 240-261.

SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais – uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 426p.

SILVA, Élzio Vicente da. **Investigação Criminal Sistêmica: por uma abordagem multidimensional**. Baureri. São Paulo: Novo Século, 2023. 384p.

SPANGHER, Giorgio. A história do processo penal italiano. In: **Sistemas processuais penais/** organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. Pág 146-161.

SUXBERGER e FILHO, Antônio Henrique Graciano e Dermeval Farias Gomes. A mediação na avaliação da prova no processo penal e o papel dos tribunais. In: **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: Lívia Nascimento Tinôco, Luiza Cristina Frischeisen, Rodrigo Antônio Tenório Correa da Silva, Silvio Amorim Junior e Vladimir Barros Aras. Brasília: ANPR, 2018, Pág 110-132.

THAMAN, The two faces of justice in the Post-soviet legal sphere: Adversarial procedure, jury trial, plea-bargaining and the inquisitorial legacy. In: **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context**. Essays in Honour of Professor Mirkian Damaska. Organizado por John Jackson, Máximo Langer e Peter Tillers. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon: 2008. Pág. 99-118

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **A polícia do estado democrático e de direito**. 1ed. Florianópolis. Empório do Direito, 2015. 145p.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, 2020

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O “sistema acusatório” do processo penal brasileiro: apontamentos acerca da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 47, p. 181-204 jul/dez.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: **Temas atuais do Ministério Público Federal**. Organizador Edilson Vitoreli. 4 ed. Salvador: JusPodivm. 2016. Pág. 635-691

WEICHERT, Marlon Alberto. Relatório da comissão nacional da verdade: conquistas e desafios. In: **Temas atuais do Ministério Público Federal**. Organizador Edilson Vitoreli. 4 ed. Salvador: JusPodivm. 2016. Pág 33-67.

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal. In: **Sistemas processuais penais/** organização Ricardo Jacobsen Gloeckner. 2ed. São Paulo: Tyrant Lo Blanch, 2021. Pág. 68-114

ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2020. 147p.

ZAFFARONI, Raul Eugênio. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 3ª Ed. Renavan. Rio de Janeiro. 222p.