

# RESQUÍCIOS INQUISITORIAIS PREJUDICIAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO BASEADO NO INQUÉRITO 4.781

Marcelo Augusto Fagundes Rodrigues\*

Leôncio Botelho\*\*

## RESUMO

O sistema acusatório, adotado na maioria das democracias ocidentais, em contrapartida da tentação em aplicar certos pontos do sistema passado, para resolver questões onde não há consenso sempre foi um tema polêmico e muito controvertido. Grande parte da sociedade ainda não conseguiu entender e assimilar os benefícios do sistema acusatório e muitos flertam com ideias revolucionárias sob o pretexto de favorecer o interesse coletivo ou público em detrimento aos interesses do indivíduo. É um assunto remoto, mas que, de tempos em tempos ressurgue ganhando força nos debates jurídicos frente a casos concretos, bem como decisões e ações de alguns poucos, porém importantes magistrados pertencentes às mais altas cortes do país e demais órgãos vinculados ao Poder Judiciário. Em recente decisão o Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal (STF) protagonizou a inserção de um inquérito denominado: Inquérito dos Atos Antidemocráticos, tido por muitos juristas como inconstitucional. O posicionamento dos demais ministros e a votação em plenário para a manutenção do mesmo geraram intensa polêmica em todo o país, movimentando diferenciados setores da sociedade, trazendo à tona, muito além de toda a questão jurídica, mas também, implicações morais, sociológicas e de diversas outras ordens. O panorama de intenso debate e o incomodo de pontos de vista conflitivos, amplamente cobertos pela mídia e seguidos de perto pelos distintos segmentos jurídicos, colocou luz no problema que pode ter criado certa instabilidade jurídica e política entre os poderes instituídos.

**Palavras-chave:** Sistema Acusatório; Inquérito; Atos Antidemocráticos; Inconstitucional.

## 1 INTRODUÇÃO

É pacífico na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que a Constituição Federal, no seu artigo 129, inciso I: “art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”

Esse dispositivo consagrou o Sistema Penal Acusatório para reger o Processo Penal brasileiro, concedendo ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública.

No mesmo sentido, a lei nº 13.964/2019, que incluiu o artigo 3º do atual Código de Processo Penal e confirmou entendimento adotado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, ao definir no referido dispositivo legal a estrutura acusatória no processo penal brasileiro, além de vedar expressamente a iniciativa do juiz na fase de investigação.

Diante dessas características, cabe ressaltar, no que se refere às investigações de natureza criminal e do sistema processual acusatório adotado no

---

\* Graduando em Direito pela Faculdade de Ipatinga.

\*\* Especialização em curso de especialização em segurança pública pela Fundação João Pinheiro, Brasil (2005). PROFESSOR da Universidade Presidente Antônio Carlos, Brasil.

Brasil, a iniciativa de instauração do inquérito pelo Poder Judiciário aparenta ser incompatível com esse sistema já que em teoria comprometeria a imparcialidade do julgador.

Ainda, no nosso ordenamento jurídico, para que o Estado possa exercer o seu poder de punir faz-se necessário que o exerça por meio de um processo penal em que seja respeitado os direitos e garantias fundamentais do acusado previstos na Constituição Federal de 1988.

No tocante as audiências de instrução e julgamento, sobretudo as criminais, é sabido que de praxe são realizadas sem a presença do membro do Ministério Público, titular da ação penal pública.

Os Tribunais Superiores parecem relativizar a questão baseados em construções retóricas pautadas na problemática disciplina de nulidades trazida pelo Código de Processo Penal Brasileiro. O mito da verdade real e a manipulação do princípio do *pas de nullité sans grief* fornecem a argumentação necessária àqueles que são partidários de uma visão utilitarista no processo penal, que, no exercício da jurisdição, acabam exercendo suas pretensões punitivas.

Desta forma, ao arripio dos preceitos constitucionais, promove-se esta prática, que mancha a pretensão acusatória elencada pelo constituinte de 1988. O acusado, assim, encontra-se perante o juiz que, ao realizar a audiência, se coloca em posição bastante complexa, podendo proceder de duas formas distintas: ou confere-se a fala à Defesa e restringe-se a prova testemunhal àquilo que decorreu de sua inquirição e, assim, compromete-se a atividade dialética entre as partes, fundamental ao regular desenvolvimento processual que será findo ao proferir de uma decisão que, teoricamente, deve ser produto da justa contraposição entre tese e antítese; ou pior, valendo-se da distorcida interpretação do artigo 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o juiz faz as vezes de acusador e complementa a inquirição das testemunhas, não para esclarecer pontos que possam, eventualmente, quedar-se obscuros, mas sim para produzir uma prova substancial que, ao final da instrução, pode por ele ser usada para embasar um decreto condenatório.

Posto esta breve introdução, no primeiro capítulo, pretende-se com este trabalho apresentar um breve contexto histórico, bem como conceituação dos sistemas processuais penais existentes, quais são: Inquisitório, Acusatório e o Misto, além de ressaltar qual é o sistema realmente utilizado no Brasil da atualidade.

Por fim, no segundo capítulo, far-se-á uma análise de certos pontos do processo penal, tidos por alguns como inconstitucionais e ilegais, baseado, sobretudo, nos atos realizados até então do famigerado Inquérito 4.781, à luz do atual sistema processual penal brasileiro, a Constituição e demais leis vigentes no país.

Quanto à metodologia, a pesquisa a ser realizada será classificada quanto a natureza como básica, quanto a abordagem, será classificada como qualitativa por utilizar conteúdos já publicados para análise do problema, quanto aos objetivos, exploratória, por usar do levantamento bibliográfico pelo método hipotético-dedutivo.

## **2 CONTEXTO HISTÓRICO**

### **2.1 Sistemas Processuais Penais**

Princípio da ação, ou da demanda, indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional. Denomina-se ação o direito (ou poder)

de ativar os órgãos jurisdicionais, visando à satisfação de uma pretensão. A jurisdição é inerte e, para sua movimentação, exige a provocação do interessado. É justamente isso que se denomina princípio da ação. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 66)

A estrutura do processo penal variou ao longo dos séculos, conforme o predomínio da ideologia punitiva ou libertária. Um renomado autor desta área de conhecimento, Goldschmidt, afirma que a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição. De acordo com (LOPES JR., 2019, p. 44):

Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos. A doutrina brasileira, majoritariamente, aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto (predomina o inquisitório na fase pré processual e o acusatório, na processual).

Pode-se dizer que a expressão “sistema é misto” é insuficiente e considerado reducionismo ilusório, visto que não existem mais sistemas puros, pois os mesmos são históricos. Todos os sistemas são mistos. Partindo do ponto que reconhecido a não mais existência de sistemas puros, deve-se identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, visto que essa classificação feita a partir do seu núcleo é de importante relevância. (LOPES JR., 2019, p. 44)

Primeiramente é necessário entender o conceito de Sistema Processual Penal. Tal definição é: sistema Processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.

Assim, conclui-se que para que o Estado possa aplicar uma pena de forma legítima é necessário o estabelecimento de regras e princípios a serem obedecidas e seguidos pelo próprio Estado e demais sujeitos processuais, a fim de garantir ao acusado direitos e garantias fundamentais (MESSIAS, 2021).

## 2.2 Sistema Processual Inquisitório

Tanto no processo penal como no civil a experiência mostra que o juiz que instaura o processo por iniciativa própria acaba ligado psicologicamente à pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela. Trata-se do denominado processo inquisitivo, o qual se mostrou sumamente inconveniente pela constante ausência de imparcialidade do juiz. E assim, a ideia de que *tout juge est procureur general* acabou por desacreditar-se, dando margem hoje ao processo de ação, que, no processo penal, corresponde ao processo acusatório. No processo inquisitivo, onde as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em um único órgão, é o juiz que inicia de ofício o processo, que recolhe as provas e que, ao final, profere a decisão. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 67)

Ainda sobre o processo inquisitivo, (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 67) destacam:

Por contingências históricas, o processo inquisitivo apresenta as seguintes características: é secreto, não contraditório e escrito. Pela mesma razão,

desconhece as regras de igualdade ou da liberdade processuais; nenhuma garantia é oferecida ao réu, transformado em mero objeto do processo, tanto que até torturas são admitidas no curso deste para obter a “rainha das provas”: a confissão. A rigor, é em tese concebível que, mesmo em um sistema inquisitivo, tais aspectos deixem de se apresentar. Mas, mesmo que possa haver nele, em tese, o exercício da defesa e do contraditório, sempre lhe faltariam elementos essenciais ao denominado devido processo legal, como a publicidade e a posição equidistante do juiz com relação às partes e às provas.

O sistema inquisitório é um modelo histórico na sua pureza. Até o século XII, predominava o sistema acusatório, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo. As transformações foram ocorrendo ao longo do século XII até o XIV, quando o sistema acusatório foi sendo substituído, lentamente, pelo inquisitório. (LOPES JR., 2019, p. 45)

Com relação à prova, imperava o sistema legal de valoração (tarifa probatória). A sentença não produzia coisa julgada, e o estado de prisão do acusado no transcurso do processo era regra geral. (LOPES JR., 2019, p. 45)

No transcurso do século XIII foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, para reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. Inicialmente, eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos que tivessem conhecimento. Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas, encarregadas de investigar e seguir o procedimento. (LOPES JR., 2019, p. 45).

Na definição de (JACINTO COUTINHO, *apud* LOPES JR., 2019, p. 45-46):

Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agente do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com a finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos –, mantém-se hígido.

Trata-se, em essência, o sistema inquisitório da aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, que é senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa, o juiz-ator, busca a prova, iniciativa e gestão, e decide a partir da prova que ela mesma produziu. (LOPES JR., 2019, p. 46)

No sistema inquisitorial são abolidos a acusação e a publicidade. O juiz inquisidor atua de ofício e em segredo, assentando por escrito as declarações das testemunhas (cujos nomes são mantidos em sigilo, para que o réu não os descubra). (LOPES JR., 2019, p. 46)

Em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado, principalmente por incidir juristas, advogados e demais agentes a incidir em erro psicológico, que é crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas ao mesmo tempo no processo, como investigar, acusar, defender e julgar. (LOPES JR., 2019, p. 46)

Ainda, segundo (LOPES JR., 2019, p. 46-47), as principais características do sistema inquisitório são:

- gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz (figura do juiz-ator e do ativismo judicial = princípio inquisitivo);
- ausência de separação das funções de acusar e julgar (aglutinação das funções nas mãos do juiz);
- violação do princípio *ne procedat iudex ex officio*, pois o juiz pode atuar de ofício (sem prévia invocação);
- juiz parcial;
- inexistência de contraditório pleno;
- desigualdade de armas e oportunidades.

### 2.3 Sistema Processual Acusatório

O processo acusatório – que prevaleceu em Roma e em Atenas – é um processo penal de partes, em que acusador e acusado se encontram em pé de igualdade; é, ainda, um processo de ação, com as garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório e da publicidade. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 67)

O Sistema Acusatório, ao contrario do Inquisitório, tem como característica principal a separação das funções de acusar, defender e julgar, as quais estão distribuídas a sujeitos processuais diferentes. Logo aquele que julga a demanda necessariamente não poderá acumular as funções de acusar e defender.

Assim, (MESSIAS, 2021, p. 19) conclui sobre o sistema acusatório:

Assim, conclui-se que, diferentemente do Sistema Inquisitivo, no Sistema Acusatório o contraditório está presente, já que existe paridade entre acusação e defesa, tendo em vista que essas funções são desempenhadas por pessoas distintas, preservado dessa forma, a imparcialidade do julgador que não mais concentrará as demais funções processuais.

No Sistema Acusatório vigora ainda, como regra, os princípios da oralidade e da publicidade dos atos processuais, muito embora, historicamente, em várias fazes do direito Romano, o Sistema Acusatório tenha sido escrito e sigiloso. (MESSIAS, 2021, p. 19)

É importante destacar que a posição do “juiz” é fundante da estrutura processual. Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da base de ofício da prova), fortalece-se a dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador. O estudo dos sistemas processuais na atualidade tem que ser visto com o “olhar da complexidade” e não mais com o “olhar da Idade Média”. Significa dizer que a configuração do “sistema processual” deve atentar para a garantia da “imparcialidade do julgador”, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo isso à luz da Constituição. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero *objeto* para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal (LOPES JR., 2019, p. 48).

Por última, é a separação das funções e, conseqüentemente, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz, que torna possível a imparcialidade. De todos os sistemas, somente no processo acusatório-democrático, onde o chamado juiz-espectador se afasta da esfera de atuação das partes, podemos ter a figura do juiz imparcial. (LOPES JR., 2019, p. 48)

O sistema processual acusatório se caracteriza, segundo (LOPES JR., 2019, p. 47) por:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a atividade probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantem-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio ao labor da investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) o procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

## 2.4 Sistema Processual Misto

O chamado “Sistema Misto” nasce com o Código Napoleônico de 1808 e a divisão do processo em duas fases: fase pré-processual e fase processual, sendo a primeira de caráter inquisitório e a segunda acusatória. É a definição geralmente feita do sistema brasileiro (misto), pois muitos entendem que o inquérito é inquisitório e a fase processual acusatória (pois o MP acusa):

É lugar comum na doutrina processual penal a classificação se “sistema misto”, com a afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondências com o demais. Ademais, muitos ainda estão atrelados à reducionista concepção histórica de que bastaria a mera “separação inicial” das “funções de acusar e julgar” para caracterizar o processo acusatório. (LOPES JR., 2019, p. 50).

A divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter “misto”.

Logo, segundo (LOPES JR., 2019, p. 50) esse pensamento tradicional do sistema misto, criticado por alguns, deve ser revisado porque:

- é reducionista, na medida em que atualmente todos os sistemas são mistos, sendo os modelos puros apenas uma referência histórica;
- por ser misto, é crucial analisar qual o núcleo fundante para definir o predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória, ou seja, se o princípio informador é o inquisitivo (gestão da prova nas mãos do juiz) ou acusatório (gestão da prova nas mãos das partes);
- a noção de que a (mera) separação das funções de acusar e julgar seria suficiente e fundante do sistema acusatório é uma concepção reducionista, na medida em que de nada serve a separação inicial das funções se depois se permite que o juiz tenha iniciativa probatória, determine de ofício a coleta de provas (vide art. 156, CPP), decrete de ofício a prisão preventiva, ou mesmo

condene diante do pedido de absolvição do Ministério Público (problemática do art. 385, CPP);

- a concepção de sistema processual não pode ser pensada de forma desconectada do princípio supremo do processo, que é a imparcialidade, pois existe um imenso prejuízo que decorre de pré-juízos (conforme consolidada jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos), isto é, juiz que vai de ofício atrás da prova está contaminado e não pode julgar, pois ele decide primeiro (quebra da imparcialidade) e depois vai atrás da prova necessária para justificar a decisão já tomada (quebra da concepção de processo como procedimento em contraditório);
- o ativismo judicial quebra o imprescindível contraditório e o provimento judicial deixa de ser construído em contraditório para ser um mero ato de poder (decisionismo).

O processo tem por finalidade buscar a reconstituição de um fato histórico, de modo que a gestão da prova é erigida ao centro do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir de dois princípios informadores:

- princípio dispositivo ou acusatório: funda o sistema acusatório, a gestão da prova está nas mãos das partes (juiz-espectador).
- Princípio inquisitivo: a gestão da prova está nas mãos do julgador (juiz-ator [inquisidor]; por isso, ele funda um sistema inquisitório).

Está, pois em plena razão (JACINTO COUTINHO *apud* LOPES JR., 2019, p. 51):

*Quando explica que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Os sistemas, assim como os paradigmas e o tipo ideais, não podem ser mistos; eles são informados por um princípio unificador. Logo, na essência, o sistema é sempre puro. O fato de ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetificação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.*

Portanto, para que é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. (LOPES JR., 2019, p. 51)

É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz. (LOPES JR., 2019, p. 52)

Não há que se negar a imprescindibilidade do contraditório, principalmente em um regime democrático. Isto somente é possível numa estrutura acusatória na qual o juiz se mante alheio, e em decorrência disso, possa assegurar a igualdade de tratamento e oportunidade às partes. (LOPES JR., 2019, p. 52)

Destaca FREDERICO MARQUES *apud* NUCCI que:

*O sistema chamado de misto é, em ultima ratio, o próprio sistema acusatório, visto que a fase em que ele se encerra, à do denominado juízo penal, em tudo obedece às regras e princípios do processo penal, como relação jurídica e actus trium personarum. A instauração preliminar integra o exercício da tutela penal, não para o julgamento da lide penal, e sim como*

fase destinada a preparar a instauração do juízo ou processo penal. [...] Alias, pode dizer-se que, de um modo geral, é misto o sistema de tutela penal de quase todos os ordenamentos jurídicos em que a Justiça Penal foi processualizada, uma vez que o exercício da tutela penal tem início com procedimentos persecutórios e informativos, destinados a preparar a ação penal. Onde não há o juizado de instrução, ou naquelas legislações em que a instrução preliminar está entregue a órgãos não judiciais, também existe o sistema misto, uma vez que a fase preparatória da tutela penal se caracteriza como inquisitiva.

Por fim, confrontando os demais sistemas existentes, o sistema brasileiro ainda é um dos mais liberais que o mundo conhece. Temos a investigação inquisitória, visto que a acusação não pode ser eficiente sem essa base inquisitiva, mas em compensação, toda a fase judicial é inteiramente contraditória, desde o seu início.

## 2.5 Sistema Processual Penal Brasileiro

O sistema adotado no Brasil era o misto; hoje, após a reforma realizada pela Lei 13.964/2019, é o acusatório mitigado. Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, indicam um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal (NUCCI, 2020, p. 114).

O processo penal brasileiro é ainda classificado, por grande parte da doutrina, como misto, ou seja, inquisitório na primeira fase (inquérito) e acusatório na fase processual.

Não concordamos com tal afirmação. Inicialmente porque, como já apontado, dizer que o sistema é “misto” é não dizer quase nada sobre ele, pois misto todos são. O ponto crucial é verificar o núcleo, o princípio fundante, e aqui está o problema. Outros preferem afirmar que o processo penal brasileiro é “acusatório formal”, incorrendo no mesmo erro dos defensores do sistema misto. [...]. Pensamos que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é *misto*, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz. (LOPES JUNIOR, 2019, p. 52).

A adoção de princípios acusatórios não significa, a eleição de um sistema de persecução penal baseado exclusivamente no molde acusatório. É necessário que a legislação ordinária, de alguma forma, acompanhe esses princípios, estabelecendo ritos, procedimentos, regras, meios de prova, recursos, entre outros. Ou que os Tribunais sigam muito mais a Constituição Federal do que o Código de Processo Penal, o que não ocorre na prática. (NUCCI, 2020, p. 114-115)

Se fôssemos seguir exclusivamente o que está disposto na Constituição Federal, particularmente, elegendo certos incisos do artigo 5º, poder-se-ia dizer que o sistema de persecução penal brasileiro é acusatório puro, algo distante da realidade. (NUCCI, 2020, p. 115)

Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo, há entendimento, conforme a lei 13.964 (pacote anticrime), contrário ao que acontece

na prática no mundo jurídico. Existe formalmente uma separação, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, não deveria haver permissão para que o juiz assumisse um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, o juiz de ofício converter a prisão em flagrante em preventiva (art. 310), pois isso equivale a “prisão decretada de ofício”, quando há necessidade de representação pela prisão preventiva pela autoridade policial ou Ministério Público; ou mesmo decreta a prisão preventiva de ofício no curso do processo (o problema não está na frase, mas, sim, no atuar de ofício!), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127); ouça testemunhas além das indicadas (art. 209); proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196); determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, incisos I e II); reconheça agravantes ainda que não tenha sido alegadas (art. 385); condene, ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), altere a classificação jurídica do fato (art. 383), etc. (LOPES JR., 2019, p. 53)

Neste contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o art. 156, incisos I e II, do CPP, e outros enumerados no parágrafo anterior, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra de igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, acabam com a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado o processo inquisitório. A posição do juiz é ponto nevrálgico da questão, na medida em que “ao sistema acusatório lhe corresponde um juiz-espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos e, por isso, mais sábio e experiente; o rito inquisitório, porém, exige, sem embargo, um juiz-ator, representante do poder punitivo e, por isso, um enxerido, versando no procedimento e dotado de capacidade de investigação.” (LOPES JR., 2019, p. 53).

Desta forma, torna-se evidente a insuficiência de uma separação inicial de atividades se, logo depois, o juiz assume um papel claramente inquisitorial. É necessário que o juiz mantenha uma postura de afastamento da área das partes, ao longo de todo o processo.

Precisamos compreender que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo legal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma espécie de “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório, como por exemplo, os artigos 156 e 385 do CPP, pois são “substancialmente inconstitucionais”. (LOPES JR., 2019, p. 54).

Assumindo, portanto, o problema estrutural do CPP, o desafio passa a ser a acoplagem constitucional e a filtragem constitucional, extinguindo, utilizando critérios de eficácia todos aqueles dispositivos que, aliados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória. (LOPES JR., 2019, p. 54).

### **3 O INQUÉRITO 4.781 E SEUS PARADOXOS PROCESUAIS**

#### **3.1 Da Instauração do Inquérito de Ofício**

Segundo (MESSIAS, 2021, p. 23) e baseado em fato de amplo conhecimento, em 14/03/2019, por meio da Portaria GP 69/2019, o Ministro do STF Dias Toffoli, então presidente do Tribunal, instaurou o inquérito 4.781 cujo objetivo era apurar

ofensas e ameaças contra ministros e familiares dos membros da Suprema Corte, designando na mesma ocasião o Ministro Alexandre de Moraes para conduzir as investigações do procedimento, com fundamento no art. 43 e seguintes do Regimento Interno da Suprema Corte, regimento este que é anterior à Constituição Brasileira e ao Código de Processo Penal atual.

A referida Portaria, que na íntegra de seus dizeres diz:

O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno, CONSIDERANDO que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 13, I); CONSIDERANDO a existência de notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus *calumniandi*, *diffamandi* e *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, RESOLVE, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda a sua dimensão. Designo para a condução do feito o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução. (MESSIAS, 2021, p. 23)

A instauração de tal inquérito é uma violação clara do sistema acusatório, que é o adotado no Brasil, como demonstra o art. 3º-A do Código de Processo Penal que na sua letra diz: “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”. Além disso, na mesma Portaria tivemos a designação de um Ministro que passou a determinar diligências de ofício com buscas e apreensões, quebras de sigilo bancário, fiscal etc., ordens judiciais contra sites de notícias e redes sociais, e até mandados de prisão, tudo isso sem qualquer pedido do Ministério Público Federal (MPF) ou da autoridade policial competente. (LOPES JR.; MATIDA; COUTINHO; NARDELLI; ROSA, 2021)

Diante desses fatos, não tardou para que a então, Procuradora Geral da República, Raquel Dodge fizesse uma manifestação alertando para a violação escancarada do sistema acusatório constitucional e postulando imediato arquivamento, que não foi acolhido. Interessante destacar como o STF insistiu – e insiste em investigar, mesmo quando o acusador (MP) já disse que não concorda e não iria acusar. Mais do que o que foi posto, ainda que sem competência para tal, a Suprema Corte parece teimar em investigar o que depois irá julgar, violando princípio de juiz natural. (LOPES JR.; MATIDA; COUTINHO; NARDELLI; ROSA, 2021)

Quanto ao Princípio do juiz natural, imparcial e o princípio da consequencial da iniciativa das partes e da motivação das decisões, segundo (NUCCI, 2020, p. 158), o autor estabelece que: “É direito do réu ser julgado por um juiz previamente determinado por lei e pelas normas constitucionais, acarretando, por consequência, um julgamento imparcial.”

Este pensamento encontra previsão no art. 5º, inciso LIII, da Constituição. E também existe a vedação ao juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, inciso XXXVII, CF), ou seja, a nomeação de um juiz ou a constituição de um tribunal, após a prática de um delito, especialmente para julgar o seu autor. É lógico, que um tribunal ou juízo nesses conformes não pode ser considerado natural. Os chamados juízos de exceção têm enorme possibilidade de não serem imparciais, justamente porque foram criados para analisar um caso concreto já ocorrido. E como é sabido, pelas

regras constitucionais, todos têm direito a um julgador sem paixões e justo, previamente existente. (NUCCI, 2020, p. 158)

Cabe ressaltar que, quando houver alteração na organização judiciária, criando-se, por exemplo, uma Vara especializada em determinada matéria, percebe-se que os feitos pertinentes a tal assunto, objeto de processos criminais distribuídos e encaminhados a nova Vara específica. Neste caso não existe nenhum atentado ao princípio do juiz natural, uma vez que este busque, em meta maior, o juiz imparcial. A mera criação de uma Vara especializada não faz nascer, necessariamente, nenhuma espécie de parcialidade, pelo fato de ser medida genérica e válida para todos os casos relativos à mesma matéria. Resumindo, não há idealização, muito menos construção de um juízo de exceção, voltado especificamente a um réu. (NUCCI, 2020, p. 158-159)

Assegurando-se o juiz natural, em último grau, estabelece-se a regra do juiz imparcial. Entretanto, por mais cautela que se tenha na elaboração de leis, é possível que um determinado caso chegue às mãos do magistrado parcial. Essa falta de isenção pode decorrer de fatores variados: corrupção, amizade íntima ou inimizade capital com alguma das partes, ligação com o objeto do processo, conhecimento pessoal sobre o fato a ser julgado etc. Nota-se, portanto, que não basta ao processo penal o juiz natural. Demanda-se igualmente o juiz imparcial, motivo pelo qual o Código de Processo Penal coloca à disposição do interessado as exceções de suspeição e de impedimento, para buscar o afastamento do magistrado não isento. Esse princípio é constitucionalmente assegurado, embora de maneira implícita. (NUCCI, 2020, p. 159).

Ingressa no sistema pela porta do art. 5º, §2º, da Constituição, *in verbis*: “Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja Parte.”

Não somente o princípio do juiz imparcial decorre do juiz natural – afinal, este sem aquele não tem finalidade útil –, como também é fruto do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), firmado pelo Brasil e em vigor desde 1992. (NUCCI, 2020, p. 159).

Verifica-se no art. 8º, item 1, o seguinte: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos ou obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (NUCCI, 2020, p. 159)

Da mesma forma, interessante observar que sobre o juiz natural e imparcial surge uma questão com a lei 12.694/2012, que permite a instalação de colegiados de juízes, em primeira instância, deliberando acerca de importantes matérias no cenário de crimes cometidos por organizações criminosas. De imediato, a referida lei não fere o princípio constitucional do juiz natural e imparcial, devido a expressa previsão em lei sobre o funcionamento e quando é viável sua convocação. (NUCCI, 2020, p. 159)

Em processo penal, tais regras são absolutas: o juiz não atua de ofício para inaugurar a ação penal e conduz sob impulso oficial, mesmo diante do desdém de qualquer das partes (art. 2º, CPC). Cabe ao titular da ação penal, que é o Ministério Público (art. 129, I, CF), como regra, providência. Não propondo a ação penal, no prazo legal, pode o particular ofendido tomar a iniciativa (art. 5º, LIX, CF). E mais: deve o magistrado julgar o pedido nos estritos limites em que foi feito, não podendo

ampliar a acusação, piorando a situação do réu, sem aditamento da denúncia, promovido por quem de direito. (NUCCI, 2020, p. 160)

No tocante ao princípio mencionado no parágrafo anterior, registra-se a uma exceção, mencionando que a execução penal pode ter início por atuação *de ofício* do magistrado: “O procedimento judicial iniciar-se-á de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa” (art. 195, Lei 7.210/84).

### **3.2 Da competência para apuração das infrações contra Ministros e seus familiares**

O caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz deve colocar-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer sua função dentro do processo. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p 61)

A incapacidade subjetiva do juiz, originária da suspeita da imparcialidade do juiz, afeta profundamente a relação processual. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 61)

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial: e o Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 61-62)

Quando um ministro ou seus familiares são vítimas de algum crime, a competência para a apuração de tais crimes é da Polícia Civil ou Federal, em paralelo com o Ministério Público. O que não pode ocorrer é que o próprio STF avocar com base no Regimento Interno da corte uma competência não existente na Constituição da República (art. 102). Existe nessa questão um paradoxo dentro do paradoxo, visto que o Regimento Interno do STF atribui prerrogativa ao presidente da corte de instaurar inquérito ou de designar a atribuição a outro ministro se ocorrer infração penal na sede ou dependência do tribunal que envolva autoridade ou pessoa sujeita a sua jurisdição. (LOPES JR; MATIDA; COUTINHO; NARDELLI; ROSA, 2021)

Fora aplicado ao caso em questão o parágrafo 1º do Regimento Interno do STF, que dispõe “nos demais casos” pode o presidente proceder da mesma forma ou “requeritar a instauração de inquérito à autoridade competente”. No entanto a expressão “demais casos” deveria ser entendida como aqueles que não envolvam autoridade ou pessoa sob jurisdição do STF, mas que ainda assim ocorram nas dependências do tribunal, ou seja, no prédio físico, correspondente ao STF. Neste caso, entender-se-ia como hipótese de *contempt of court* (desrespeito ao tribunal) e a partir daí considerar legítima a atuação da corte. Porém, tal ação significa romper com a normatividade em nome da conveniência, além de não atender à lógica do instituto segundo a dinâmica do *common law*. (LOPES JR.; MATIDA; COUTINHO; NARDELLI; ROSA, 2021)

O judiciário não pode se defender por si, visto que a proibição de ser juiz em casos em que se é vítima é um dos pilares do Estado Democrático. Logo, fazer subir a investigação não sendo competente para conhecer da ação penal é um profundo

erro. A futura ação penal, se for o caso, não seria de competência para julgamento no STF. (LOPES JR.; MATIDA; COUTINHO; NARDELLI; ROSA, 2021)

### 3.3 Da prática do *fishing expedition* defensiva

O inquérito 4.781, inquisitório, sobreviveu e seguiu aberto até os dias atuais, representando uma *fishing expedition defensiva* do próprio Superior Tribunal Federal, que parece não acreditar e não confiar nas instituições as quais a Constituição atribuiu o poder de investigar, ou seja, o Ministério Público e a Polícia Judiciária. (LOPES JR.; MATIDA; COUTINHO; NARDELLI; ROSA, 2021)

No entanto precisamos definir e exemplificar do que se trata o termo “*fishing expedition*”.

Trata-se de uma pescaria probatória, ou seja, é a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem “causa provável”, alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém. (ROSA, 2021)

Denomina-se pescaria (ou expedição) probatória, segundo Rosa (2021), a prática relativamente comum de se aproveitar dos espaços de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se direitos fundamentais, para além dos limites legais.

O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fígados, muito menos a quantidade, mas tem “convicção” (o agente não tem provas, mas tem convicção). (ROSA, 2021).

Com o uso de tecnologia, cada vez mais se obtém a prova por meios escusos (especialmente em unidades de inteligência e/ou investigações paralelas, todas fora das regras democráticas). Geralmente, esses elementos obtidos às escusas, são adquiridos por meio de investigações de origem duvidosa, como: “encontro fortuito” dissimulado, ou, ainda, por “denúncias anônimas *fakes*.” (ROSA, 2021)

Ainda sobre o conceito de *fishing expedition*, de acordo com SILVA e SILVA 2019 *apud* ROSA, 2021 afirma que é:

investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que ‘lança’ suas redes com a esperança de ‘pescar’ qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação. Ou seja, uma investigação prévia, realizada de maneira muito ampla e genérica para buscar evidências sobre a prática de futuros crimes. Como consequência, não pode ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de malferimento, das balizas de um processo penal democrático de índole Constitucional. Se o primeiro passo do *fishing expedition* é mascarar a ilegalidade dos procedimentos de investigação, o próximo passo é a tentativa de legitimar o ato. Assim, da mesma forma como ocorre uma expedição de pesca quando os pescadores angariam algum peixe e se juntam para tirar uma foto e exibir o pescado, também ocorre na expedição probatória do processo penal.

Outro ponto é sobre a vedação ao *fishing expedition*, que é entendido como uma consequência lógica da garantia contra a autoincriminação. Segundo (ROSA, 2021), as origens históricas remontam às cortes eclesiásticas inglesas, em que, após colhido o juramento, precedia-se à investigação de acusações desconhecidas, um verdadeiro ato de pescaria, equivalente ao juízo final. Premida pelo juramento, a vida da pessoa era escrutinada. As garantias constitucionais colocam barreiras às

práticas ilegais, embora os agentes oportunistas se valham das “brechas” legais ou instrumentalização dos institutos processuais.

A criatividade dos agentes públicos oportunistas em utilizar de diligências, com ou sem autorização, visando colocar em prática a expedição probatória pode se configurar de diversas formas, dentre as quais se destacam: busca e apreensão sem alvo definido, tangível ou descrito no mandado (mandados genéricos); Vasculhamento de todo o conteúdo do celular/computador apreendido; Continuidade da busca e apreensão depois de obtido o material objeto da diligência; Investigações criminais dissimuladas de fiscalizações de órgãos públicos (Receita Federal, Tribunais de Contas, etc.); Interceptação ou monitoramento por períodos longos de tempo; Prisão temporária ou preventiva para “forçar” a descoberta ou colaboração premiada ou incriminação; Buscas pessoais (ou residenciais) desprovidas de “fundada suspeita” prévia e objetiva; e, Quebra de sigilo (bancário, fiscal, dados, etc) sem justificativa do período requisitado. (ROSA, 2021)

### 3.4 Do Mandado de Prisão em Flagrante contra o Deputado Federal Daniel Silveira

Em fevereiro de 2021 surgiu o inusitado mandado de prisão em flagrante expedido pelo ministro Alexandre de Moraes contra o deputado federal Daniel Silveira. Sobre as falas do deputado, nenhuma dúvida resta sobre a reprovabilidade das mesmas, as quais necessitam punição adequada e justa. Retornando ao assunto, a insólita decisão do ministro Alexandre de Moraes, também vítima dos crimes contra honra perpetrados pelo então deputado, de determinar a prisão em flagrante gerou intenso debate. (LOPES JR.; MATIDA; COLTINHO; NARDELLI; ROSA, 2021)

Segundo Lopes Jr.; Matida; Coutinho; Nardelli; Rosa (2021):

De um lado aqueles que sustentam não se tratar de crime permanente, mas, sim, um crime instantâneo de efeitos permanentes. Nesse caso, a prisão em flagrante é ilegal *ab initio*. De outro, aqueles que admitem a tese do ministro – de que existe crime permanente – e, portanto, o teor do artigo 303 do CPP, haveria uma situação de flagrante igualmente permanente. Finalmente, aqueles que sustentam que, embora seja crime instantâneo, a prisão ainda se qualificaria justificadamente como em flagrante pois realizada “logo após”, tal como previsto na disposição legal.

Ainda sobre o caso da prisão do deputado federal, existem duas modalidades de imunidade parlamentar: a matéria, também chamada de penal ou absoluta (CF, art. 53, *caput*), e a processual ou formal. A imunidade processual subdivide-se em: (a) garantia contra a instauração de processo (CF, art. 53, §§ 3º, 4º e 5º); (b) direito de não ser preso, salvo em caso de flagrante por crime inafiançável (CF, art. 53, § 2º); (c) direito ao foro privilegiado (competência originária do STF para processar deputados e senadores – CF, art. 53, § 1º); (d) imunidade para servir como testemunha (CF, art. 53, § 6º). (CAPEZ, 2016, p. 131)

Deputados Federais e Senadores da República, segundo o art. 53, *caput* da CF: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”, *caput* este, determinado pela Emenda Constitucional n. 35, de 20-12-2001. Portanto, foi da vontade dos Legisladores, à partir de 2001, ampliar a liberdade de expressão dos parlamentares, concedendo imunidade material irrestrita, visto que a letra da lei é muito clara e também porque os mesmos, quando eleitos, e já a posse de seus mandatos, não representam

somente suas opiniões particulares, mas a de milhares, talvez milhões de eleitores que depositaram seus votos e sua confiança nos mesmos. (CAPEZ, 2016, p. 132)

Já, quanto às imunidades processuais, cabe analisar duas questões: a primeira, referente ao direito de não ser preso, salvo em caso de flagrante crime inafiançável, previsto no art. 53, § 2º da CF. cabe ressaltar que são crimes inafiançáveis aqueles que não admitem o pagamento de fiança para soltura do preso, sendo, entre outros, os crimes dolosos contra a vida, hediondos, de tortura, tráfico de entorpecentes, terrorismo e racismo. Observa-se na questão do Deputado Daniel Silveira, que não houve prática de crimes inafiançáveis. Houve na questão apenas o direito do parlamentar de “parlar”, ou seja, falar pelos seus representados. No máximo, o deputado poderia ser enquadrado em algum dos crimes contra a honra, previstos nos artigos 138, 139 e 140, todos do CP. (CAPEZ, 2016, p. 133)

Em segundo, referente ao foro privilegiado dos deputados e senadores, no que tange à competência originária do STF para processar os mesmos, previsto no art. 53, § 1º da CF, como foi dito no parágrafo anterior, deputados e senadores só devem ser julgados caso cometam crimes inafiançáveis e mesmo que a jurisprudência do próprio STF permitisse o julgamento de “crimes” contra a honra ou de ameaça (art. 147, CP), é ilegal que as vítimas do crime, que são os próprios ministros do STF, julguem, mandem investigar e executem a devida punição ao pretense agressor.

Concluindo, as imunidades de deputados e senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva (no caso em questão, Câmara dos Deputados), nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso que seja incompatível com a execução da medida (CF, art. 53, § 8º).

### **3.5 Da possibilidade da Prisão de um Parlamentar Federal**

Um Deputado Federal apenas pode ser preso em flagrante delito por crime inafiançável, sendo o rol desses crimes estabelecido pela Constituição. Neste situação o Ministro Alexandre de Moraes fez um contorcionismo jurídico invocando o artigo 324, IV, do CPP, além de desconsiderar que na questão se prevê uma situação de inafiançabilidade (pois se cabe prisão preventiva e ela é necessária, existe uma incompatibilidade lógica em relação à concessão de fiança) que não se confunde com o rol de crimes inafiançáveis previstos na Constituição (e que não se encaixam no caso em questão). (LOPES JR.; MATIDA; COUTINHO; NARDELLI; ROSA, 2021)

Para a elucidação deste ponto, basta a apreciação e leitura dos seguintes dispositivos legais que serão expostos na íntegra quais são: artigos 312, 324, inciso IV e 282, § 4º ambos do CPP; artigos 53, § 2º e 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, ambos da Constituição Federal, não necessariamente nesta mesma ordem:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras ou votos.

[...]

§2º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria dos seus membros, resolva sobre a prisão;

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e imprescritíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitem;

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

[...]

IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º. A decisão de decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

§ 4º. No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 desse Código.

### 3.6 Da Manutenção da Prisão do Deputado

A prisão em flagrante não pode manter alguém preso por si só, sem a decretação de prisão preventiva ou temporária. É uma medida pré-cautelares, precária (tanto que pode ser efetivada por qualquer pessoa) que vige até a apresentação na audiência de custódia. Até pouco tempo atrás, o Deputado Daniel Silveira estava submetido à uma prisão absolutamente ilegal, pois flagrante não é um título prisional válido para prolongar-se assim no tempo. (LOPES JR.; MATIDA; COUTINHO; NARDELLI; ROSA, 2021)

Primeiramente, é preciso conceituar o que é prisão, que segundo Capez (2016, p. 339):

É a privação da liberdade de locomoção em virtude de flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada na autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude da prisão temporária ou prisão preventiva.

Nessa linha de pensamento, além das hipóteses de flagrante delito e ordem escrita e fundamentada do juiz consubstanciada em um documento denominado mandado (CF, art. 5º, LXI), a Constituição Federal permite a constrição da liberdade nos seguintes casos: (a) crime militar próprio ou infração disciplinar militar; (b) em período de exceção, ou seja, durante estado de sítio (CF, art. 139, II). Além disso, “a recaptura do réu evadido não depende da prévia ordem judicial e poderá ser efetuada por qualquer pessoa” (CPP, art. 684).

De acordo com Capez (2016, p. 352), sobre o termo prisão em flagrante:

O termo flagrante provém do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. É o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. É, portanto, medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção.

Ainda segundo Capez (2016), existem algumas espécies de flagrante, quais são:

- a) *Flagrante próprio* (também chamado de propriamente dito, real ou verdadeiro): é aquele em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la (CPP, art. 302, I e II). A expressão “acaba de cometê-la” deve ser interpretada de forma restritiva, no sentido de uma absoluta imediatidade, ou seja, o sujeito deve ser encontrado imediatamente após o cometimento da infração penal.
- b) *Flagrante impróprio* (também chamado de irreal ou quase flagrante): ocorre quando o agente é perseguido, logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir ser o autor da infração (CPP, art. 302, III). Admite um intervalo de tempo maior entre a prática do delito, a apuração dos fatos e o início da perseguição. Portanto, o termo “logo após” compreende o espaço de tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher as provas elucidadoras da ocorrência do delito e dar início à perseguição do autor.
- c) *Flagrante presumido* (ficto ou assimilado): o agente é preso, logo após cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que façam presumir ser ele o autor da infração (CPP, art. 302, IV). Não é necessário que haja perseguição, bastando que se encontre a pessoa, logo após a prática, em situação suspeita.
- d) *Flagrante compulsório ou obrigatório*: chama-se compulsório porque o agente é obrigado a efetuar a prisão em flagrante não tendo discricionariedade sobre a conveniência ou não de efetivá-la. Ocorre em qualquer das hipóteses previstas no artigo 302 e diz respeito à autoridade policial e seus agentes, que têm o dever de efetuar a prisão em flagrante.
- e) *Flagrante facultativo*: consiste na faculdade de efetuar ou não o flagrante, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Abrange todas as espécies de flagrante, previstas no art. 302, e se refere às pessoas comuns do povo.
- f) *Flagrante preparado ou provocado* (também chamado de delito de ensaio, delito de experiência, ou delito putativo por obra do agente provocador): trata-se de modalidade de crime impossível, pois, embora o meio empregado e o objeto material seja idôneos, há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade da produção do

resultado. Assim, existe flagrante preparado quando o agente, policial ou terceiro, conhecido como provocador, induz o autor à prática do crime, viciando a sua vontade, e logo após, efetua a prisão e flagrante.

- g) *Flagrante esperado*: a atividade do policial ou do terceiro consiste em simples aguardo do momento do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento ou instigação.
- h) *Flagrante prorrogado ou retardado*: consiste em retardar a interdição policial de que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.
- i) *Flagrante forjado* (também chamado de fabricado, maquiado ou urdido): os policiais ou particulares criam provas de um crime inexistente, colocando, por exemplo, no interior de um veículo substância entorpecente. Neste caso, além de, obviamente, não existir crime, responderá o policial ou terceiro por crime de abuso de autoridade.

### 3.7 Do papel da Câmara dos Deputados

No caso em questão, por se tratar de um Deputado Federal, era e para muitos continua sendo imprescindível a validação da prisão pela câmara dos Deputados (artigo 53, § 2º da CF), *in verbis*:

Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Por se tratar de um preso ou detido, deveria ter ocorrido ainda a audiência de custódia. Suponhamos que realmente tenha ocorrido prática de crime inafiançável por parte do Deputado Federal Daniel Silveira; mais ainda, tenha sido efetuada prisão em flagrante do deputado; qual seria as ordens dos atos? Pela lógica, primeiro a Câmara dos Deputados deve validar ou não a prisão em flagrante e, somente após, se validada, deve-se seguir a realização da audiência de custódia, de modo a que se discuta e se decida sobre a prisão preventiva (se pedida) ou a substituição por medidas cautelares diversas (artigo 319, CPP), *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-inimputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução de seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX – monitoração eletrônica.

Porém, ocorreram uma série de erros: foi feita uma audiência de custódia que não cumpriu com sua função, a qual, ao mesmo tempo, provou-se inútil, pois a prisão não havia sido avalizada pela Câmara dos Deputados. Em suma, a audiência de custódia serve para avaliar, sempre em contraditório e com oralidade, dois aspectos básicos, apresentados no artigo 310 do CPP: analisar se o flagrante é legal (homologar) ou ilegal (relaxar a prisão). Se legal (e o plenário do STF havia se manifestado nesse sentido, não passou de um faz de conta, nesse caso), obrigatoriamente deveria ter analisado se cabível a prisão preventiva (ou temporária), desde que existisse pedido expresso (nada de conversão de ofício, clara ilegalidade). Caberia então ao juiz a verificação da presença/ausência de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* para – se presentes –, em primeiro lugar, substituir pelas medidas cautelares constantes no artigo 319, quando adequadas e suficientes, ou, na hipótese de incabíveis estas cautelares diversas, apenas em último caso (*ultima ratio*), então, passar à decretação da prisão preventiva (LOPES JR.; MATIDA; COUTINHO; NARDELLI; ROSA. 2021)

Como vimos, no decorrer dos acontecimentos, apesar da série de ilegalidades processuais ocorridas contra o Deputado, praticamente todas as medidas cautelares foram aplicadas, apesar de não ter ocorrido a audiência de custódia de forma correta, a Câmara dos Deputados não ter sido consultada, formalmente, em nenhum dos procedimentos, além de outras questões.

#### 4 CONCLUSÃO

O desenvolvimento deste estudo possibilitou uma análise acerca do famigerado Inquérito nº 4.781 e seus desdobramentos para o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Considera-se que desde a sua instauração os paradoxos gerados são abundantes e não se encerram com este modesto trabalho. Conforme analisado, o Inquérito ajudou a contribuir para o fortalecimento cada vez maior de um chamado Ativismo Judicial, bem como para o aumento de uma instabilidade jurídica, além do acirramento de uma tensão entre os Poderes da República.

Como os fatos já demonstraram, o PGR já ofereceu no STF, em tempo recorde e nunca visto, a denúncia contra o Deputado Federal Daniel Silveira. Mas fica uma pergunta: Compete ao STF processar e julgar, já que o réu em questão tem prerrogativa de função? A resposta óbvia é que não! Justamente conforme uma Ação Penal da própria corte suprema (AP 937 STF), somente será julgado no STF se o crime for praticado durante o exercício do mandato e tiver relação com o exercício das funções de deputado, isto é, *propter officium*.

Neste caso, a própria denúncia ofertada no STF afirma categoricamente que não existia imunidade material pelas palavras porque as declarações do deputado não foram consideradas pela PGR como tendo relação com o mandato. E em todos os casos parecidos, diante da prática de ato vinculado ao cargo, o STF declinou, ou seja, rebaixou a competência para o primeiro grau.

Poderia acontecer, inclusive, se o Deputado Federal renunciasse seu mandato antes que se encerrasse a instrução, não haveria *perpetuatio jurisdictionis*, pois outro entendimento, da própria Ação Penal 937 é exatamente a seguinte: a partir do princípio da atualidade do exercício da função, se o deputado for cassado ou renunciar antes de encerrada a instrução, o feito deverá ser redistribuído para o primeiro grau, pois o Supremo Tribunal Federal não julga ex-deputados.

Além deste e dos demais atropelos, mencionados neste trabalho, o STF terá (ou deveria) de aceitar seu próprio entendimento, firmado justamente pelos ministros da atualidade. Entendimento este, restritivo de prerrogativa, para poder julgar este e outros casos subseqüentes, as quais os ministros são “vítimas”. Um casuísmo absurdo, autoritário e preocupante.

O respeito às regras do jogo e do juiz natural é de importância fundamental. É fácil defendê-las para quem gostamos ou quando se trata de nossos aliados, políticos ou não. Mas o compromisso com a democracia, que todas as instituições deveriam respeitar, sobretudo ao STF, que é o Guardião da Constituição, faz impor a sua defesa, sobretudo em favor daqueles de quem não gostamos, ou são nossos inimigos. Como deveria ser do conhecimento de todo e qualquer juiz, seja de primeiro grau, ou da Suprema Corte do país, “democracia seletiva” não pode existir.

Decidir é uma tarefa complexa e o cérebro, por seus sistemas S1 (implícito, rápido, automático, emotivo e sem esforço) e S2 (consciente, demorado, racional, desgastante e lógico), busca reduzir a complexidade da decisão. Embora os sistemas trabalhem em sequência, em face da demanda por resultados e por punição, não raro, utilizam-se de lugares comuns próprios do S1, facilitando o processo de tomada de decisão. Entretanto, esse modo de pensar leva muitas vezes a erros (vieses), dado que a reflexão não é convocada.

No campo do processo penal a situação é agravada pelo modelo de aparência racional, elaborado como um dever ser, desprezando-se os fatores reais de decisão. O modelo de tomada de decisão em que a capacidade e qualidade cognitiva, bem como o tempo e informações disponíveis pode alterar o resultado. Neste sentido, a lógica sistemática do *in dubio pro reo*, no caso da matriz inquisitória, passa a ser *in dubio pro hell*.

A presunção de inocência como regra de tratamento e premissa do estado de não culpabilidade no processo penal é manipulada pelo viés de confirmação adotado pela ampla maioria dos magistrados. Partindo-se da acusação como verdadeira o suporte de informações, ou provas, produzidas no decorrer do processo somente serve, mesmo que não suficientes, para confirmar o que já se havia cristalizado.

O desenrolar processual passa a ser de preenchimento dos significantes necessários ao projeto/acusação, desprezando-se os demais. Neste sentido, o processo inquisitório é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz. O estilo inquisitório é caracterizado por máquinas que operam com base no monólogo e em automatismos teoricamente perfeitos; nada é deixado ao acaso; prevê tudo o que julga.

Constitui-se assim uma “verdade” que reproduz as convicções pessoais do inquisidor, o qual extrai através da força a confirmação pelo réu da hipótese que ele, o juiz, fabrica.

O modelo processual inquisitorial dispensa a cognição e critérios objetivos, gerando uma subjetivação do processo: que os inquisidores busquem sempre condenar e que a máquina processual opere disposta para tal fim é demonstrativo de sua perversidade congênita. O modelo assenta-se na busca da verdade substancial, que por isso se configura como verdade máxima, perseguida sem

qualquer limite normativo aos meios de aquisição das provas ao mesmo tempo não vinculada, mas discricionária, no mínimo porque a indeterminação das hipóteses de acusação e o seu caráter avaliativo exigem, mais que provas, juízos de valor não contestáveis pela defesa, visando o fim de atingir a verdade qualquer que seja, pelos meios necessários, quaisquer sejam.

Os atores do processo penal permanecem propensos a violar direitos fundamentais e flexibilizar garantias, deformando na prática a estrutura regradada do devido processo legal e consagrando cada vez mais o decisionismo. Do ponto de vista jurídico-penal, a Constituição representa uma abertura democrática em sede processual, uma vez que nosso sistema processual penal ainda é animado por uma doentia ambição de verdade, que se recusa a arrefecer.

Em nome dessa insaciável busca, permanece imperando um processo penal do inimigo, cujo sentido consiste na obtenção da condenação a qualquer custo. Ainda temos que avançar muito, pois permanecemos presos a um núcleo de pensamento autoritário que é preciso urgentemente superar para fortalecer a democracia.

O funcionamento do sistema penal deve partir do necessário respeito ao princípio maior – a dignidade da pessoa humana – em oposição à lógica persecutória que no passado organizou sistemas voltados para a implacável perseguição dos indesejáveis, tidos como inimigos. E este conceito de inimigo parece estar se alargando, visto que antes se tratavam de indivíduos que cometem os crimes de: furto, roubo, estupro, assassinato entre outros.

Agora parece que inimigos são aqueles humanos indesejáveis que tem a audácia de dirigir palavras, às vezes duras, contra aqueles que detém o poder, seja ele judiciário, executivo ou legislativo, bastando que o receptor de tais críticas, seja um pouco mais sensível a tais críticas, o proliferador de tais dizeres passa a ser perseguido, seja ele um cidadão comum, ou um parlamentar federal, que goza de imunidade parlamentar.

Além do estudo bibliográfico a respeito da temática, o presente trabalho utilizou-se de uma pesquisa na legislação pertinente, com o objetivo de levantar dados sobre os sistemas processuais existentes, além de analisar à luz da legislação, jurisprudência e doutrinas o porque do Inquérito 4.781 estar tão equivocados. Restou claro que, além de ser ilegal, o referido inquérito, que ficou conhecido como “Inquérito do fim do mundo”, nome proferido por um ex-ministro, aposentado recentemente da Suprema Corte, o senhor Marco Aurélio Mendes de Faria Mello.

Nomeação esta que faz jus, pois foi e é uma medida utilizada para fins única e exclusivamente persecutórios de inimigos políticos da suprema corte quiçá de um grupo muito maior. Claro, trata-se apenas de especulações, nada dessa última afirmação conta com provas documentais, mas com certeza as dúvidas que pairam no ar são muitas.

## REFERÊNCIAS

ALVARES, Gabriela Pinto. **O Sistema Processual Penal Brasileiro e o Artigo 156 do Código de Processo Penal: da concepção declarada à evidenciada.** Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/93257/000911887.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 20 nov. 2021

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Lucas Ramos. **O Ranço Inquisitorial no Processo Penal Brasileiro**: a problemática da realização da audiência de instrução e julgamento sem a presença de representante do Ministério Público. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/37263>. Acesso em: 15 nov. 2021.

CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. **Vade Mecum tradicional**. 29. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. **Minicódigo Saraiva**: Código de Processo Civil, Constituição e legislação complementar. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. **Minicódigo Saraiva**: civil, constituição federal e legislação complementar. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 46. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KHALED JR., Salah H. **Ordem e progresso**: a invenção do Brasil e a gênese do autoritarismo nosso de cada dia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

KHALED JR. Salah H. **Ambição de verdade no processo penal**: uma introdução. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR. Aury; MATILDA, Janaina; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NARDELLI, Marcella Mascarenhas; ROSA, Alexandre Morais da. **A prisão do deputado Daniel Silveira e os paradoxos processuais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-26/limite-penal-prisao-deputado-daniel-silveira-paradoxos-processuais>. Acesso em: 13 jul. 2022.

MESSIAS, Márcio Ferreira. **A (In) constitucionalidade do Inquérito 4.781 à luz do Sistema Acusatório Brasileiro**. Disponível em:

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13887>. Acesso em: 10. nov. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **A prática de *fishing expedition* no processo penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>. Acesso em: 13 jul. 2022.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR. Salah H. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.