

IMPARCIALIDADE DO JUIZ NA REQUISIÇÃO DE ABERTURA DE INQUÉRITOS POLICIAIS: ENSAIO SOBRE A NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 5º, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO PELA ORDEM CONSTITUCIONAL

RVD

Recebido em
26.08.2021
Aprovado em.
16.11.2021

JUDGE'S IMPARTIALITY IN THE REQUEST FOR THE OPENING OF POLICE INVESTIGATIONS: ASSAY ON THE NON-RECEPTION OF ARTICLE 5, II, OF THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE BY THE CONSTITUTIONAL ORDER

Horígenes Fontes Soares Neto¹

Tales Rosa dos Santos²

RESUMO

O sistema acusatório exige o afastamento suficiente do juiz dos envolvidos e do objeto da causa para promover sua equidistância, conduzindo ao julgamento justo. Apesar disso, o art. 5º, II, do Código de Processo Penal brasileiro (CPP) brasileiro, possibilita a requisição de instauração de inquérito policial pelo juiz, nas hipóteses de crimes submetidos a ação penal pública, o que suscita dúvidas quanto a possível mácula da imparcialidade e inércia do julgador. Sob este prisma, o presente ensaio questiona a legitimidade de o Estado-Juiz determinar que o delegado de polícia inaugure o inquérito policial, na situação apontada. Pauta-se debate acerca da não recepção pela ordem constitucional do dispositivo legal sinalizado, bem como a exegese dos entendimentos doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. Para isso, parte-se da aplicação da pesquisa bibliográfica, baseada em textos de estudiosos do processo penal, além da pesquisa documental, qualitativamente aplicada na confrontação das legislações brasileiras e

¹ Doutorando em Ciências Sociais (UFBA). Mestre em Políticas Públicas (UESC). Professor Universitário. Advogado. E-mail: horigenesfontes@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6657-8399>
Endereço de contato: Av. Senador Quintino, 637, Edifício Senador Life, Torre 1, Apto 801, Olhos D'Água, Feira de Santana/BA, CEP 44003-615.

² Bacharel em Direito (UNIME). Policial Rodoviário Federal. E-mail: tales.luca01@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6497-7780> Endereço de Contato: Polícia Rodoviária Federal - BR 101, Km 502, Itabuna/BA, CEP 45601-560

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p1-17

seus princípios para se concluir, ao final, pelo real não recebimento do art. 5º, II, do CPP, pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Imparcialidade do juiz. Inquérito policial.

ABSTRACT

The accusatory system requires that the judge must be sufficiently removed from the involved and the object of the case to promote their equidistance, leading to a fair trial. Despite this, the art. 5º, II, of the Brazilian Criminal Procedure Code (CPP), makes it possible for the judge to request a police investigation, in the event of crimes submitted to public criminal action, which raises doubts about the possible taint of the judge's impartiality and inertia. In this light, the present essay questions the legitimacy of the State-Judge determining that the police chief initiates the police investigation, in the situation indicated. There is a debate about the non-reception by the constitutional order of the signaled legal provision, as well as the exegesis of doctrinal and jurisprudential understandings on the subject. For that, it starts from the application of bibliographic research, based on texts by scholars of the criminal process, in addition to documentary research, qualitatively applied in the confrontation of Brazilian laws and its principles to conclude, at the end, by the real non-reception of art. 5º, II, of the CPP, by the Federal Constitution.

Keywords: Constitutionality. Judge's impartiality. Police investigation.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Embora não seja um princípio expresso na Constituição Federal (CF) brasileira de 1988, inferem-se ao longo do diploma constitucional diversas referências robustas quanto ao princípio da imparcialidade e demais corolários republicanos, imprescindíveis para a eficácia do Estado Democrático de Direito (LIMA, 2019). Neste contexto, no Direito Penal e Processual Penal, a observância acurada de tais garantias merece ainda mais zelo por se tratar de possibilidade de privação da liberdade de cidadãos. Fato este, *de per se*, já justifica a importância do trabalho ora apresentado.

Este estudo, diante das intensas modificações legislativas e remodelações da jurisprudência, promovidas em tempos recentes no Brasil, em âmbito penal e processual penal, analisa a garantia constitucional da imparcialidade do magistrado, e os demais princípios jurídicos conexos, frente aos entraves eventualmente perpetrados pela atuação de ofício deste agente político para o início da fase de inquérito policial. Sob tal prisma, no ensaio é questionada a legitimidade de o Estado-Juiz, considerada a

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p1-17

existência de uma *notitia criminis*, determinar que o delegado de polícia instaure o inquérito policial em crimes cuja ação penal seja pública.

Nesse íterim, a pesquisa verifica a não recepção do art. 5º, II, do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, pela CF. Observam-se os posicionamentos doutrinários quanto à possibilidade de o magistrado requisitar a instauração de inquérito policial de ofício no atual sistema constitucional penal brasileiro, mormente sob o prisma da imparcialidade do julgador. Também, coteja-se a jurisprudência dos tribunais pátrios e os desdobramentos para o processo penal da atuação de magistrados na fase investigativa policial.

No intuito de atender ao problema proposto, bem assim aos objetivos sinalizados, utiliza-se no ensaio, primordialmente, a pesquisa bibliográfica, fundada em revisão de literatura. Partem-se de estudos de teóricos clássicos e modernos, em especial do Direito Processual Penal, para investigar os pontos suscitados, identificando e obtendo informações dos desdobramentos doutrinários do tema da não aceitação de requisições judiciais para início de inquéritos policiais no Brasil atual. Destaquem-se as leituras formuladas e os entendimentos construídos a partir de discussões promovidas por Lima (2019), Barbosa (2019) e Nucci (2018).

Aliada à revisão de literatura, a pesquisa documental tornou-se imprescindível para lastrear a abordagem proposta. Ancorada na observância conjunta da CF, Código Penal (CP) e CPP, bem assim nas decisões reiteradas dos tribunais pátrios, nomeadamente do Supremo Tribunal Federal (STF), historicamente cotejadas, emprega-se qualitativamente este tipo de pesquisa, já que se intenta averiguar, no âmbito jurisprudencial, os caminhos eventualmente paralelos traçados pelo princípio da imparcialidade do julgador, as demais orientações principiológicas processuais, e a imiscuição deste na fase de inquérito policial no sistema penal.

2 DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR À NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 5º, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p1-17

O princípio da imparcialidade do julgador pode ser compreendido e interpretado por diversos vieses doutrinários e jurisprudenciais. Segundo Távora e Alencar (2016), a imparcialidade é indicativa de honestidade. Conquanto o magistrado leve consigo os valores de sua formação, que acabam por justificar cognições distintas em relação a uma pluralidade de situações fáticas, não deve ele demarcar suas decisões sem que haja o suficiente distanciamento dos fatos postos em averiguação.

Caso assim não seja, as opiniões do juiz nos autos do processo sempre estarão contaminadas por predileções culturais, religiosas, filosóficas e morais. Todas as vezes em que, de qualquer modo, restar ao julgador a ausência do espírito equidistante das partes ou da demanda, eivando de vício, portanto, o julgamento, estará ele sob o manto do impedimento, suspeição ou incompatibilidade, instrumentos previstos na lei penal para assegurar o juiz natural e o devido processo legal (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

As causas previstas em lei de impedimento são circunstâncias objetivas que se relacionam ao processo de tal maneira a influenciar na decisão do magistrado. Nesse sentido, não se exige o *animus* do juiz para que seja declarado o impedimento ou não. Esse vício tem consequências graves no compasso processual, pois pode acarretar a inexistência do ato jurídico, tornando-o insanável (NUCCI, 2018). O CPP enumera as hipóteses de impedimento no seu art. 252, transcrito:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:
I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;
II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;
III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;
IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito (BRASIL, 1941).

Em marcha próxima, a suspeição, embora presente-se enquanto circunstância subjetiva de vício do julgador, é tão nociva quanto o impedimento para macular o

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p1-17

devido processo legal. Relaciona-se à situações aptas a trazer ao processo prejuízo à imparcialidade do juiz, enquadrando-se aí hipóteses que, grosso modo, vinculam-se ao interesse do julgador favorável a qualquer das partes (LIMA, 2019).

Nisto se baseia o questionamento que circunda a não recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro atual da outorga contida no art. 5º, II, do CPP, o qual determina ser poder do juiz a requisição de abertura de inquérito policial em crimes cuja ação penal seja pública. Deve ser lembrado, na oportunidade, que a requisição é ato vinculativo, não podendo o delegado de polícia se negar a iniciar o inquérito policial nos casos em que ela ocorrer e preencher todos os requisitos legais previstos no art. 5º, §1º, do CPP (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

O artigo 254, do CPP, traz à baila as hipóteses de suspeição do magistrado:

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

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

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

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

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

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

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo (BRASIL, 1941).

Na literalidade do inciso I, do artigo 254, do CPP, extrai-se o ensinamento do legislador e um questionamento retórico afeto à discussão proposta: pode-se esperar uma sentença penal condenatória favorável ao réu de um magistrado que teria, ele mesmo, requisitado a instauração do inquérito ao delegado de polícia? Decerto que há evidente sustentação para o questionamento da segurança jurídica ofertada pelo Estado ao cidadão que está sendo julgado pelo mesmo indivíduo que motivou o início do procedimento inquisitorial.

Sob estes trilhos, pode-se aventar a eventual limitação do magistrado para a atuação no feito em que requisitou a instauração de inquérito policial. Sobre o assunto,

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p1-17

não se deve esquecer, ainda, a previsão do CPP para a incompatibilidade, outra espécie de vício. Reza art. 112, da citada lei, que o magistrado, bem como o representante ministerial, deverá abster-se de servir no processo quando houver incompatibilidade, a qual declararão nos autos:

Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser arguido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição (BRASIL, 1941).

Diante da obscuridade que a própria redação literal do referido artigo traz, a doutrina majoritária aponta que todas as causas de vício do juiz requestadas são espécies do mesmo gênero. Tratam-se de hipóteses de afastamento deste agente do processo. A própria doutrina não difere, por exemplo, a incompatibilidade dos demais institutos, ao passo que, na maioria das vezes, ela vem sendo abordada como espécie de suspeição por razão de assuntos íntimos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2020).

Estes movimentos de discussão das causas de vício de julgamento, destacadamente os reflexos delas ou suas interpretações reverberam em debates da doutrina sobre o respeito à imparcialidade e inércia do julgador que requisita abertura de inquérito policial, isso fundamenta a abordagem do impedimento, suspeição e incompatibilidade iniciarem o debate ora apresentado. Tem-se discutido reiteradamente na literatura a possibilidade jurídica de o magistrado requisitar instauração de inquérito policial e, uma vez concluído e iniciada a ação penal, a própria autoridade judiciária julgar o acusado, o que violaria o espírito constitucional e determinaria a não recepção desta norma processual pelo constituinte.

Segundo dispõem Mendes e Branco (2017), a não recepção de uma lei pela Constituição Federal decorre do fato de uma norma já existente no contexto jurídico anterior ao nascimento da Carta Política não se coadunar com os regramentos dispostos neste novo contexto legal que orienta o Estado. Isso se depreende,

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p1-17

sobretudo, a partir da compreensão, em inteireza, do princípios e das regras trazidos pela nova ordem constitucional originada. No caso do Brasil, corretamente, o constituinte originário optou por delimitar o âmbito de atuação jurisdicional e processual, o que interesse à análise, sob os princípios do devido processo legal, inércia, juiz natural, contraditório e ampla defesa e imparcialidade.

Já definida a imparcialidade, cabe dizer, em breves linhas, que o devido processo legal significa o respeito, no processo e julgamento, a todas as garantias legais dos indivíduos, dentre elas o contraditório e a ampla defesa (direitos quanto a produção de provas, argumentações e oposição de ideias pelos envolvidos nos autos judiciais). Já a inércia e o juiz natural, também parcelas do devido processo legal, representam, respectivamente, a regra de impossibilidade de movimentação do Poder Judiciário sem que haja provocação anterior e o direito dos envolvidos a um juiz que não se vincule às partes ou à causa de pedir da demanda (MENDES; BRANCO, 2017). Todos eles se aplicam ao sistema jurídico na integralidade, inclusive ao processo penal.

De acordo Cintra, Grinover e Dinamarco (2020), a função dos magistrados criminais é assegurar a eficácia do ordenamento para a garantia dos direitos fundamentais do demandado no processo penal e assegurar a ordem jurídica justa. É verdade que não se pode instituir um sistema acusatório desconectado de princípios constitucionais, tais como o da imparcialidade ou quaisquer dos outros citados.

Diferentemente do que se perpetrava em tempos inquisitoriais, nos quais o juiz concentrava as figuras de investigador, acusador e julgador, desrespeitando-se os corolários do devido processo legal, em destaque a imparcialidade, atualmente trilham-se os caminhos do sistema acusatório, com a perfeita delimitação da atividade jurisdicional na esfera do julgar e as atividades investigativas e acusatórias para as autoridades policiais e ministeriais, em respeito à principiologia processual (Barbosa, 2019). Portanto, frise-se que “a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 91).

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p1-17

O CPP, datada sua redação inicial da década de 1940, seguiu a linha originária de raciocínio inspirada no Código Rocco italiano. Destaca-se o caráter preponderantemente fascista vivido naquela época, que coloca o magistrado em posição hierarquicamente superior em relação às partes processuais, contaminando, assim, sua imparcialidade e inércia, bem como todos os demais subprincípios do devido processo legal (NUCCI, 2018). Essa tendência processual, de fato, traz para o ordenamento jurídico brasileiro a duvidosa recepção pela Constituição Federal do artigo 5º, inciso II, do CPP, o que se reafirma após a edição da Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019a).

O legislador brasileiro, ao editar a Lei nº 13.964/2019, conhecida nacionalmente como “Pacote Anticrime”, instituiu a figura do “juiz de garantias”, por meio dos arts. 3º-A a 3º-F, do CPP, a fim de observar os aspectos subjetivos que podem afetar a imparcialidade do magistrado nas fases processuais e investigatórias. É o que extrai da transcrição do texto contido no art. 3º-A, delimitador patente do sistema acusatório: Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (BRASIL, 2019a).

A lei demarcou a proibição de iniciativa do juiz que julgará a demanda de atuar na fase de investigação, estipulando um magistrado específico para agir quando da necessidade de atos processuais na fase investigatória. A Lei nº 13.964/2019, portanto, em consonância com a CF, contraria frontalmente a exegese do art. 5º, II, do CPP, firmando o entendimento de que não cabe ao juiz acumular funções de investigar, acusar e julgar.

O Poder Judiciário, no âmbito do vigente sistema constitucional acusatório, atua como juiz de garantias. Na fase de investigação, tem a competência exclusiva de deliberar sobre pedidos de autorização de diligências feitos pelo Ministério Público que afetem matéria sob reserva de jurisdição, que protegem a intimidade do investigado nos casos garantidos pela Constituição, como de busca e apreensão em domicílio e interceptação telefônica, entre outras. (BARBOSA, 2019, p. 282).

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p1-17

Registre-se que muito embora boa parte da doutrina sinalize o avanço da presença do “juiz de garantias” no processo penal, os arts. 3º-A a 3º-F, do CPP, encontram-se com aplicabilidade suspensa por tempo indeterminado, em razão de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), até que o Poder Judiciário se adeque estruturalmente e financeiramente à modificação. Não se pode esquecer, entretanto, que os movimentos do Poder Judiciário que consistam na abertura de inquérito policial de ofício afetam, patentemente, a imparcialidade do julgador para que decida a existência de infrações, o que vilipendia o Estado Democrático de Direito e transborda do sistema acusatório, diante da confusão de funções (BARBOSA, 2019).

Neste sentido, rezam os professores Távora e Alencar (2016, p. 24) que “assentadas as ideias do sistema inquisitivo e verificada sua presença na sistemática do Código de Processo Penal, cabe o exame do sistema oposto, o acusatório, com o fito de adequar a interpretação do seu texto com a Lei Maior”. Sinaliza-se que o sistema acusatório brasileiro não se coaduna com a figura da tripla função do juiz de investigar, processar e julgar o acusado. Se assim o fosse, estaria diante de usurpação das funções atribuídas aos membros do Ministério Público (MP) e, até mesmo, da autoridade policial.

Ora, no plano moderno da marcha processual vigente do ordenamento brasileiro, o conhecimento do juiz deve se vincular tão somente ao necessário, objetivo e bom para o andamento dos feitos. Portanto, o respeito aos direitos e garantias fundamentais no plano hermenêutico conduz à crença de que o mais razoável e acertado, da perspectiva técnica para o réu, é a separação universal das partes processuais conforme o sistema acusatório: juiz, órgão ministerial e acusado. Cada um exercendo seu papel originário nos moldes do texto constitucional (LIMA, 2019).

O posicionamento majoritário da doutrina é na sequência de uma evidente nulidade se permitido fosse concentrar as funções de investigar, acusar e julgar, já que o acusado se veria defronte a impossibilidade de ter atendidos os pressupostos processuais de validade da demanda (NUCCI, 2018). Chegaria a acusação já munida de armas contrárias à ampla defesa e contraditório, bem como o juiz com sua convicção formada, considerando ter sido ele o motivador do início da investigação e, em certa

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p1-17

medida, condutor dos trabalhos para aquela ação penal. O fator psicológico no interesse da demanda fragiliza a objetividade do magistrado no ato de sentenciar, sobretudo quando se envolve ele na investigação do feito. Invariavelmente, este entendimento repercute na esfera inquisitorial. Se não se admite que juiz, órgão ministerial e defesa confundam-se no mesmo agente, tampouco se admite que atue o magistrado positivamente na fase investigativa, direcionando a atuação policial.

Passos similares são seguidos na perspectiva jurisprudencial. A jurisprudência dos tribunais brasileiros adota o entendimento expressivamente majoritário, senão unânime, que o sistema inquisitorial fascista do Código Rocco italiano, em que se inspirou o texto original do CPP e em que se inebria o art. 5º, II, deste diploma, é rigoroso, arcaico, sigiloso e admite técnicas de conquista de prova que são expressamente vedadas na CF como meio para buscar o esclarecimento dos fatos e postular o devido processo legal contra os acusados (LOPES JÚNIOR, 2020).

O sistema inquisitivo trata-se de um sistema processual totalmente contrário aos fundamentos constitucionais, os quais consideram o acusado um objeto do processo, violando princípios processuais penais elementares. “Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº 1)” (LIMA, 2019, p. 41).

Assim, as clássicas decisões do STF, efetivadas suas interpretações, acenam para a não recepção do art. 5º, II, do CPP, mesmo que de modo transversal. Da hermenêutica aplicada ao julgamento, no ano de 2004, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.570-2/DF, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, o qual declarou a inconstitucionalidade do artigo 3º, da Lei nº 9.034/1995, não se interpreta outra coisa que não seja a contrariedade da jurisprudência à intromissão do julgador na fase de inquérito policial, seja para iniciá-lo ou nele atuar. Não é menos gravoso que participar ativamente de um inquérito o fato de o juiz requisitar o seu início, já que, em qualquer das hipóteses, pode-se evidenciar o interesse do magistrado na condenação (BARBOSA, 2019). Ou seja, o próprio STF já havia ratificado que não cabe ao juiz imiscuir-se em inquéritos policiais. Veja-se a ementa do julgado:

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p1-17

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9.034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DELIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizados pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes (BRASIL, 2004).

Neste sentido, a discussão da imparcialidade do juiz vem reiteradamente abordada na doutrina como pedra de toque e observância obrigatória no sistema processual penal brasileiro, de maneira que a figura do juiz-instrutor merece rechaço, como bem delinea Lopes Júnior (2017, p. 63-64), *in verbis*:

Recordemos que não se pode pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, sob pena de incorrer em grave reducionismo. A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade de imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. É isso que precisa ser compreendido por aqueles que pensam ser suficiente a separação entre acusação-julgador para a constituição do sistema acusatório no modelo constitucional contemporâneo. É um erro separar em conceitos estanques a imensa complexidade do processo penal, fechando os olhos para o fato de que a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade. A

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p1-17

imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade, e o outro, de inércia.

Contudo, sob o manto do art. 43 do Regimento Interno do STF (RISTF) (BRASIL, 2018), bem assim da Resolução nº 564/2015 (BRASIL, 2015), do mesmo órgão, a Corte Suprema atualmente autorizou a instauração do Inquérito (INQ) nº 4.781/DF (BRASIL, 2019b), o qual se encontra em trâmite sigiloso, para a apuração de supostas notícias falsas desabonadoras e ameaçadoras dos membros deste colegiado e seus familiares, ocorridas fora das dependências do tribunal. Em decisão emitida pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes pode-se confirmar o objeto delimitado desta investigação:

Trata-se de inquérito instaurado pela Portaria GP Nº 69, de 14 de março de 2019, do Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente, nos termos do art. 43 do Regimento Interno desta CORTE. O objeto deste inquérito, conforme despacho de 19 de março de 2019, é a investigação de notícias fraudulentas (fake news), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.

O inquérito foi considerado regular e constitucional no julgamento pelo Plenário do tribunal da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572/DF (BRASIL, 2020), com relatoria do Ministro Edson Facchin, mesmo já com a decretação de quebras de sigilo de comuns e parlamentares, prisões de investigados determinadas por aqueles que investigam, não constatação efetiva da ocorrência de quaisquer atos atentatórios aos membros da Corte nas dependências deste colegiado,

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p1-17

não participação plena do MP no procedimento investigativo, como sinalizado pelo *Parquet* nos autos, além da ausência de acesso pleno dos investigados ao processo, todas garantias constitucionais que, quando não atendidas, destroem qualquer devido processo legal aventado e remam para a imparcialidade dos julgadores. Aliás, deve ser rememorado o posicionamento significativo sinalizado pelo MP em manifestação:

Dado o caráter atípico da função desempenhada pelo membro do Judiciário, bem como a natureza interna do feito, recomenda-se a fixação de parâmetros para o exercício dos atos necessários à colheita dos elementos de informação imprescindíveis à formação da opinião delicti. Para além das considerações a respeito do sistema acusatório, a Constituição Federal outorga à Corte Suprema competência originária para processar e julgar, criminalmente, apenas as autoridades públicas mencionadas no seu art. 102, I, b e c. Trata-se de regramento que, de forma indubitosa, estabelece foro por prerrogativa de função a essas autoridades exclusivamente na qualidade de autoras, nunca de vítimas, conforme expressamente delimitado no texto constitucional. Rememore-se, ainda, que a recém-sancionada Lei 13.964/2019 conferiu nova redação ao art. 282 do Código de Processo Penal, cujo § 2º passou a dispor que “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”. Consequentemente, o processamento de eventual denúncia deve respeitar os princípios da inércia jurisdicional e do juiz natural – o julgador competente e imparcial. [...] Em conclusão, em razão da necessária adequação do inquérito previsto no art. 43 do RISTF com a Constituição Federal e as leis vigentes, não de ser adotadas as seguintes medidas de conformação procedimental: 1) há de se franquear ao Ministério Público a constante participação no procedimento investigativo visando à proteção de direitos e garantias fundamentais dos investigados e a colheita de indícios e provas; 2) ressalvadas as diligências em curso, há de ser reconhecido aos defensores o direito de, “no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” (Súmula Vinculante 14); 3) as medidas investigativas sujeitas à reserva de jurisdição (quebra de sigilo, busca e apreensão, vedação de uso de redes sociais etc.) [...]

No inquérito pautado, a partir de autorização do RISTF, o STF se responsabiliza pela condução da investigação e posterior julgamento do feito no caso de propositura de ação penal. O choque entre a condução do processo em tela e as disposições

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p1-17

constitucionais é ainda pior, e denota a efetiva existência de um sistema inquisitorial no processo penal brasileiro, com a confusão no julgador dos papéis de investigação, acusação e julgamento, tão já opostos em linhas anteriores aos princípios da imparcialidade, juiz natural, devido processo legal e inércia da jurisdição.

Deve ser repisado, inclusive, que o inquérito instaurado pela Corte é vicioso na origem, já que o art. 43, do RISTF, autoriza a instauração de inquérito policial pelo tribunal somente nas situações em que a infração ocorrer na sede ou dependência do tribunal, não se tratando de hipótese que se adequa à situação analisada. Vicioso, ademais, é todo o art. 43 deste normativo, já que como o fez equivocadamente o art. 5º, II, do CPP, também autoriza a requisição pelos membros deste colegiado de instauração de inquérito policial, como se lê do §1º do regimento.

No novo cenário, agora com a declaração de regularidade dos atos praticados no INQ. nº 4.781/DF, remanesce a possibilidade de remodelação do entendimento jurisprudencial quanto a participação da magistratura no início e consequente desenrolar de inquéritos, o que resvala na manutenção do art. 5º, II, do CPP, na legislação, mesmo que isso contrarie os princípios constitucionais da imparcialidade, devido processo legal, inércia e juiz natural, esquecendo-se que a mera análise do decurso do tempo entre o nascimento do CPP brasileiro e a nova ordem constitucional, de 1988, já justificam a não recepção de alguns de seus dispositivos, como é o caso.

A Corte Suprema, com a abertura de ofício do referido inquérito, afronta não só a Carta Magna, como também a segurança jurídica e a firmeza de seus precedentes que assinalavam o contrário do agora decidido. Ora, se o Estado-Juiz está diante de uma situação que em tese se configura como crime tipificado no CP, não seria ele quem deveria requisitar (ordenar) ou, ainda, conduzir investigações, mas noticiá-las à autoridade policial e/ou ao MP para que estes, sim, possam demandar os procedimentos investigativos e acusatórios necessários à comprovação de autoria e materialidade de infrações penais. Do contrário, há usurpação de função pública, conduta tipificada no artigo 328, do CP, além, por óbvio, do desarranjo causado na marcha processual devida e violação evidente aos princípios constitucionais, pelo que

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p1-17

devem ser combatidos dispositivos legais ou decisões judiciais que transpareçam o contrário.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa clarificou, com o emprego da hermenêutica jurídica aplicada aos entendimentos da doutrina e jurisprudência, que o artigo 5º, inciso II, do CPP, não foi recepcionado pela CF. O modelo de sistema penal acusatório adotado no Brasil exige que a figura do julgador assuma perfil de equidistância das partes. O papel de julgamento, investigação e acusação devem, indubitavelmente, ser atribuídos a figuras diversas no processo penal. Isso garante não só a imparcialidade, mas o devido processo legal, inércia e a manutenção do juiz natural. O que, de fato, são os objetivos jurisdicionais, já que a essência do Direito exige, de regra, a atuação do juiz por provocação.

Nesse sentido, a requisição (ordem) de abertura de inquérito policial pelo mesmo magistrado que conduzirá a futura ação penal, mesmo a pública, eiva de vício o feito, sobretudo pela patente suspeição que se sustentará ao longo de toda a demanda vindoura. É questionável considerar que a vontade que moveu o julgador a demandar o início da investigação policial não macule e conduza seu julgamento, decerto, à condenação. Salvo melhor juízo, não se pode afastar a discussão do desconforto e dúvidas suscitadas na defesa do acusado quando tenha ela que elaborar tese defensiva destinada a magistrado que requisitou, ele próprio, a investigação e, possivelmente, tenha criado juízo de valor prévio e, até, convencimento, sobre a demanda posta à apreciação.

Portanto, ainda que o juiz tenha se considerado imparcial nos casos dos processos oriundos de inquéritos iniciados sob o crivo do artigo 5º, II, do CPP, entende-se que o razoável é o deslocamento de competência para outro juízo. A manutenção do feito no mesmo juízo criminal que requisitou a instauração do inquérito pela polícia judiciária denota prejuízo ao acusado e milita em desfavor dele no desenrolar do processo penal. Reitere-se, atuação de ofício do magistrado em fase investigativa,

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p1-17

mesmo que seja somente para iniciá-la, remonta o sistema inquisitorial do processo penal e não se deve aceitá-lo no ordenamento brasileiro.

Andaram bem a antiga jurisprudência do STF, o que se extrai do julgamento da ADI nº 1570-2/DF e as novas disposições trazidas ao CPP pela Lei nº 13.964/2019, com a figura do “juiz de garantias” e o firmamento do sistema acusatório no Direito brasileiro. Bem assim tem caminhado a passos largos no tema significativa parcela da doutrina, a qual, diante de interpretação holística do ordenamento jurídico, compreende o sistema processual penal à luz dos princípios constitucionais. Portanto, qualquer entendimento ou dispositivo legal, como já dito, que disto destoe está fadado à inconstitucionalidade ou à não recepção pela CF, caso do INQ. nº 4.781/DF, em trâmite no STF e do artigo 5º, II, do CPP, respectivamente.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, D. M. **Processo Penal Contra Autoridades**. Editora Gen: São Paulo, 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal brasileiro. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Lei nº 13.964/2019 de 24 de dezembro de 2019. Altera a legislação penal e processual penal brasileira. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 dez. de 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que julgou constitucional o artigo 43 do RISTF**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572/DF. Kamila Rodrigues Rosenda e Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. 13 de novembro de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808>. Acesso em: 03 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que reconheceu inconstitucionalidade da figura do juiz de instrução**. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1.570-2/DF. Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Maurício Corrêa. 22 de outubro de 2004. Disponível em:

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p1-17

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546>. Acesso em: 16 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito das Fake News**. Inquérito nº 4.781/DF. Partes sob sigilo. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 27 de março de 2019b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF**. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Resolução nº 564 de 06 de novembro de 2015. Regulamenta o exercício do poder de polícia previsto no art. 42, 43, 44 e 45 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. In: **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 09 nov. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO564-2015.PDF>. Acesso em: 22 jun. 2020.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. Editora Malheiros: São Paulo, 2020.

LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal**. Editora Juspodvim: Salvador, 2019.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito Processual Penal**. Editora Saraiva: São Paulo, 2017.

_____. **Direito Processual Penal**. Editora Saraiva: São Paulo, 2020.

MENDES, G. F., BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, G. S. **Manual de Direito Penal**. Editora GEN: São Paulo, 2018.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de Direito Processual Penal**. Editora Juspodvim: Salvador, 2016.