

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth
– Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-413-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A pandemia do novo coronavírus segue exigindo de todos nós, neste ano de 2021, adaptação. O CONPEDI segue envidando esforços, nesse sentido, para reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância são amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”, na tarde do dia 13 de novembro de 2021.

No artigo intitulado “LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A LEI 14.133 /2021 E O CRIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL PREVISTO NO ART. 337-E DO CÓDIGO PENAL”, Davi Pereira Remedio e José Antonio Remedio analisam o artigo 337-E do Código Penal, avaliando a amplitude de sua tipificação e da severidade das sanções cominadas ao delito, o que deverá contribuir para o combate à corrupção e para melhor responsabilização dos infratores participantes direta ou indiretamente das licitações e contratos administrativos.

O texto “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O CRIME DE MANIPULAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS”, de Marcelo Costenaro Cavali, Alessandra Gomes Faria Baldini e Vanessa Piffer Donatelli da Silva aborda os fundamentos econômicos que justificam a criminalização da manipulação do mercado de capitais.

Bibiana Terra e Bianca Tito, no texto intitulado “DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E A INOBSERVÂNCIA POR PARTE DO ESTADO AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: O SIMBOLISMO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS DO BRASIL”, avaliam o direito penal em seu caráter emergencial, diante da inobservância por parte do Estado ao princípio da intervenção mínima preconizado no texto constitucional de 1988.

Por sua vez, no artigo “DELITOS DE PERIGO ABSTRATO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA PERSONALISTA DE

WINFRIED HASSEMER”, Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua empreendem uma análise crítica dos delitos de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos a partir dos critérios propostos por Winfried Hassemer.

O texto “COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE COMO MEIO DE CONTROLE POPULAR DO SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA”, de autoria de Bibiana Paschoalino Barbosa e Luiz Fernando Kazmierczak, analisa o caráter de direito fundamental da segurança pública, especificamos os meios de controle dos atos administrativos com enfoque no controle social, trazendo como conclusão que a comunicação da prisão em flagrante é meio efetivo de controle popular consubstanciando a efetivação da publicidade dos atos administrativos.

Ana Flavia De Melo Leite e Gabriel Silva Borges, no texto “A ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO AO INDICIADO EM SEDE DE INTERROGATÓRIO POLICIAL E A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE”, discutem a atuação do advogado juntamente ao indiciado preso em flagrante quando de sua oitiva perante a Autoridade Policial no período noturno, diante da edição da Lei 13.869/2019 que criminaliza condutas que tangenciam o procedimento como crimes de abuso de autoridade.

Em “A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES ECONÔMICOS: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E ESPANHOLA”, Edith Maria Barbosa Ramos, Roberto Carvalho Veloso e Rayane Duarte Vieira abordam a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva no âmbito do Direito Penal Econômico, trazendo apontamentos sobre a importância da Responsabilização Criminal da Pessoa Jurídica para fins de combate à criminalidade contemporânea.

No artigo “GLOBALIZAÇÃO E CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL: A VIABILIDADE DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E MEDIDAS ALTERNATIVAS EXTRAPENAIIS”, Anna Kleine Neves e Fernanda Borba de Mattos d’Ávila avaliam a viabilidade da cooperação internacional e medidas alternativas extrapenais, empreendendo reflexões sobre a influência e consequências causadas pela Globalização e pela transnacionalidade no Direito Penal, sobre a importância da cooperação jurídica internacional e de medidas alternativas extrapenais na resolução dos possíveis conflitos.

Em seu “ESTUDO COMPARADO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL E DA PRISÃO INVESTIGATÓRIA NA ALEMANHA: O ENCARCERAMENTO DE PESSOAS E NOVAS ALTERNATIVAS EM POLÍTICAS CRIMINAIS”, Jessica de Jesus Mota e

Lucia Carolina Raenke Ertel propõem-se a demonstrar como é utilizada a prisão preventiva no Brasil e a prisão investigatória na Alemanha, estudando os principais aspectos das prisões cautelares nos dois países.

O artigo “A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DAS MÚLTIPLAS MEDIDAS SANCIONATÓRIAS INSTAURADAS SOB O MESMO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO COMO CAMINHO PARA MINORAR OS RISCOS DO BIS IN IDEM”, de autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Marcelo de Souza Sampaio, investiga o campo de incidência do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, evidenciando-se uma nova vertente do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

No trabalho intitulado “INQUÉRITO DAS FAKE NEWS: ENTRE O INSTRUMENTALISMO E O GARANTISMO PENAL”, os autores João Paulo Avelino Alves De Sousa e Rejane Feitosa de Norões Milfont analisam o inquérito das fake News à luz da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, na vigência da Constituição Federal de 1988.

“CATEGORIAS PROCESSUAIS E DISCUSSÕES ACERCA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ORIGINÁRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AÇÃO PENAL E A DECISÃO PENAL”, de Francisco Geraldo Matos Santos e Renato Ribeiro Martins Cal, é um trabalho que apresenta considerações críticas a respeito de algumas categorias no processo penal cuja competência originária é do STF, tendo em vista a necessidade de compreender se há ou não efetivação do que o texto constitucional pós 1988 realmente se propôs a proteger no que tange ao acusado.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Silvia Altaf da Rocha Lima Cedrola e Daniel Alberico Resende, no texto “A NOVA FACETA DO DIREITO À INTIMIDADE NO MEIO AMBIENTE DIGITAL: A TIPIFICAÇÃO DO REVENGE PORN”, avaliam como as transformações e inovações tecnológicas desencadearam uma necessidade de alteração do ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente no Direito Penal, sendo que essa necessidade, ligada ao meio ambiente digital, colide, por vezes, com o direito à intimidade, o que justifica o estudo do chamado revenge-porn, mormente a partir da análise das Leis Federais nº 12.737/2012 e nº 12.965/2014.

No artigo “CIBERCRIME E A NECESSÁRIA REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA”, Clarisse Aparecida Da Cunha Viana Cruz, Daniel Brasil de Souza e Pedro José de Campos Garcia avaliam se a legislação penal brasileira é suficiente para proteger os cidadãos contra os cibercrimes.

O trabalho “MEDIDAS JURÍDICAS PROVISÓRIAS E JUSTIÇA DRAMÁTICA: A CRISE NA COMUNICAÇÃO ENTRE A ATIVIDADE JURÍDICO-PERSECUTÓRIA DO ESTADO E A OPINIÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE EM REDE”, de Bruna Barbosa de Góes Nascimento e Henrique Ribeiro Cardoso analisam como a atividade jurídico-persecutória do Estado nos casos que atraem a atenção pública está sendo impactada tanto pelos meios de comunicação em massa quanto pelas redes sociais que expressam em larga medida a opinião pública no contexto da atual sociedade em rede.

Em “A INEFICÁCIA DA POLÍTICA CRIMINAL NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGRAS ENQUANTO OBJETO DE LUCRO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS”, Cristian Kiefer Da Silva analisa a ineficácia da política criminal no combate ao tráfico de drogas enquanto objeto de lucro das organizações criminosas.

O artigo “MEIO AMBIENTE DIGITAL E A AUTORIA DELITIVA NOS CRIMES CIBERNÉTICOS”, de Júlio César Batista Pereira e Reinaldo Caixeta Machado, aborda como os avanços da informática e da tecnologia têm sido palco diário de ameaças à sociedade de risco, capazes de afetar diversos segmentos que repercutem na seara jurídica e em um ambiente que foge da naturalidade, tradicionalmente tutelado pelo Direito.

No texto “A (IN)COMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO COM O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA”, Abner da Silva Jaques, Endra Raielle Cordeiro Gonzales e João Fernando Pieri de Oliveira analisam o debate sobre a descriminalização do delito de desacato no Brasil, partindo das decisões proferidas no âmbito do STJ.

Em “CRIMES PRATICADOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ”, Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua avaliam se os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça na análise da tipicidade material do fato nos delitos praticados contra a Administração Pública violam o Princípio da Intervenção Mínima.

Thulio Guilherme Silva Nogueira, no texto “O DIREITO À PRESENÇA FÍSICA DO IMPUTADO NOS ACORDOS PENAIIS CELEBRADOS EM AMBIENTE VIRTUAL”, questiona a viabilidade constitucional da negociação de acordos penais no ambiente virtual, concluindo que a negociação no âmbito virtual não pode ser impositiva, e deve ser tratada como faculdade da defesa.

Em “A DUPLA INCIDÊNCIA DE SANÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA URBANÍSTICA E O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM”, Bruna Azevedo de Castro e Sibila Stahlke Prado se debruçam sobre o tema da regulação jurídica da utilização e aproveitamento do solo e como o Direito intervém sancionando administrativa e criminalmente condutas que implicam lesão ou perigo de lesão ao ordenamento urbano.

O artigo “CONTROVÉRSIAS SOBRE O CONCEITO DE CONTUMÁCIA NO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL”, de Marcelo Batista Ludolf Gomes, aborda a dificuldade quanto à definição deste novel conceito trazido pelo Supremo Tribunal Federal ao crime de sonegação fiscal.

Por fim, o artigo intitulado “A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A LIMITAÇÃO TEMPORAL DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA”, de Daniela Carvalho Almeida Da Costa e Gabriela Silva Paixão, abordam a temática da duração máxima da medida de segurança na jurisprudência dos tribunais superiores.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior – UNIVALI

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

INQUÉRITO DAS FAKE NEWS: ENTRE O INSTRUMENTALISMO E O GARANTISMO PENAL.

FAKE NEWS SURVEY: BETWEEN INSTRUMENTALISM AND CRIMINAL GUARANTEE.

João Paulo Avelino Alves De Sousa ¹
Rejane Feitosa de Norões Milfont ²

Resumo

O presente trabalho busca analisar o inquérito das fake News à luz da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, na vigência da Constituição Federal de 1988. A análise tomando como base a teoria do instrumentalismo processual, utilizando-se da teoria do garantismo penal e o sistema processual acusatório para verificar a adequação ou não do referido inquérito a nova ordem jurídica. A partir de pesquisa bibliográfica, análise da legislação e jurisprudência para verificar a adequação do procedimento a atual ordem constitucional.

Palavras-chave: Teoria da relação processual, Teoria instrumentalista, Teoria do garantismo penal, Inquérito das fake news, Sistema processual acusatório

Abstract/Resumen/Résumé

This paper seeks to analyze the fake News survey in the light of Luigi Ferrajoli's theory of penal guaranteeism under the 1988 Federal Constitution. The analysis is based on the procedural instrumentalism theory and using the penal guarantee theory and the system accusatory procedure to verify the adequacy or not of the referred investigation to the new legal order. From bibliographical research, analysis of legislation and jurisprudence to verify the possibility of continuity of the procedure.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of the procedural relationship, Instrumentalist theory, Penal guarantee theory, False news inquiry, Accusatory procedural system

¹ Professor Voluntário Universidade Estadual Vale do Acaraú - CE; Mestrando em Direito pelo Centro Universitário UNICHRISTUS.

² Professora do Centro Universitário UNINTA; Mestranda pela Universidade de Caxias do Sul.

1 INTRODUÇÃO.

O processo penal brasileiro tem como principal fonte o Código de Processo Penal, datado de 1942. Ocorre que esse diploma, editado na época da Constituição Federal de 1937, está em vigor em nosso ordenamento jurídico até hoje.

Sabe-se que o direito é uma ciência que visa regular as relações sociais. Essa regulação deve ocorrer conforme a época vivenciada, considerando os valores, princípios e a cultura da sociedade que visa regular. Desde a sanção do Código de Processo Penal, o Brasil passou por diversas transformações científicas, sociais e políticas, assim, o que era aplicável na década de 40, pode não ser razoável atualmente.

Nesse cenário de transformações, surgiram diversas teorias visando explicar o processo e compreender a relação ali existente. Inicia-se a pesquisa pela teoria da relação jurídica, desenvolvida na Alemanha, que foi de grande importância para, principalmente, a autonomia do direito processual. Em seguida, analisa-se a teoria do instrumentalismo, de Candido Rangel Dinamarco (2008), que vê o processo como instrumento para efetivação do poder estatal e tem como objetivo atender os escopos políticos, sociais e jurídicos que se confundem com os objetivos do Estado. Por último, adentrar-se-á na teoria do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli (2002), que a partir da sociedade explica o processo, pois este é visto como garantia social para limitação de poder do Estado. A partir da teoria do garantismo penal fará uma exposição acerca do sistema processual acusatório, apontado por Luigi Ferrajoli (2002) como sistema ideal para um ordenamento que respeita as garantias e direitos fundamentais do indivíduo.

Em 14 de março de 2019, o Presidente do Supremo Tribunal Federal instaurou por portaria o Inquérito 4781/DF que ficou conhecido como Inquérito das Fake News. Após a apresentação das teorias processuais, o presente trabalho irá debruçar-se sobre a relevância da teoria do garantismo penal e do sistema processual acusatório para a efetivação do Estado Democrático de Direito. Analisando a compatibilidade ou não do inquérito das *fake news* com a atual Constituição Federal de 1988, tendo em vista que as violações das garantias e direitos fundamentais são uma das maiores ofensas ao Estado Democrático de Direito e devem ser fiscalizadas por toda a sociedade com finalidade de resguardá-lo.

A pesquisa tem como objetivo apresentar as teorias da relação jurídica, da instrumentalidade e a do garantismo penal, verificando qual a melhor que se adequa ao direito processual penal e a compatibilidade do inquérito das fakes News com essa teoria, para isso

utilizou-se a pesquisa bibliográfica, a análise da legislação e da jurisprudência, adotando um método dedutivo exploratório.

2 BREVE ANÁLISE SOBRE A TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA.

Conforme os ensinamentos de Niceto Zamora (1974), o direito processual só pode ser considerado ciência depois das contribuições de Bulow, sendo considerado também o precursor do processualismo germânico, movimento que contava com a participação de juristas de várias nacionalidades.

Mesmo possuindo grande importância no movimento processualista germânico, “O iniciador do movimento Bülow [...] não conseguiu coordenar seu pensamento procedimental em uma exposição sistemática.” (ZAMORA, 1974, p. 339, tradução nossa). A evolução do movimento processualista foi possível a partir da ajuda de diversos juristas de várias nacionalidades.

Oscar Von Bulow, na obra “A teoria das exceções e dos pressupostos processuais”, desenvolveu a teoria de que o processo é uma relação jurídica, exigindo-se para a nascimento dessa relação pressupostos processuais ou requisitos de admissibilidade.

A ideia de processo como uma relação jurídica “[...] costuma situar-se em uma data: 1868, quando Oscar Bulow publicou em Guesseb seu famoso livro “a teoria” e concebeu o processo como uma relação jurídica que se desenvolveu progressivamente.” (ZAMORA, 1974, p. 337, tradução nossa). O termo relação processual é utilizado por Bulow para se referir à relação estabelecida entre as partes (demandante e demandado) e as partes e o juiz, formando uma relação triangular. Aponta três diferenças existentes entre a relação material e a relação processual: “a) por seus sujeitos (autor, réu e Estado-juiz); b) por seu objeto (a prestação jurisdicional); c) por seus pressupostos (os pressupostos processuais)” (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2015 p. 320).

As principais contribuições de Bulow para o direito processual foi expor a comunidade jurídica a natureza pública do processo, a autonomia do processo em relação ao direito material e os requisitos de admissibilidade (pressupostos processuais) que devem ser analisados pelo tribunal, não cabendo unicamente as partes essa verificação, conseqüentemente, o processo só irá adiante caso estejam presentes todos os requisitos necessários para seu “nascimento”. Assim, “O tribunal não deve apenas decidir sobre a

existência do pedido judicial em litígio, mas, para o fazer, deve também assegurar que estão reunidas as condições para a existência do próprio processo.” (BULOW, 1964, p. 6-7, tradução nossa).

3 BREVE ANÁLISE SOBRE A TEORIA DO INSTRUMENTALISMO.

Enrico Tullio Liebman, processualista italiano, que quando fugia do fascismo exilou-se no Brasil, foi responsável por um movimento científico para atualizar a doutrina processual brasileira, com base nos ensinamentos de Bulow, influenciou a doutrina brasileira a adotar a teoria eclética da ação (legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido) alguns anos depois, os estudiosos que o seguiam formaram a escola paulista de processo. Ganhando destaque e “[...] ligados por íntima unidade de pensamento, a ponto de mais tarde um autor estrangeiro referir-se à ‘Escola Processual de São Paulo’.” (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2015, p.159).

A escola processual de São Paulo reuniu estudiosos que tinham em comum a visão do processo como uma relação jurídica, estabelecida por intermédio de uma ação autônoma e que o processo é um instrumento para aplicação do direito material em questão.

A teoria instrumentalista tem como grande nome Cândido Rangel Dinamarco (2008) e se desenvolveu defendendo a visão de que o processo é considerado um instrumento e não um fim em si mesmo, inapto para criar direitos por si só. Dinamarco (2008) explica que o processo deve ser o meio pelo qual a jurisdição deve alcançar seus objetivos.

Considerando, a jurisdição, como uma parcela do poder uno estatal e que possui objetivos que se confundem com os fins do Estado sejam políticos, sociais ou jurídicos. Tendo a jurisdição a “[...] função de proporcionar ao Estado meios para o cumprimento de seus próprios fins, sendo que é mediante o exercício do poder que estes são perseguidos (e a ação, a defesa e o processo constituem o contorno da disciplina jurisdição)”. (DINAMARCO, 2008, p. 95-96)

Assim, no entendimento do autor, por intermédio da instrumentalidade a ordem processual se integraria a ordem jurídica do país: “A ordem processual, como sistema aberto, ou dependente, integra-se em outro sistema de maior espectro e significado, representado pela ordem jurídica do país, através do fio da instrumentalidade” (DINAMARCO, 2008, p. 95-96)

Com objetivo de explicar a jurisdição, Dinamarco (2008) visualiza a existência de três escopos processuais, pois a fixação de apenas um escopo não seria suficiente para explicar a jurisdição. Os escopos da jurisdição são a destinação jurídica, social e política. Sendo esses escopos necessários para uma possibilitar a sistematização processual, assim, “[...] a visão social e política do fenômeno processual, amparada nessa tendência já definida, pode sugerir abertura do leque dos objetivos, para que se chegue à visão integrada problemática posta e se possa, afinal, dar-lhe a necessária sistematização.” (DINAMARCO, 2008, p.183).

O autor afirma que a jurisdição sempre deve se pautar com o senso de justiça, considerando a autoridade estatal, assim, deve-se manipular o processo de modo que todos os escopos sejam atendidos e dar maior destaque aquele escopo que é mais importante na situação concreta.

Analisando o escopo social, percebe-se que seu objetivo principal é estabelecer uma sensação comum de justiça entre os jurisdicionados, assim, deve-se ter como hábito a aplicação do senso de justiça nos casos concretos que são objetos do processo, pois, segundo o entendimento do autor “São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade.” (DINAMARCO, 2008, p. 189). Nesse sentido, atenderia o escopo social se o senso de justiça estabelecesse uma sensação comum na sociedade.

O senso de justiça tem como requisito essencial a ausência de contradições entre as decisões, pois impossibilitaria a segurança jurídica que o sistema busca. O modelo ideal de atendimento ao escopo social chegaria ao ponto em que, a partir da jurisdição e dos exemplos de atuações jurisdicionais, formar-se-ia um estado de paz social, pois a legislação e os operadores dos processos estariam intimamente conectados e os conflitos sociais que o direito se dispõe a regular seriam todos solucionados de forma justa, tendo o jurisdicionado uma maior satisfação e confiança na decisão prolatada pela atividade judicial.

No escopo político destaca-se a poder imperativo do Estado nas tomadas de decisões, os valores da liberdade e a participação popular, diretamente ou representada por associações, na formação e na tomada de decisões políticas. Tendo como objetivo “[...] assegurar a autoridade do próprio Estado e do seu ordenamento jurídico-substancial chega-se a uma série grande de observações, que se situam no plano da crescente publicização do sistema processual” (DINAMARCO, 2008, p. 205)

O autor aponta como exemplo prático do escopo político a técnica do Habeas Corpus e do Mandado de Segurança e o modo como essas ações estão sendo utilizadas pela jurisprudência brasileira, inclusive, apontando como exemplo a flexibilização do cabimento de Habeas Corpus e Mandados de Segurança contra atos exercidos por particulares, observando o interesse do Estado. Pois inovações jurisprudenciais recentes permitem que [...] o habeas corpus concedido contra violência de particular [...] e o mandado de segurança contra ato de direito de estabelecimento de particular de ensino [...]” (DINAMARCO, 2008, p. 203)

Quanto ao escopo jurídico, percebe-se a preocupação quando se pontua o modo de ver dos “[...] fenômenos do direito exclusivo como tais e pelo significado jurídico que têm, sem atentar à sua inserção na vida da sociedade.” (DINAMARCO, 2008, p. 208). Essa separação do significado jurídico da vida em sociedade não se adequa a teoria de Cândido Rangel, pois “[...] enquanto aplicada ao estudo do processo e dos seus escopos, mostra-se insuficiente e estéril, clamando por complementações no plano político e no propriamente social.” (DINAMARCO, 2008, p. 208)

Conclui o autor que o escopo jurídico processual tem como objetivo questionar o modo como opera e posto que ocupe no sistema jurídico. Sendo inadequadas as teorias que consideram o processo como um fim em si mesmo e não consideram a função processual perante a ordem jurídica substancial. Afirmando, inclusive, que a “[...] visão do sistema processual em si mesmo, visão interna e pan-processualista, que no fundo pressupõe o processo como fim em si mesmo e não chega sequer a questionar a sua função perante a ordem jurídica substancial.” (DINAMARCO, 2008, p. 210)

Para Cândido Dinamarco (2008) a efetividade do processo está ligada intimamente a como se dá a participação das partes em determinado processo. As partes são incumbidas de produzir provas para comprovar suas alegações e o juiz responsável por valorar essas alegações considerando os escopos processuais buscando atender as finalidades do Estado. Resultando em uma decisão final de cunho valorativo, possibilitando o juiz a sair dos limites legais para atender aos escopos processuais e, conseqüentemente, a finalidade estatal.

O papel do juiz dentro de uma teoria instrumentalista é fundamental, pois “[...] o juiz, o qual na realidade precisa estar iluminado pela visão dos resultados sócio-econômicos e políticos a que sua decisão poderá conduzir.” (DINAMARCO, 2008, p. 41). Na prática, a

teoria instrumentalista exige que o juiz julgue conforme o anseio social para garantir um senso comum de justiça na sociedade.

4 BREVE ANÁLISE DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL.

Inicialmente, deve-se ponderar que “[...] não devem existir pudores em afirmar que o processo é um instrumento (o problema é definir o conteúdo dessa instrumentalidade, ou a serviço de que(m) ela está) e que essa é a razão básica de sua existência.” (LOPES, 2019, p. 26).

Aury Lopes (2019) não afasta a teoria instrumentalista do processo penal, entretanto, diverge de Dinamarco (2008) na definição do termo “instrumentalidade”. Na seara penal, o processo não deve ser visto como instrumento para aplicação da pena. Aury Lopes (2019) explica que a “[...] noção de instrumentalidade tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da constituição, pautando-se pelo valor da dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário.” (LOPES, 2019, p. 27). Adverte ainda que “[...] o processo penal não pode ser transformado em instrumento de “segurança pública”” (LOPES, 2019, p. 26).

Enquanto a teoria do instrumentalismo utiliza o processo como forma de materializar o poder do Estado, como um instrumento da jurisdição, conforme anteriormente mencionado. A teoria do garantismo diferencia-se, pois explica o processo a partir da sociedade, considerando o processo uma garantia social contra o poder estatal.

O garantismo pauta-se na perspectiva liberal de limitação do poder do Estado com finalidade de evitar arbitrariedades. Assim, a partir da teoria garantista “[...] toda condenação criminal seja fruto exclusivo do saber (conhecimento), e não mera manifestação de poder (de autoridade).” (OLIVEIRA, 2021, p. 64). Visando identificar os significados do garantismo, Luigi Ferrajoli (2002) entende que “[...] é, então, possível distinguir três significados diversos, mas conexos entre si [...] que podem ser estendidos a todos os campos do ordenamento jurídico.” (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

O primeiro significado é um modelo normativo de direito com fulcro no princípio da legalidade que “[...] sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de

vínculos imposto as à função punitiva do Estado em garantia dos cidadãos.” (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

O segundo significado de garantismo se expressa no plano da validade e da efetividade da norma jurídica relacionando a existência da norma e a sua concretização. “Nesse sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica central que mantém separados o “ser” e o “dever-ser” no direito [...]” (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

Por fim, o terceiro significado de garantismo “[...] pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever-ser” do direito.” (FERRAJOLI, 2002, p. 685). Esse terceiro significado tem fulcro nos ideais iluministas e busca legitimação na população que se preocupam com a liberdade. Conforme exposto, o garantismo penal tem como principal fundamento resguardar os mais vulneráveis (ponto de vista externo) dos que detêm o poder (ponto de vista interno).

Ferrajoli (2002) foi responsável ainda pela sistematização da teoria do garantismo penal, separando os princípios fundamentais daqueles considerados derivados. Usando para a formulação desses princípios os onze seguintes termos: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa.

De acordo com isso, torna-se agora possível traçar uma tabela analítica e sistemática, ainda que inevitavelmente esquemática, de todos estes princípios e, por outro lado, individualizar os diversos modelos de ordenamento penal de uma ou de outra forma autoritários, que resultam da falta ou da lesão de um ou de vários deles. Estes princípios, todos eles formuláveis como proposições de implicação ou condicionais, estão na realidade ligados entre si. É, pois, possível formulá-los, separar os princípios fundamentais daqueles considerados derivados e ordená-los dentro de sistemas ou modelos axiomáticos mais ou menos complexos e exigentes, conforme aqueles estejam incluídos ou excluídos em cada um desses sistemas ou modelos.” (FERRAJOLI, 2002, p. 73)

Percebe-se a grande preocupação na formação da responsabilidade penal, assim, os axiomas devem ser entendidos como prescrições que precisam ser seguidas no processo para assegurar as garantias dos sujeitos envolvidos. Os axiomas são considerados, pela teoria do garantismo penal, condições indispensáveis para configuração da responsabilidade penal e, conseqüentemente, aplicação da pena.

Nesse sentido, “Cada uma das implicações deonticas - ou princípios - de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena.”

(FERRAJOLI, 2002, p. 74). Percebe-se que não existe uma obrigatoriedade em punir, mas para punir deve atender uma exigência mínima.

A sistematização do modelo garantista ou legalista estrito resultou na criação de dez axiomas fundamentais que não são derivados entre si, transcritos a seguir.

A1 Não há pena sem crime;

A2 Não há crime sem lei;

A3 Não há lei penal sem necessidade;

A4 Não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico;

A5 Não há ofensa ao bem jurídico sem ação;

A6 Não há ação sem culpa;

A7 Não há culpa sem processo;

A8 Não há processo sem acusação;

A9 Não há acusação sem prova;

A10 Não há prova sem defesa. (FERRAJOLI, 2002, p. 74-75, tradução nossa.)

Cada um desses axiomas foi relacionado a um princípio penal ou processual penal que em conjunto formam as regras do jogo penal e limitam o poder punitivo do Estado. Verifica-se que esses princípios foram estabelecidos a partir de ideias iluministas e sendo incorporados aos ordenamentos jurídicos surgidos após revolução industrial.

Os axiomas A7, A8, A9 e A10, que são responsáveis pela estrutura processual e o sistema processual acusatório materializa a partir da união desses quatro axiomas e dos princípios por eles representados: princípio da jurisdicionalidade, princípio acusatório, princípio do ônus da prova e princípio do contraditório.

Necessário fazer a distinção entre o princípio acusatório e o sistema processual acusatório. O primeiro refere-se à imprescindibilidade de uma acusação no processo, pois sem ela não é possível à existência do processo. Já o sistema processual acusatório faz referência a uma série de regras que devem orientar os operadores do direito processual penal e a organização estatal para assegurar as partes o respeito as suas garantias processuais.

4.1 BREVE EXPOSIÇÃO ACERCA DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO.

Entende-se como sistema processual penal “[...] o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as

diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto.” (RANGEL, 2015, p. 46). Assim, o Estado utiliza o processo para efetivar a ordem penal, conforme exposto no ordenamento jurídico vigente e garantido a aplicação das regras e dos princípios pré-determinados.

O sistema acusatório retoma à Grécia Antiga. “[...] a sociedade ateniense, anterior a Drácon, estava primeiramente organizada em uma base oligárquica, onde não havia espaço para qualquer tipo de organização popular em seus destinos.” (ANDRADE, 2013, p. 59). Utilizava o sistema judicial para manutenção da estrutura social, permitia garantias de forma pessoal e castigos físicos. O sistema processual era o inquisitório e os magistrados eram escolhidos entre as pessoas que ocupavam as classes de maior poder aquisitivo, eram responsáveis por iniciar, instruir e julgar o litígio.

Posteriormente, em consequência de uma rebelião popular e da pressão que o povo exerceu sobre a oligarquia. Solon (640-559 a.C) foi eleito para reorganizar a cidade-estado ateniense e diminuir os privilégios da oligarquia, “Foi a partir desse momento que o sistema acusatório começou a dar seus primeiros passos” (ANDRADE, 2013, p. 61). O processo judicial iniciava com uma denúncia feita pelo ofendido ao magistrado, o acusado tinha a oportunidade de oferecer sua defesa e em caso de decisão desfavorável, recorrer a um tribunal popular.

Usando Atenas como exemplo, verifica-se que o sistema judicial e processual utilizado por uma sociedade é determinado principalmente pelos seus costumes, cultura, ordenamento jurídico vigente e sistema político. Mais recentemente, após a segunda guerra mundial (1939-1945) houve a derrocada do positivismo, associada à derrota tanto do nazismo alemão como fascismo italiano, ressurgindo a necessidade de se retornar ao direito a ética e os valores. Nesse cenário surge a necessidade de readequar o ordenamento jurídico a nova ordem vivenciada.

O sistema processual acusatório utiliza os princípios, citados no tópico do garantismo penal, para organização e desenvolvimento do processo penal, exigindo que o Estado assegure os direitos e garantias fundamentais expostos na legislação, amoldando-se, perfeitamente, a teoria do garantismo penal, anteriormente exposta. Renato Brasileiro (2021) explica que “Chama-se de “acusatório” porque, à luz deste sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias.” (LIMA, 2021, p. 45)

A principal característica de um sistema processual acusatório é a presença de partes distintas, acusação e defesa para, em igualdade de condições e sob o manto do contraditório, manifestarem-se e terem possibilidade de interferir na formação da convicção judicial.

Nesse sentido, as seguintes características são apontadas como obrigatórias para configuração do sistema processual acusatório: O contraditório, a igualdade material entre as partes, a publicidade dos atos processuais, a divisão das funções processuais de acusar, defender e julgar e a iniciativa processual ser exclusiva da parte acusadora.

No processo penal acusatório, que campeonou na Índia, entre os atenienses e entre os romanos, notadamente durante o período republicano, e que, presentemente, com as alterações ditadas pela evolução, vigora em muitas legislações, inclusive na nossa, existem, como traços profundamente marcantes: a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadoras e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo (*ne procedat iudex ex officio*); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois '*non debet licere actori, quod reo non permittitur*'; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado. (TOURINHO, 2010, p. 119)

O contraditório é uma garantia do cidadão expresso no art. 5^a, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 1988, Art. 5^a, LV). O contraditório permite que “[...] possam os interessados (autor e réu) participar intensamente de todas as questões debatidas, e, mais que isso, em que a atividade defensiva seja a mais ampla possível [...]” (OLIVEIRA, 2021, p. 64).

Percebe-se que o princípio do contraditório é indispensável ao sistema acusatório, pois permite as partes “[...] à discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes, e não somente à defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo.” (LIMA, 2021, p. 57). Luigi Ferrajoli (2002) considera “[...] o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas.” (FERRAJOLI, 2002, p. 490).

Outra característica que decorre do sistema acusatório e do princípio do contraditório é a igualdade das partes ou paridade de armas. A partir das contribuições do italiano Elio Fazzalari (1992), o princípio do contraditório, com igualdade de tratamento entre as partes,

passou a ser visto como essencial no conceito de processo, pois não atenderia a finalidade do contraditório um procedimento em que uma parte é superior a outra. Assim, o contraditório deixa de ser visto como a simples necessidade de informação e participação, passando a exigir a necessidade de que as partes estejam em pé de igualdade.

Nesse sentido a paridade deve ser entendida a partir de duas condições. “A primeira condição concerne à acusação. Sé é indispensável que o juiz não tenha funções acusatórias, é igualmente essencial que a acusação pública não tenha funções judiciais.” (FERRAJOLI, 2002, p. 467). A segunda refere-se “[...] à defesa que deve ser dotada da mesma dignidade e dos mesmos poderes de investigação do Ministério Público.” (FERRAJOLI, 2002, p. 467).

A publicidade do processo decorre diretamente do Estado Democrático de Direito permitindo, em algumas exceções, o sigilo processual para resguardar a intimidade e a segurança do Estado. A publicidade dos atos processuais “[...] tem como objetivo precípua assegurar a transparência da atividade jurisdicional, oportunizando sua fiscalização não só pelas partes, como por toda a comunidade.” (LIMA, 2021, p. 66).

Esse princípio é considerado por Ferrajoli (2002) “[...] uma conquista pacífica de toda experiência processual contemporânea.” (FERRAJOLI, 2002, p. 455), pois “Com base nela os procedimentos de formulação de hipóteses e de averiguação da responsabilidade penal devem desenvolver-se à luz do sol, sob o controle da opinião pública e sobretudo do imputado e seu defensor.” (FERRAJOLI, 2002, p. 492).

A separação das funções de defender, acusar e julgar em um sistema acusatório é “[...] exigida por nosso axioma A8 *nullum iudicium sine accusatione* [...]” (FERRAJOLI, 2002, p. 454). Representa “[...] uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes [...] e, de outro, um pressuposto dos ônus da contestação e da prova atribuídos à acusação [...]” (FERRAJOLI, 2002, p. 455).

Essa separação é indispensável no sistema acusatório como forma de manter a imparcialidade do juiz. Não adiantaria exigir a imparcialidade do juiz e permitir um comportamento ativo no processo penal, assim, o magistrado deve “[...] abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória e na fase processual, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais, do Ministério Público e, no curso da instrução processual penal, das partes.” (LIMA, 2021, p. 46).

Uma das principais características do sistema acusatório são as limitações ao comportamento dos magistrados. O juiz deve atuar de forma imparcial, não sendo admitida a produção de provas de ofício e nem interferir na acusação formalizada pelo órgão responsável, essa foi a inovação trazida pelo pacote anticrime, Lei 13.964/19, no Art. 3-A do Código de Processo Penal estabelece que “[...] 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, 1942, art. 3-A).

Assim, o magistrado deve limitar sua atuação na apreciação das provas produzidas pelas partes para formar o seu convencimento, motivando com as provas contidas nos autos. Essa limitação na atuação do magistrado é de grande importância para assegurar a sua imparcialidade, a paridade de tratamento das partes e a legitimidade da decisão.

Nesse mesmo sentido, entende Aury Lopes Jr.(2020), prelecionando que a Constituição adotou de forma implícita o sistema acusatório como sistema processual penal brasileiro. Determinando os responsáveis por julgar, acusar e defender, valorizando, assim, as garantias e direitos fundamentais dos cidadãos. Já em sentido diverso, Paulo Rangel (2015) defende que o sistema processual brasileiro é acusatório, mas não puro, pois o inquérito policial é regido pela inquisitorialidade tratando o indiciado como objeto e não sujeito de direitos.

Ocorre que muitas leis infraconstitucionais foram elaboradas anteriormente a promulgação da Constituição Federal, época em que imperava o sistema inquisitório, como o Código Penal (1940) e o Código de Processo Penal (1941), assim, “Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional.” (LIMA, 2021, p. 47).

5 O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS.

Em 14 de março de 2019, o presidente do Supremo Tribunal Federal, por intermédio da portaria nº 69/2019, instaurou inquérito para apuração de fatos e designou o Ministro Alexandre de Moraes para condução.

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” (BRASIL, 2019, Portaria GP nº 69/2019)

O inquérito foi instaurado pela autoridade competente, conforme determina artigo 43 do regimento interno da corte sob o número 4.781/DF. Percebe-se que a instauração foi de ofício pela autoridade judicial responsável pelo julgamento

O partido político Rede Sustentabilidade ingressou com ADPF, que tramitou com o número 572/DF, no Supremo Tribunal Federal alegando que a portaria nº 69/2019 descumpria preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), do princípio da legalidade (art. 5º, II), da garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV) e da proibição de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII).

Conforme visto anteriormente, a teoria do garantismo penal estabelece a necessidade de divisão das funções processuais para permitir um julgamento imparcial e respeitando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. O “Inquérito das Fake News” foi instaurado pelo presidente do STF, que no inquérito irá figurar como vítima. Percebe-se, ainda, que o condutor do procedimento (Min. Alexandre de Moraes), também figura como vítima na investigação. Assim, estamos diante de uma anomalia processual em que se permitiu que a mesma pessoa seja ao mesmo tempo, vítima e julgador.

Outro ponto importante, que é objeto do presente trabalho, é a necessidade da divisão das funções processuais (acusação, defesa e julgamento), visando obedecer aos princípios constitucionais anteriormente citados. No inquérito das fake News não só as vítimas e os julgadores se confundem, mas também a própria acusação. A Procuradoria Geral da República (PGR), órgão responsável pela formulação da acusação se manifestou pelo arquivamento do inquérito, não visualizando o cometimento de crimes pelos investigados, entretanto, o Min. Alexandre Moraes negou o pedido de arquivamento continuando as investigações e presidindo o inquérito.

Constatado a ausência de interesse da Procuradoria em prosseguir com as investigações, o Min. Alexandre de Moraes, agindo de ofício, determinou “inúmeras medidas cautelares, tais como mandados de busca domiciliar, proibição de exibição de matérias jornalísticas, afastamento cautelar de servidores públicos de suas funções, etc. E isso tudo de maneira sigilosa.” (LIMA, 2021, p. 183). Posteriormente, o procurador-geral divulgou nota

pública, informando que o órgão acusador é contrário às diligências determinadas, tendo em vista que os resultados poderiam ser obtidos por meios menos invasivos e mesmo assim, de ofício, foi determinada produção de provas pela autoridade judicial.

No bojo da ADPF 572/DF a Procuradoria-Geral da República se manifestou pela procedência parcial do pedido visualizando a inconstitucionalidade da investigação que ocorre à revelia das atribuições constitucionais do Ministério Público, em respeito ao sistema processual acusatório, devendo as medidas investigativas serem previamente submetidas ao crivo do Ministério Público.

No voto do relator reconheceu que a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema processual acusatório como modelo processual a ser seguido no Brasil, entretanto, visualizou a inexistência de ofensa ao sistema acusatório na instauração de inquéritos para apurar fatos que diz respeito a membros da corte. No mérito a corte suprema limitou-se a assentar os seguintes condicionamentos ao procedimento:

(a) seja acompanhado pelo Ministério Público; (b) seja integralmente observado o Enunciado 14 da Súmula Vinculante; (c) limite o objeto do inquérito a manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CF, art. 2º) pela via da ameaça aos membros do STF e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a democracia; e (d) observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais. (LIMA, 2021, p. 184)

A doutrina, unisonamente, entende pela impossibilidade de o judiciário instaurar processo de ofício, tendo em vista que a iniciativa da ação penal pública é exclusiva do Ministério Público e seria uma grande ofensa ao sistema acusatório, pois a mesma autoridade responsável por instaurar o inquérito seria responsável pelo julgamento, preexistindo um vício de imparcialidade que poderia prejudicar o resultado do processo. Nesse sentido, Aury Lopes (2020):

A Constituição, ao estabelecer a titularidade exclusiva da ação penal de iniciativa pública, esvaziou em parte o conteúdo do artigo em tela. Em que pese o disposto no art. 5º, II, do CPP, entendemos que não cabe ao juiz requisitar abertura de inquérito policial, não só porque a ação penal de iniciativa pública é de titularidade exclusiva do MP, mas também porque é um imperativo do sistema acusatório. (LOPES, 2020, p. 235)

Verifica-se, ainda, doutrina no sentido de entender pela não recepção do artigo 43 do regimento interno do STF pela Constituição Federal de 1988. Considerando o Estado Democrático de Direito e o princípio do devido processo legal, não seria condicente

concentrar o poder de julgar e investigar nas mãos de uma única pessoa, criando a figura do “Ministro Inquisitor”. Nesse sentido, “[...] é fato que o dispositivo em questão não foi recepcionado pela Constituição Federal. Com efeito, essa concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa [...] revela-se absolutamente incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito [...]” (LIMA, 2021, p. 183)

A teoria do Garantismo Penal, conforme mencionado anteriormente, revela a necessidade de acusação para existência de responsabilidade penal, inclusive, formulando o axioma “*Nullum iudicium sine accusatione*”. Nesse sentido, impossível existir inquérito policial ou processo penal que vise investigar fatos que desinteressem ao órgão acusador, tendo em vista a não visualização do cometimento de crimes nesses fatos.

6 CONCLUSÃO.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de inexistência de ilegalidade no Inquérito 4.781/DF. Entretanto, conforme pesquisa realizada, concluiu-se pela existência de dissonância entre o entendimento do STF e o entendimento doutrinário e a teoria do garantismo penal.

A visão instrumentalista que concebe o processo como um mero instrumento para garantir a aplicação do direito material, deve ser afastada do direito processual penal. Tendo em vista que, conforme os ensinamentos de Candido Rangel Dinamarco (2008) a teoria instrumentalista tem como principal função aplicar o poder do estado, por intermédio da jurisdição.

Na seara penal que o mérito se refere a liberdade individual do homem, bem jurídico demasiadamente valorizado pela ordem constitucional, o processo deve ser instrumento para garantia dos direitos fundamentais e fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Assim, a visão do processo como mero instrumento deve ficar de lado e reger-se pela teoria do garantismo penal, que assegura os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, pensando o processo como instrumento garantidor. Percebe-se que essa vertente é mais compatível com o Estado Democrático de Direito, instituído na Constituição Federal de 1988.

O presente trabalho dedicou-se a analisar o inquérito das fake News (Inq 4.781/DF) e sua compatibilidade com a teoria do garantismo penal. Entretanto, concluiu-se que, a partir de uma visão garantista de processo, algumas garantias fundamentais das partes estão sendo

violadas, como o contraditório, a ampla defesa, a vedação de tribunal e exceção e garantia de julgamento por um juiz imparcial. Ante o exposto, verificou-se que o inquérito das fake News está em discordância com a teoria do garantismo penal, elaborada por Ferrajoli (2002), pois viola vários axiomas da teoria do garantismo penal.

Essas violações decorrem da inexistência de acusação, pois o órgão acusador requereu o arquivamento do inquérito, por não vislumbrar o cometimento de crime, e ainda assim, as investigações estão sendo conduzidas pelo juiz, a mesma autoridade responsável pelo julgamento. Ofendendo a separação das funções judiciais, a imparcialidade do juiz e o princípio do juiz natural, pois foi designado e não predeterminado. A pesquisa constatou que a postura dessas ações estão em dissonância com o sistema acusatório, com o princípio do contraditório e com o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a continuação do procedimento irá causar danos irreparáveis, não só as partes, mas a todo os cidadãos, pois ofende diretamente o Estado Democrático de Direito e a percepção social de estabilidade jurídica. Abrindo precedentes para permitir o futuro descumprimento das limitações do poder estatal.

REFERÊNCIAS

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

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de Teoria General y Historia del Proceso**. V.1. México: UNAM, 1974.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 junho. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 13 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Portaria GP nº 69 / Supremo Tribunal Federal**. – Brasília : STF, Secretaria de Documentação, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento interno [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal.** – Brasília : STF, Secretaria de Documentação, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2021

BÜLOW, Oskar Von. **La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales.** Buenos Aires: EJE, 1964.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Bookseller, 2000, p. 56, Vol. I.

CHIOVENDA, Giuseppe. **La Acción en el Sistema de los Derechos.** Bogotá: Temis, 1986.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo.** 31 ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 13 ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 10. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 17^a ed. São Paulo: SaraivaJUR, 2020. E-book. ISBN 978-85-53-61903-0.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica.** 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal.** 25 ed. São Paulo: Atlas, 2021

PGR esclarece pedido no STF de suspensão de inquérito das fake news. Migalhas, São Paulo, quinta-feira, 28 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/327877/pgr-esclarece-pedido-no-stf-de-suspensao-de-inquerito-das-fake-news> Acesso em: 12, junho e 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 26. ed, rev. e atual, São Paulo: Atlas, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.