

A jurisdição penal no estado de direito: a divisão intraprocessual do poder punitivo¹

Criminal jurisdiction in the rule of law: the intra-procedural division of punitive power

Eliomar da Silva Pereira²

Resumo

A divisão do poder é um postulado do Estado de Direito que se exige não apenas dos poderes clássicos, como também de cada poder no exercício de suas funções, a exemplo da jurisdição penal; uma decisão monocrática, aparentemente secundária no Supremo Tribunal Federal em 2018, redefine essa divisão do poder intraprocessual ao distinguir funções de investigação, além das funções já tradicionais de acusação e defesa, ao lado da função de decisão; este artigo pretende discutir as razões e explicitar melhor o que se supõe nessa decisão, tendo por base uma pesquisa bibliográfica sobre o postulado da divisão do poder no processo penal contemporâneo.

Palavras-chave: Divisão de Poder; Jurisdição; Sujeitos Processuais.

¹ Recebido em: 12/3/2021. Aprovado em: 28/12/2021

² Doutor em Direito (Universidade Católica Portuguesa - Escola de Lisboa). Possui Graduação em Direito, Pós-Graduação (lato sensu) em Ciências Criminais e Mestrado em Ciências Policiais (Criminologia e Investigação Criminal). É Professor do Programa de Pós-Graduação da Escola Superior de Polícia (Polícia Federal do Brasil). Atua nas áreas de Direito Processual Penal, Direito de Polícia Judiciária e Teoria da Investigação Criminal. E-mail: eliomar.esp@outlook.com

Abstract

The division of power is a postulate of the Rule of Law that is required not only of the classic powers, but also of each power in the exercise of its functions, like the criminal jurisdiction; a monocratic decision, apparently secondary in the Supreme Federal Court in 2018, redefines this division of intra-procedural power by distinguishing investigative functions, in addition to the already traditional functions of prosecution and defense, alongside the decision function; this article intends to discuss the reasons and better explain what is supposed in that decision, based on a bibliographic research on the postulate of the division of power in contemporary criminal proceedings.

Keywords: Division of Power; Jurisdiction; Procedural Subjects.

Introdução

O Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do Ministro Luís Roberto Barroso, relator em autos de processo de investigação criminal, considerou que indiciamento, denúncia e sentença devem ser entendidos como atos que representam respectivamente competências privativas de órgãos oficiais de investigação, acusação e julgamento, cujas funções precisam ser compreendida segundo uma lógica de separação do poder com vedação de interferência recíproca nas atribuições alheias sob pena de subversão do modelo de devido processo legal³.

Essa decisão, aparentemente contrária à posição tradicional do STF e nitidamente secundária no conjunto da jurisprudência, opera uma verdadeira revolução paradigmática na concepção da jurisdição penal, ao promover implicitamente uma divisão das funções do poder punitivo, atribuindo parcela de decisão ao órgão de polícia judiciária, para assegurar-lhe a competência exclusiva do poder de indiciamento independentemente de decisão judicial. A esse respeito, é importante no geral compreender essa função no amplo conjunto de poderes que se conferem ao órgão oficial de investigação, no regime de garantias de polícia judiciária que se estabeleceu na Lei n. 12.830/2013⁴, referida pelo relator em suas razões jurídicas de decisão, mas é especialmente importante observar o que representa a decisão no marco de compreensão da jurisdição penal no Estado de Direito, cujo postulado orgânico fundamental requer a divisão do poder punitivo não apenas em suas funções clássicas de legislação, administração e jurisdição, mas sobretudo quanto a esta especificamente uma espécie de divisão intraprocessual entre as funções de investigação, acusação e decisão. A estas, contudo, dever-se-ia referir também

³ A decisão, que se encontra em STF, Inq. 4621/DF, 23 de outubro de 2018, refere-se à equívoca expressão “modelo acusatório” que preferimos substituir por “modelo de devido processo legal”, por ser a que melhor expressa o modelo de processo do Estado de Direito, segundo a terminologia constitucional brasileira. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 4621/DF**. Requerente: Michel Miguel Elias Temer Lulia. Requerido: Polícia Federal. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 23 de outubro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5262819>. Acesso em: 10 nov. 2021.

⁴ BRASIL. **Lei Nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm Acesso em: 10 nov. 2021.

às funções de defesa que embora venham geralmente desempenhadas a título privado pelo sujeito passivo da relação processual, não deixa de corresponder a uma parcela da jurisdição em sentido democrático, podendo-se ainda incrementar pela previsão de uma parte igualmente pública que equilibre o poder com o órgão oficial de acusação.

Há muitas questões de interesse procedimental que se supõem nessa referida decisão, cujo detalhamento nos permitiria entender o contexto em que foi prolatada, mas nos exigiria ir além dos objetivos que nos interessa em nossa discussão. Este artigo tem por finalidade discutir apenas as razões teóricas não expressas na decisão, embora se encontrem em sua base de legitimação, bem como explicitar melhor os elementos que permitem compreender a lógica do Estado de Direito no processo penal, em que se insere a fase preliminar de investigação criminal como etapa fundamental na qual se operam restrições a direitos fundamentais, cuja vulnerabilidade pedem que se tenha em conta seriamente também os poderes da defesa.

1. O poder punitivo e suas razões

O poder punitivo é a função social cujo monopólio político caracteriza a essência do Estado. Ainda que outras funções se tenham incorporado em sua história e possam qualificá-lo na forma como exerce sua soberania (liberal, social ou econômico), a punição é uma reserva absoluta de que não se pode desfazer sem o risco de perder a natureza própria de Estado. É nesse sentido que podemos compreender a concepção de Estado proposta por Max Weber que, partindo de uma afirmação de Trotsky (“todo Estado se funda na força”), define o Estado contemporâneo “como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território – a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado – reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física”⁵. Ao jurista que raciocina na lógica do Estado de Direito, essa é uma afirmação demasiado crua para ajustar-se aos limites jurídicos fundamentais que se impõem ao poder estatal, mas é precisamente o melhor

⁵ WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 2011.

ponto de partida para entendermos o poder punitivo, avançando com a compreensão das razões que orientam sua organização e procedimento, a fim de que possamos ter uma noção do lugar do processo penal na racionalização desse poder.

O poder punitivo antigo se caracteriza essencialmente por ser uma concentração das diversas funções do poder estatal, podendo encontrar-se um exemplo típico na *cognitio* da Antiga Roma, mais precisamente no período pré-republicano (monárquico). Essa *cognitio*, que é considerada um dos mais antigos procedimentos do poder punitivo, confundia-se com uma pura *coercitio*, como manifestação do *imperium* do monarca que era também chefe militar⁶. O *imperium* é um conjunto de poderes, ao passo que a *iurisdictio* é um poder singular e emanação do *imperium*⁷. Era um poder que se exercia sem limites nem regras delineadas, que às vezes se fazia auxiliar por *quaestores parricidii*, aos quais se delegavam funções de investigar, processar e julgar^{8 9}. Mas, a respeito dos *quaestores*, que viriam a figurar também no período da legislação decenviral, as fontes não precisam quais eram exatamente suas atribuições, embora se reconheça que eles, como espécies de magistrado, não detinham *imperium*, mas apenas *potestas* correspondente ao seu campo de atividade^{10 11}. Contudo, não se tratava ainda de uma qualquer divisão de poder; na melhor das hipóteses, era expressão apenas de uma divisão de tarefas no interior do *imperium*, que atuava como *longa manus* deste, sem implicar qualquer autonomia no exercício do poder. Configuração similar de poder punitivo se vai

⁶ Santalucia (1990, p. 33ss) considerava que o exercício de uma atividade desenvolvida com base em *imperium*, sem limites nem regras, não se pode constituir em verdadeira e própria função jurisdicional (*iudicatio*), mas apenas *coercitio*.

⁷ MARTINO, Francesco de. **La giurisdizione nei diritto romano**. Padova: CEDAM, 1937. p. 255.

⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos de processo penal romano**. São Paulo: EDUSP-Buschatsky, 1976. p. 107.

⁹ Sobre a origem dos *quaestores*, como assistentes do rei no exercício da jurisdição criminal, conferir o que diz Di Marzo. DI MARZO, Salvatore. **Storia della procedura criminale romana**. Napoli: Jovene, 1986. p. 67ss.

¹⁰ KUNKEL, Wolfgang. **Historia del derecho romano**. Barcelona: Editorial Ariel, 1999. p. 26.

¹¹ Santalucia observa que as fontes se imitam a indicar sua esfera de atividade relativa à persecução dos crimes, embora pareça verossímil que, em virtude de suas funções originárias de caráter indagatório, tinham a tarefa de instruir o processo e promover a acusação perante o juízo popular. SANTALUCIA, Bernardo. **Derecho penal romano**. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1990. p. 51.

encontrar na *cognitio extra ordinem* na época do Império, proliferando em modelos diversos na história das instituições processuais penais.

Todos os modelos históricos de poder punitivo se desenvolvem, em síntese, segundo duas racionalidades organizativas que correspondem a dois modelos de Estado. Na lógica do Estado de Exceção, suas razões se orientam pelas causas que justificam a concentração do poder para responder ao problema criminal; na lógica do Estado de Direito, inversamente, suas razões se orientam pelos motivos que justificam a divisão do poder para promover uma maior garantia de direitos fundamentais.

1.1. As razões da divisão do poder: o estado de direito

Ainda que na perspectiva do cidadão a ação do poder punitivo seja sentida na prática aparentemente de forma unificada, é uma aquisição política do Estado moderno que esse poder se exerce efetivamente segundo condições formalmente legislativas, por ações materialmente administrativas e decisões processualmente jurisdicionais. O poder punitivo do Estado, nesse sentido, congrega um conjunto de atos legislativos, administrativos e jurisdicionais, que partem da obrigação de proteção de bens jurídicos tutelados penalmente, mas que se desenvolvem com respeito a outros direitos de defesa. O processo penal é, nessa primeira aproximação teórica, o cenário jurídico em que o poder punitivo jurisdicional se desenvolve, revelando o método de exercício desse poder.

A teoria da divisão do poder tem sua mais reconhecida formulação elaborada por Montesquieu, embora antes dele se possam encontrar outras formulações no sentido de uma mera divisão de tarefas¹². Partindo do que considerava uma “experiência eterna” relativa ao poder, Montesquieu¹³ chega à concepção que alcançou a natureza de paradigma do Estado de Direito,

¹² Nesse sentido, Fleiner-Gester a falar de Aristóteles e de Locke; embora, na percepção de Zippelius, Locke desconfiasse também do poder legislativo, exigindo a sua separação do poder executivo. FLEINER-GESTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.p. 475 ss; ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p.408.

¹³ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.166.

concluindo com a fórmula clássica: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”. A divisão do poder, em Montesquieu, assume assim um sentido específico, pois “a liberdade dos cidadãos pode ser medida segundo o tipo de separação dos poderes do Estado em questão”, tornando-se a teoria um postulado central de um Estado liberal, distinta de outras teorias da separação dos poderes¹⁴.

Essa teoria clássica da divisão do poder se pode entender como paradigma de controle do poder, pois em sua expressão mais ampla se trata de como se pode evitar, em uma comunidade organizada e dotada de força, uma perigosa concentração do poder com o excesso de dirigismo centralizado. Nesse sentido, a divisão pretende criar um sistema de exercício moderado e controlado do poder, através de repartição e coordenação de competências. Para além do espaço clássico da teoria, portanto, trata-se de ver um programa de controle do poder que ultrapassa o Estado, podendo encontrar-se dentro e fora dele, no âmbito de atuação de forças sociais e sobretudo no cenário das instituições internacionais¹⁵. Na linha dessa concepção mais abrangente, Fleiner-Gester¹⁶, observa que “a ideia fundamental de uma autêntica separação dos poderes deve provavelmente ser introduzida na própria administração”, pois, segundo lhe parece as doutrinas não consideram que, além de um governo politicamente responsável, é necessário ter em conta o aparelho administrativo que se pode organizar, tendo vida própria ao ponto de sutilmente restringir a liberdade dos cidadãos, sem que estes se deem conta disso.

J. J. Gomes Canotilho¹⁷ considera que a ideia de divisão de poderes constitui a dimensão objetiva de Estado de Direito, cuja dimensão subjetiva (dela indissociável) consiste na proteção dos direitos fundamentais, ao que podemos acrescentar aquela dimensão procedimental que postula uma proporcionalidade no exercício do poder. Mas ela se deve entender em uma dupla perspectiva. Em sentido negativo, implica uma divisão como controle e limite. Em sentido positivo,

¹⁴ FLEINER-GESTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. p.479.

¹⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 401.

¹⁶ FLEINER-GESTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. p.483-485.

¹⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 250 ss.

implica “a organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas”. Trata-se, em última análise, de mecanismos para assegurar que o Estado cumpra suas funções de forma justa, sem que se perca em abusos. A divisão de poderes é, assim, um postulado jurídico-organizatório, cuja relevância jurídico-constitucional reside na ordenação de funções como racionalização do poder estatal pelo controle recíproco do poder. O que se pretende, nesse sentido, não é tanto uma rígida separação orgânica, formalmente considerada, mas permitir que se chegue a uma justa decisão que legitima o exercício do poder.

Reinhold Zippelius¹⁸ também considera que o importante da divisão dos poderes não é tanto seguir uma separação tradicional que implique uma rígida distinção de funções respectivamente atribuídas a um determinado órgão, como o pretende a teoria clássica da divisão do poder. Quer porque a distinção entre legislação, administração e jurisdição tem já pedido que se distinga ainda o governo, quer porque tem sido mesmo difícil impedir que sempre uma mesma função seja exercida por um mesmo órgão, a exemplo do que se dá nos julgamentos do Presidente pelo Senado, ainda que sob direção do Supremo Tribunal Federal. Daí ser mais importante atentar para o que considera um princípio por “distribuição de funções organicamente adequada”, afinal, há funções que correspondem a órgãos que foram instituídos para cumprir certos fins, que se justificam por suas vantagens. A jurisdição penal é, nesse sentido, a função que se atribui a um conjunto de órgãos que concretizam a punição previamente legislada. É geralmente atribuída ao Poder Judiciário, mas se pode encontrar eventualmente em órgãos de outros poderes.

¹⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p.411 ss.

1.2. A jurisdição como poder punitivo: modelos de legitimação

A jurisdição, portanto, é, antes e sobretudo, uma função do poder punitivo, afinal, segundo Ranieri¹⁹: “L’adempimento di una funzione soppone sempre un potere...”. E esse poder se impõe precisamente pelas mãos do juiz ou do Tribunal, não por qualquer outro órgão estatal²⁰. É, portanto, preciso abandonar-se a concepção romântica acerca da jurisdição como exclusiva garantia de direitos fundamentais. O fato de que esse poder se encontra limitado por certas condições de exercício e validade não nos deve confundir, portanto, a compreensão de que corresponde, em última decisão, ao Poder Judiciário condenar o culpado, bem como autorizar as medidas restritivas de direitos fundamentais durante o inquérito e todo o restante do processo²¹. Constitui, assim, um erro grave da dogmática processual penal ver o juiz apenas em função de garantia, relativamente aos demais órgãos estatais de persecução penal, deixando de observar que também contra ele é preciso assegurar os direitos fundamentais. É por isso que, de uma forma sutil, embora incisiva, Mata-Mouros²², assim conclui sua tese, propondo “uma dogmática que ouse quebrar o dogma de que a tutela judicial é sempre assegurada pelo juiz; nunca contra ele”. E isso começa a ficar evidente na jurisprudência de instâncias supra-estatais, como se encontra no Tribunal Europeu de Direitos Humanos e na Corte Interamericana de Direitos Humanos, onde se revisam certas práticas abusivas dos juízes e tribunais nacionais.

Esse poder se desenvolve por um conjunto de medidas restritivas de direitos e liberdades individuais, que se podem orientar à produção da prova criminal ou apenas à mera restrição do direito com função preventiva processual. E nesse ponto, esse poder tende a confundir-se com medidas de polícia²³, porque apenas são formalmente jurisdicionais em razão do órgão que as

¹⁹ RANIERI, Silvio. **La giurisdizione penale**. Milano: Instituto Editoriale Scientifico, 1930. p.83.

²⁰ Essa é uma tese fundamental que se colhe em Goldschmidt. GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso II: Problemas políticos y jurídicos del proceso penal**. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1961. p. 44.

²¹ A enfatizar o papel central do juiz, cf. Pisani, PISANI, Mario. **Problemi della giurisdizione penale**. Padova: CEDAM, 1987. p. 29ss.

²² MATA-MOUROS, Maria de Fátima. **Juiz das Liberdades: Desconstrução de um mito processual**. Coimbra: Almedina, 2011. p.451.

²³ A respeito, falando de “crisi della giurisdizione e carcere preventivo”, cf. Ferrajoli. FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale**. 9.ed. Roma-Bari: Laterza, 2008.p.803ss.

decretas, mas materialmente são idênticas a medidas administrativas que se decretam sem qualquer proporcionalidade efetivamente jurisdicional. São expressão de meros poderes potestativos. A jurisdição, assim, como expressão do poder estatal, se pode entender como um conjunto de poderes cognitivos e poderes potestativos²⁴, que depende de um conjunto de garantias para que se reduzam ou controlem os espaços de arbítrio que emergem dessa atividade. Contudo, por mais controlado que seja, é certo que a função jurisdicional compreende certos espaços, dentro dos quais a autoridade judicial, bem como outras autoridades, se exerce com alguma discricionariedade insuprimível²⁵, por mais perfeito que pretenda ser o sistema processual de garantias, embora deva ser função da ciência jurídico-processual buscar minimizá-los.

Mas, assim considerada, como então se legitima a jurisdição, no exercício de seu poder? Há três modelos fundamentais que caracterizam o tipo de jurisdição penal correspondente às expectativas sociais em relação ao Estado: o contratualista, o democrático e o cognitivista.

O modelo de legitimação contratualista postula que uma decisão jurisdicional se legitima pelo fato de que as partes do processo chegam a um acordo (contratual) em relação ao objeto de discussão. Esse é um modelo ultra-liberal que acredita na capacidade que tem cada homem de decidir acerca de seus interesses, mesmo que se trate de sua liberdade ou outros direitos correlatos no contexto de uma questão criminal. É um modelo que podemos encontrar em parcela do sistema jurídico-penal que admite transações penais, bem como acordos de não persecução ou qualquer outra medida contratual que implica a subtração ao processo penal. É um modelo potencialmente injusto, porque não assimila os problemas socioeconômicos anteriores e externos ao sistema penal, que se torna cego às diferenças de classes, assumindo o papel de imunizar a sociedade segundo as diretrizes práticas da autoridade pública. E assim, esse modelo aproxima a jurisdição de uma administração da justiça, ao ponto de anular a jurisdicionalidade material. Ademais, a considerar que se trata geralmente de uma disposição da tutela penal, surge sempre a questão por que

²⁴ RICCIO, Giuseppe. **Procedura Penale. Tra storia e politica**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2010. p.179.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale**. p. 10ss.

não se exclui esta a *priori*. Afinal, aquilo que pode ser a *posteriori* objeto de acordo contratual no processo, com mais razão deveria estar excluído a *priori* da tutela penal.

O modelo de legitimação democrática, por sua vez, postula que uma decisão jurisdicional se legitima pelo fato de que a maioria decide acerca da questão criminal, ainda que à revelia de qualquer oposição do indivíduo prejudicado, por vezes até à revelia de uma qualquer verdade possível. É claro que se podem pensar variações desse modelo, mas o postulado da maioria como expressão da coletividade social tende sempre a impor-se sobre a individualidade do imputado. Mas como bem observou-se, nem a absoluta maioria é capaz de legitimar seriamente uma decisão acerca de um crime, se não houver evidências empíricas de que esse crime aconteceu e pode ser atribuído a um indivíduo como responsabilidade sua. Nas palavras de Luigi Ferrajoli: “Não se pode sacrificar a liberdade de um homem acerca de quem não está verificada a responsabilidade penal, nem ao interesse nem à vontade de todos” (tradução nossa)²⁶. Essa objeção nos abre para o terceiro modelo que se coloca em oposição aos dois primeiros porque afastam a legitimação pela mera decisão (modelos decisionistas, quer por decisão de partes, quer por decisão de uma maioria), para postular uma legitimação cognitivista da jurisdição.

O modelo de legitimação cognitivista, portanto, postula a máxima *veritas, non auctoritas facit iudicium* como condição necessária, embora não suficiente da decisão jurisdicional. Esse postulado nos pede que os juízos penais sejam predominantemente cognitivos e necessariamente referidos à verdade de fatos (*quaestio facti*) e normas (*quaestio iuris*), sobre a qual exista algum controle intersubjetivo e público. Há, nessa concepção, entre jurisdição e verdade, um nexo indissociável, que vai exigir uma investigação criminal capaz de alimentar esse sistema de justiça penal, sem, contudo, cair no dogmatismo da racionalidade inquisitória com que se funda o processo penal público e persiste na epistemologia processual contemporânea. Luigi Ferrajoli²⁷ defende que o cognitivismo processual, representado pelo postulado *veritas, non auctoritas*

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**: Teoria del Garantismo Penale. p.43.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**: Teoria del Garantismo Penale. p.8ss.

facit iudicium, corresponde ao princípio da estrita jurisdicionalidade que deve orientar a epistemologia garantista da justiça criminal. Em outras palavras, “não há justiça sem verdade”²⁸.

Assim, a jurisdição, como função do poder entre outras, é sobretudo poder de verificação fática e demonstração probatória, que se pode compreender como questão prejudicial a todos os demais aspectos do poder relativo à interpretação, compreensão equitativa e valoração ético-política de que nos fala Luigi Ferrajoli²⁹. A “conoscenza del fatto”³⁰ – que se exige desse poder, como condição de exercício de sua autoridade – corresponde à base de legitimidade cognitivista em que a jurisdição precisa se fundamentar, se não quer ser um mero exercício de decisão sustentada apenas na autoridade da decisão de um juiz (formalmente investido da jurisdição, mas materialmente despido dela)³¹, em substituição à decisão de acordo entre as partes ou de uma qualquer maioria democrática.

Contudo, como o dissemos, a legitimação cognitivista é uma condição necessária, mas não suficiente à jurisdição, porque a cognição se pode desenvolver segundo muitas epistemologias. E, nesse sentido, podemos ainda verificar três submodelos de legitimação cognitiva. Primeiramente, podemos encontrar o modelo pré-científico das ordálias e *Iudicium Dei*, em que o indivíduo é posto à prova por mecanismos corporais de provação, segundo uma racionalidade mágica. Em segundo lugar, podemos encontrar o modelo proto-científico das Inquisições que, embora motivadas por um renascimento medieval do conhecimento, desenvolvia-se segundo uma lógica autoritária que antecipava todo a verdade revelada que queria apenas comprovar. Por fim, temos o modelo técnico-científico da modernidade que, embora se tenha alimentado da ciência moderna, ainda subsiste tendo alguns problemas autoritários decorrentes da eficiência técnica. Mesmo nesse modelo, há problema que subsistem

²⁸ A respeito, em sentido similar, cf. também Laudan. LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**: Un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 23; Taruffo. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 62-71.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**: Teoria del Garantismo Penale. p.10ss.

³⁰ Segundo expressão utilizada por Ubertis (1992). UBERTIS, Giulio. **La conoscenza del fatto nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 1992.

³¹ Essa distinção se encontra em Ferrajoli. FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**: Teoria del Garantismo Penale. p. 13ss; p. 107ss.

relativamente à jurisdição que pretenda constituir-se como uma espécie de garantia de segundo grau.

2. A jurisdição como garantia de segundo grau

A questão primária da jurisdição persiste sendo o problema da imparcialidade do juízo, entre outras tantas questões que lhe seguem em anexo, como uma qualidade que lhe deve ser inerente³²³³. Mas tem sido um erro limitá-la a uma exigência de neutralidade psicológica do juiz, como uma questão puramente subjetiva, pois sua compreensão abrange uma perspectiva objetiva que exige divisão de fases e funções no sistema processual³⁴. Assim, portanto, a questão passa ainda pela posição que o juiz ocupa no processo, mas em outra perspectiva. Na história das instituições processuais e no direito comparado, registram-se duas possibilidades extremas acerca dessa posição do juiz, especialmente na primeira fase processual da investigação. O tipo de juiz de instrução se caracteriza por sua atividade constante durante a investigação criminal. É esse tipo de juiz que, histórica e comparativamente, tem-se combatido por novas propostas que pretendem atribuir a investigação ao órgão oficial de acusação, postulando um outro tipo de juiz, limitado à função de garantia de direito fundamentais. Esse tipo de juiz, contudo, surge como antípoda daquele outro, caracterizando-se por uma passividade crítica durante a investigação criminal que inviabiliza a jurisdicionalidade material efetiva³⁵. O que, contudo, se tem tornado claro é que a imparcialidade do juízo não se pode limitar a uma

³² SILVA, Germano Marques da. **Direito processual penal português I: Noções gerais**. Sujeitos processuais e objeto. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013. p.58.

³³ UBERTIS, Giulio. **Principi di procedura penale europea: Le regole del giusto processo**. 2.ed. Milano: Raffaello Cortina, 2009. p. 33.

³⁴ A tese histórico-jurídica a favor da perspectiva objetiva se pode encontrar em Zysman Quirós. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. La garantía de imparcialidade. In: HENDLER, E. S. (comp.). **Las garantías penales y procesales penales: Enfoque histórico-comparado**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. p. 337-359. Na jurisprudência, pode-se encontrar essa compreensão dupla pelo TEDH, conforme o relata Barreto. BARRETO, Irineu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem**: anotada. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 194ss.

³⁵ A respeito, cf. Salas. SALAS, D. O papel do juiz. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org). **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 507-562; a enfatizar esse aspecto geral da imparcialidade, cf. Valdez Pereira (2014) PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

questão de atividade ou passividade durante a investigação. A imparcialidade compreende-se melhor como uma questão de incompatibilidade entre funções dos diversos sujeitos, bem como entre etapas do procedimento penal³⁶. É nesse sentido que a ideia de imparcialidade se deve reconduzir ao problema da divisão intraprocessual do poder, como uma forma de organização da jurisdição que pretenda efetivamente estabelecer-se como uma garantia aos direitos fundamentais.

A jurisdição como garantia se deve entender, dentre as diversas concepções (formal, material e funcional) que buscam defini-la³⁷, como uma função estatal que se distingue das demais não tanto pela forma (processual) como atua, embora essa seja uma condição necessária, mas antes pela específica função que assume como “garantia de segundo grau”. A jurisdição é, nesse sentido, o princípio primordial que se erige como guardião das liberdades no processo penal³⁸. Não se pode confundi-la, assim, com o sujeito formal que a realiza, pondo o acento apenas no juiz, com exclusão dos órgãos de acusação e defesa, tampouco do órgão de investigação, mas isso não exclui a necessidade de que a jurisdição venha assegurada por uma específica posição do juiz relativamente aos demais sujeitos, não apenas quanto os sujeitos internos do processo penal, mas quanto aos sujeitos externos que compõem os demais poderes estatais. Também não se pode confundi-la com um específico conteúdo material da decisão jurisdicional, mas isso não exclui que ela venha fundamentada sempre com referência a fatos provados na determinação do

³⁶ AROCA, Juan Montero. **Proceso penal y libertad**: Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Civitas, 2008. p. 216ss.

³⁷ Para um panorama dessas concepções, cf. Mata-Mouros (MATA-MOUROS, Maria de Fátima. **Juiz das Liberdades**: Desconstrução de um mito processual. p. 54-78); mais detalhadamente, cf. Montero Aroca AROCA, Juan Montero. **Introducción al derecho procesal**: Jurisdicción, acción y proceso. Madrid: Tecnos, 1976. p. 15-112); Alcalá-Zamora y Castillo (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. “Jurisdicción”. In: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría e historia del proceso**. Tomo I. México: Universidad Autónoma de México, 1992. p. 29-60. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1049/5.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021. p. 29-60); Fairén Gairén (FAIRÉN GUILLÉN, V. **Teoría general del derecho procesal**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. p. 103-142); Tornaghi (TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal I**. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 215-240); Tucci (TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 17-56); Ranieri (RANIERI, Silvio. **La giurisdizione penale**. p. 80ss).

³⁸ A falar de “princípio da jurisdição”, cf. Marques da Silva (SILVA, Germano Marques da. **Direito processual penal português I**: Noções gerais. Sujeitos processuais e objeto. p. 56ss).

direito, em conformidade com uma legitimação cognitivista. Assim, embora a jurisdição possa vir associada aos juízes e tribunais (concepção formal, orgânica ou subjetiva) ou a um específico conteúdo da decisão jurisdicional (concepção material), o certo é que sua especificidade relativamente às demais funções estatais está na função de garantia da liberdade processual.

Não vamos ao extremo de dizer que à jurisdição corresponda apenas a tutela de direitos individuais, em confronto com a administração a quem interessaria tutelar apenas interesses coletivos³⁹, o que, embora sendo aceitável em parte, excluiria a possibilidade de ações coletivas, mas parece certo que à jurisdição em sentido estrito corresponde àquela noção de jurisdição de equidade, atenta ao caso particular, em distinção com o que já se chamou de jurisdição legal⁴⁰. Assim, tem algum sentido dizer que a jurisdição se acresce à legislação como garantia da liberdade, na perspectiva do processo. Luigi Ferrajoli considera que a jurisdição consiste mesmo em uma forma de garantia secundária de direitos fundamentais, que se segue à garantia primária existente na legislação. Legalidade e jurisdicionalidade, assim, se complementam no Estado de Direito em função da garantia de direitos, estando o poder da administração pública, assim como todos os poderes privados, conformados juridicamente *a priori* pelo legislador e *a posteriori* pelo judiciário.

A jurisdição é, nesse sentido, o exercício de uma função de garantia que depende da inobservância de uma norma primariamente definida. Ela pressupõe, portanto, um ato (inválido ou ilícito), previsto antes em uma norma primária (legalidade material), para que se possa realizar, segundo uma outra previsão (legalidade processual) em norma secundária. Ela é, portanto, sempre um acerto sobre um fato nominado juridicamente, que exige um nexo de implicação entre prova e interpretação operativa de uma norma violada⁴¹. A jurisdicionalidade penal é, assim, garantia de segundo grau que se segue à legalidade penal, considerada uma garantia de primeiro grau de que depende efetivamente. É, nesse sentido, condição de estabelecimento da culpa e aplicação da pena (*nulla poena et nulla culpa sine iudicio*), mas ela vem

³⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. "Jurisdicción". p.51ss.

⁴⁰ TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal I**. p. 215-240.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris I**: teoria del diritto. Roma-Bari: Laterza, 2007. p. 879-885.

igualmente condicionada pela legalidade (material e processual), sem a qual não teria parâmetros garantidos⁴².

A jurisdição, portanto, vai depender de um conjunto de condições que têm como objetivo assegurar a independência potestativa, bem como a imparcialidade cognitiva do juízo verdadeiro acerca do crime, visando a estabelecer uma racionalidade processual que pretende evitar o arbítrio judicial. Essas garantias visam a assegurar não apenas a autonomia da jurisdição relativamente a poderes externos, mas sobretudo seus limites como poder interno ao processo. Luigi Ferrajoli, a respeito dessas condições, fala em garantias orgânicas e procedimentais. As garantias orgânicas são “relativas à formação do juiz e à sua colocação institucional a respeito dos outros poderes do Estado e aos outros sujeitos do processo”, a exemplo das garantias de independência e imparcialidade do juiz, juiz natural, separação entre juiz e acusação, obrigação de ação e outras similares. As garantias procedimentais, por sua vez, são “relativas à formação do juízo, nomeadamente a recolha de provas, o desenvolvimento da defesa e o convencimento do órgão judicante”, a exemplo das garantias de ônus da prova, contraditório, publicidade e oralidade, direito de defesa, motivação da decisão e outras similares⁴³.

A garantia da jurisdição, portanto, decorrerá não da função autônoma do juiz ou do Tribunal, mas do conjunto de condições que tornam possível o seu exercício de forma equitativa, a exigir um método processual. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, assim, embora não parta da ideia de jurisdição, referindo-se ao direito a um processo equitativo, fala, de forma similar, em exigências de ordem institucional (independência e imparcialidade) e exigências de ordem procedimental (igualdade, publicidade e duração razoável), como garantias de ordem geral, que se devem pressupor às garantias de ordem específica (presunção de inocência e direitos de defesa)⁴⁴. Mas essas referências a direitos ou garantias, em planos conceituais diversos, embora

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris I**: teoria del diritto. p.32; FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**: Teoria del Garantismo Penale. p. 8.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**: Teoria del Garantismo Penale. p. 548ss.

⁴⁴ A respeito, cf. o guia da Tribunal. CEDH. **Guide de l'article 6. Droit à un procès équitable**. Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, 2021. (CEDH, 2021, pp. 12-19ss).

possam exigir distinções dogmáticas analíticas, podem-se reconduzir em plano teórico ao caráter principiológico com que se assumem no ordenamento do processo penal, a título de direitos humanos ou fundamentais, que se destinam a estabelecer condições de garantia dos valores processuais de verdade, igualdade e liberdade, a considerar a proeminência normativa com que são reconhecidos atualmente no plano internacional e constitucional. Assim, portanto, podemos falar em um princípio da jurisdição, em perspectivas formal e material.

2.1. O princípio (formal e material) da jurisdição

A considerar a natureza bifronte da jurisdição, tanto como poder, quanto como garantia, é relevante ter em conta uma distinção que faz Luigi Ferrajoli⁴⁵, entre jurisdicionalidade em sentido lato e em sentido estrito. A jurisdição penal, em sentido lato, já se encontrava na cláusula 39 da Magna Carta⁴⁶, que previa a reserva de jurisdição em matéria penal como condição necessária para restrição da liberdade. Nela já se podia encontrar implícita a presunção de inocência, até que um juízo se manifestasse sobre a culpa de uma pessoa a respeito de um crime. Contudo, essa submissão ampla à jurisdição não exigia qualquer tipo de processo, mas apenas um qualquer processo legalmente estabelecido. Compreende-se, nesse sentido, por que a jurisdição em sentido amplo é uma garantia ainda meramente formal, que se pode encontrar tanto no processo penal acusatório, quanto no processo penal inquisitório. Havia, portanto, jurisdição naquela função exercida pelo inquisidor no *Directorium Inquisitorum*, bem como haverá nas funções do juiz de instrução do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808⁴⁷, tanto quanto há nas funções dos juízes do Código de

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**: Teoria del Garantismo Penale. p.8ss.

⁴⁶ BRASÍLIA. **Magna Carta 800 anos**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/c9627733-ac38-4c49-9a99-b4522a0febd1>. Acesso em: 10 nov. p.39.

⁴⁷ LE DROIT CIMINEL. **Code d'instruction criminelle de 1808**. Disponível em: https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1808/code_instruction_criminelle_1.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

Processo Penal brasileiro de 1943⁴⁸ e no Código de Processo Penal português de 1987⁴⁹, por exemplo. Ela se pode representar pela máxima *nulla culpa sine iudicio*⁵⁰.

Mas lhes pode faltar algo que efetivamente garante os direitos processuais fundamentais. A questão é, portanto, saber que juízo. Pode-se, assim, dizer que há exercício de jurisdição em várias situações histórico-positivas, independentemente de sua configuração orgânica e procedimental com que se realiza processualmente, mas apenas atendendo a determinadas condições um sistema jurídico-penal pode assegurar aqueles fins de legitimação do direito penal, entre os quais se incluem necessariamente também a prevenção de arbitrárias punições, em que se deve incluir ainda o arbitrário desenvolvimento do processo penal. Portanto, em sentido estrito, a jurisdição exige uma certa configuração, que impeça qualquer autoritarismo decorrente da proeminência do juiz. Esse é o entendimento de Germano Marques da Silva, para quem “a essencialidade da jurisdição não pode significar um dissimulado autoritarismo estatal de que a história nos dá conta, em prejuízo do equilíbrio entre os poderes do juiz, da acusação e da defesa”⁵¹.

A noção estrita de jurisdição, na concepção de Ferrajoli, portanto, remete exatamente aos demais princípios do processo como desenvolvimento e aperfeiçoamento material seu. A jurisdição em sentido estrito, nesse sentido, exige exatamente os princípios que lhe seguem, relativos a acusação, prova e defesa. Assim, à máxima *nulla culpa sine iudicio* se devem seguir ainda as demais – *nullum iudicium sine accusatione*, *nulla accusatio sine probatione* e *nulla probatio sine defensione* –, que se podem sintetizar na fórmula *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et defensione*⁵², com que podemos

⁴⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

⁴⁹ DRE. **Decreto-Lei n.º 78/87**. Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929. Disponível em: http://europam.eu/data/mechanisms/FOI/FOI%20Laws/Portugal/4.%20Code%20of%20Criminal%20Procedure%20of%201987_POR,%20consolidated,%20last%20amended%202020.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**: Teoria del Garantismo Penale. p.548ss.

⁵¹ SILVA, Germano Marques da. **Direito processual penal português I**: Noções gerais. Sujeitos processuais e objeto. p. 57.

⁵² Cf. *Teorema 63* do garantismo penal, segundo a teoria de Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**: Teoria del Garantismo Penale. p. 90).

definir a jurisdição em sentido estrito, embora ainda nos seja exigível estabelecer os princípios que especificam cada elemento constitutivo e visam a garantir a liberdade, igualdade e verdade processuais implícitos⁵³. Assim, em seu sentido estrito, a jurisdição congrega princípios jurídicos que orientam a realização do direito como postulados de uma teoria da justiça processual, a título de um limite ideal para o qual deve a experiência caminhar no sentido de alcançar uma máxima legitimação possível. Mas antes que possamos falar de quaisquer princípios jurídicos, de uma perspectiva pragmática do processo penal, é necessário que tenhamos uma devida divisão intraprocessual do poder punitivo que possa viabilizar a realização garantista da jurisdição, se não queremos nos perder no puro discurso teórico incapaz de realização efetiva de garantias. É, portanto, uma questão de jurisdicionalidade material, que exige uma divisão interna da jurisdição penal.

2.2. A divisão (microfísica) da jurisdição penal

A divisão do poder é um postulado constitucional que é geralmente associado à teoria do Estado, em relação aos poderes tradicionais (legislativo, executivo e judiciário)⁵⁴, mas, bem entendida a teoria clássica, com maior razão, aplica-se ao poder punitivo que se exerce pela jurisdição no processo penal como exigência de um Estado de Direito. Afinal, seria ilógico sustentar de uma perspectiva constitucional um sistema que tem em consideração garantias cidadãos frente ao provável abuso no exercício do poder estatal, se quando se pretende regulamentar o uso da força do Estado exatamente na instância em que ele se exerce de forma real, suas soluções fossem absolutamente desvinculadas (ou contrárias) do modelo constitucional. É, portanto, com razão que se tem insistido na necessidade de não reduzir a ideia de divisão do poder

⁵³ Não se trata apenas de princípios que regulam os vários momentos da jurisdição, como o considera Ranieri (RANIERI, Silvio. **La giurisdizione penale**. p. 117ss), mas sim dos vários elementos com que ela se constitui.

⁵⁴ Nesse sentido, é a doutrina jurídica geral que se encontra em Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris I: teoria del diritto**. p. 846ss); Gomes Canotilho (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 250ss) e Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 259ss).

à organização constitucional do Estado, embora neste âmbito se tenha alcançado o nível de paradigma. A respeito, bem observa Maximiliano A. Rusconi, trata-se de “princípio básico segundo o qual se soluciona, no marco do Estado de Direito, a antinomia «eficiência processual-garantias individuais» e isto se apresenta em qualquer nível normativo que seja, mas sobretudo onde o Estado exerce a maior cota de violência: o processo penal”⁵⁵.

É nesse sentido que Karl Heinz Gössel⁵⁶, tendo por referência o processo penal alemão, ao tratar da divisão do poder, observa que essa técnica se insere como uma autolimitação do poder público para garantia contra excessos de poder na busca da verdade. Por isso, como corolário da divisão do poder, o procedimento penal foi detalhado em três fases de averiguação, acusação e sentença, que deveriam estar sob a direção de distintos órgãos. Bernard Bouloc⁵⁷, tendo por referência o processo penal francês, fala da separação de funções, mas sugere apenas a divisão das fases processuais de julgamento, instrução e persecução, não atentando seriamente para a necessária divisão entre acusação e averiguação. Essa é a mesma divisão que se vai encontrar no processo penal português, a refletir a estrutura do Código de Processo Penal de 1987⁵⁸, acerca da qual Paulo Dá Mesquita⁵⁹ sustenta sua tese sobre “repartição de funções e garantia judiciária”.

A questão, contudo, precisa colocar-se sob uma perspectiva mais esclarecedora ao processo penal, tendo em conta que estamos falando efetivamente do exercício da jurisdição penal. Não se trata apenas de repartir funções, como mera questão de divisão de tarefas, tampouco como questão dissociada de um mecanismo de controles. Maximiliano Rusconi observa que a divisão do poder deve ser considerada segundo o paradigma do “não-autocontrole”. O que importa, em última análise, é “evitar o autocontrole no

⁵⁵ RUSCONI, Maximiliano Adolfo. División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público. In: AAVV. **El Ministerio Público en el proceso penal**. Buenos Aires: AD-HOC, 1993, p. 99-112. p.106.

⁵⁶ GÖSSEL, Karl-Heinz. **El derecho procesal penal en el Estado de Derecho**: Obras completas. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007. p. 106.

⁵⁷ BOULOC, Bernard. **Procédure penale**. Paris: Dalloz, 2014. p. 38ss.

⁵⁸ DRE. **Decreto-Lei n.º 78/87**.

⁵⁹ MESQUITA, Paulo dá. **Direção do inquérito penal e garantia judiciária**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 23ss.

exercício de uma seção de poder”. Interessa, portanto, é que “quem exerça um determinado poder não se controle a si mesmo, mas que o freio e equilíbrio funcional provenha do enfrentamento externo com o outro”⁶⁰. Essa ideia nos permite ver com maior clareza o problema da divisão do poder no processo penal como questão de organização da jurisdição como expressão do poder punitivo. E é nessa perspectiva que Rusconi considera haver necessidade de que se divida o exercício do poder entre a função de investigar e a função de julgar, embora seja cada vez mais importante considerar também a divisão entre investigação e acusação.

Mas a projeção da divisão do poder no âmbito do processo penal não nos deve obstruir a compreensão completa do problema do poder punitivo, pois antes que exista uma divisão intraprocessual, existe ainda uma divisão no quadro dos poderes clássicos do Estado, a partir do qual podemos falar em física do poder punitivo em suas diversas dimensões⁶¹. E, assim como na teoria clássica da divisão do poder, havia referências à mecânica celeste newtoniana do equilíbrio de forças gravitacionais⁶², não parece inadequado fazer uma comparação com a física das partículas subatômicas para falar de uma microfísica do poder. Essa é uma possível interpretação que se pode fazer da ideia de uma microfísica do poder⁶³, trazendo-a para uma melhor compreensão do poder punitivo. Trata-se de entender que, no interior do poder estatal, existe uma microfísica que nos exige aparelhos mais sutis de observação para entender a mecânica de seu funcionamento, com todas as suas incertezas.

⁶⁰ RUSCONI, Maximiliano Adolfo. *Division de poderes en el proceso penal e investigacion a cargo del Ministerio Público*. p. 99-112.

⁶¹ Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris I: teoria del diritto**. p. 862-865) considera que apesar da aparente similaridade entre essas duas realidades, implicam formas distintas de controle do poder, optando por chamar uma de separação dos poderes e outra de divisão do poder.

⁶² ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. p. 407.

⁶³ Embora Foucault (1979) esteja igualmente interessado nos poderes que existem abaixo e fora do Estado. FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

2.2.1. A divisão entre julgamento e acusação: o princípio acusatório

Isso nos permite compreender a história do processo penal como história de tentativa de uma melhor divisão do poder punitivo jurisdicional. Pode-se, de fato, observar que o processo inquisitório se caracteriza exatamente por estar o poder concentrado nas mãos do juiz-inquisidor. Não se pode ignorar que, a despeito da falta de divisão do poder, nesse processo existia a divisão de tarefas, que não contribuía para qualquer limitação do poder. O inquisidor, a exemplo do que se relata na Inquisição Espanhola, se podia fazer auxiliar por um comissário inquisitorial, responsável pela investigação, bem como por promotor fiscal, responsável pela acusação, e até mesmo por calificadores, responsáveis por exames de provas documentais. Mas a proeminência do inquisidor sobre todos os demais era tal que representava uma unidade sob sua direção, uma divisão de tarefas no máximo, mas não uma divisão do poder punitivo⁶⁴.

O princípio acusatório, nessa perspectiva histórica de divisão do poder punitivo, pode-se compreender como uma tentativa de dividir o poder concentrado do juiz⁶⁵, embora sob argumentos vários que não se limitam a uma questão puramente potestativa. Se é certo que o princípio acusatório limita o poder do juiz, ao estabelecer que sua atuação dependa (e esteja limitada pelos parâmetros) da ação penal, não se pode ignorar que em grande parte isso se justifica também por um aspecto cognitivo do juízo penal, visando a sua imparcialidade cognitiva. É preciso compreender-se, nesse sentido, o acusatório como princípio que postula a separação entre acusação e julgamento como uma questão de divisão do poder punitivo, por razões também de garantia da verdade, não apenas de liberdade. Pretende-se que o julgamento não esteja viciado pela pré-compreensão do fato julgado. Busca-se, com o acusatório, uma imparcialidade do juízo que estaria viciada pela sua prévia condução da investigação, na qual já se estabeleceria um pré-juízo.

Ora, de um ponto de vista formal, a simples duplicação do juiz, em juiz de instrução e juiz de julgamento, já permitiria evitar esse problema, desde que cada juiz tivesse a autonomia relativamente ao outro (embora exista quem ainda

⁶⁴ TURBERVILLE, Arthur Stanley. **La inquisicion española**. México: Fondo de Cultura Económica, 1950.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**: Teoria del Garantismo Penale. p. 572ss.

faça objeção aos resíduos de corporativismo nesse caso). E de fato, esse tem sido o esquema utilizado por alguns sistemas processuais. Mas a inserção do Ministério Público como órgão oficial titular da ação penal distinto e autônomo do juiz de julgamento se tem consolidado como a técnica mais consistente na realização da divisão do poder punitivo entre acusação e julgamento. O problema dessa técnica, assim com aquela outra da duplicação do juiz, é que geralmente ela vem conjugada com outras relativas às funções de defesa e investigação, que não têm sido levadas muito a sério da perspectiva da divisão do poder punitivo no processo. Há, portanto, a necessidade de algo mais.

2.2.2. A divisão entre acusação e defesa: o princípio defensivo

É preciso avançar com a ideia de um autônomo princípio defensivo que não venha confundido no exercício do princípio acusatório. É preciso afastar a persistente concepção que pretende sustentar um órgão de acusação como “parte imparcial” que estaria inclusive em condições de assegurar os direitos da defesa na fase de investigação criminal. Essa argumentação da parte imparcial, para além de ser uma mitologia do processo penal, representa uma concepção autoritária do processo penal. Mais precisamente, é um conceito processual fascista⁶⁶ ⁶⁷. Ela representa um cripto-autoritarismo que em nada difere do juiz inquisidor. Afinal, a ser possível admitir um órgão de acusação imparcial, que mais se aproxima da noção de parte que o juiz, não haveria razão alguma para negar a um juiz instrutor a possibilidade de ser um julgador imparcial.

A questão é que, pelas mesmas razões que justificam a divisão do poder punitivo pelo princípio acusatório, se queremos levar a sério um princípio defensivo, não podemos persistir na ideia de uma defesa tutelada exatamente pelos órgãos que perseguem outras finalidades, seja um juiz instrutor ou um Ministério Público investigador, na condução da investigação criminal, seja mesmo o juiz de garantias que em realidade decide pela restrição de direitos, no exercício de uma suposta jurisdição que acaba não se realizando de fato. O

⁶⁶ CASSARA, Rubens R.R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.152ss.

⁶⁷ RICCIO, Giuseppe. **Procedura Penale. Trastoria e politica**. p. 27ss.

processo penal contemporâneo, na perspectiva de uma efetiva divisão do poder, sobretudo no contexto de uma sociedade aberta e democrática, não pode continuar a conceber a defesa tutelada, pois essa consiste exatamente na manutenção da defesa ausente, tornando o sujeito passivo do processo um quase-objeto, em alguns casos muito próximo do processo inquisitório.

Mas, não se logra uma organização da defesa, segundo um Estado de Direito, sem um efetivo contrapoder⁶⁸. E isso não se consegue apenas atribuindo ao juiz essa função, com uma suposta jurisdição de garantia, porque isso exclui a posição de terceiridade que se exige ao juiz numa jurisdicionalidade material. Se quisermos levar a sério a teoria da divisão do poder, como postulado do Estado de Direito no processo penal, precisamos considerar a necessidade de um princípio defensorio que assegure a uma defesa autônoma a tutela de seus direitos em igualdade de condições com a acusação. Não se consegue o equilíbrio de sujeitos processuais com uma mera divisão das funções de acusar e julgar, mantendo a defesa em mãos dos acusadores e julgadores. Ademais, sobretudo, não se consegue um equilíbrio entre princípios acusatório e defensorio, se a investigação se mantém sob direção exclusiva do órgão de acusação, ou se apenas este órgão pode influir na sua condução em desigualdade com o órgão de defesa, sob o manto artificioso de controle externo da atividade do órgão de investigação.

⁶⁸ AMBOS, Kai. **Principios del proceso penal europeo**: Analisis de la Convención Europea de Derechos humanos. trad. Ana Beltrán Montoliu, Guillermo Orce. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2005. P.122ss.

2.2.3. A divisão entre investigação e acusação: o princípio investigatório

Assim, portanto, considerando o princípio acusatório como uma divisão do poder punitivo entre acusação e julgamento, bem como um princípio defensivo como divisão entre acusação e defesa, deve-se pensar o princípio investigatório, no mesmo sentido, como uma igual divisão relativamente às funções de acusar, defender e julgar da jurisdição. Essa é, aliás, uma compreensão que parece se encontrar em H. K. Gössel⁶⁹, para quem, no Estado de Direito, o processo penal deve dividir as funções de investigar, acusar e julgar. Embora essa divisão esteja em confronto com a tendência que se encontra na tradição europeia-continental de final do século passado, concentrando as funções de acusar e investigar, trata-se de concepção que tende àquela intuição básica de que o modelo inglês moderno é exemplo, ao proceder em suas reformas exatamente ao contrário, buscando a divisão dessas funções, ao criar um órgão oficial de acusação para retirar a concentração que existia antes em mãos do órgão oficial de investigação. A respeito, é interessante a notícia que E. Mathias nos traz, explicando que “na Inglaterra, o Parlamento, em 1985, concebeu que as tarefas de investigação e a decisão da persecução eram incompatíveis por natureza, e não poderiam ser confiadas a uma mesma autoridade. O remédio foi a criação do CPS [*Crown Prosecution Service*]”⁷⁰.

O princípio investigatório, assim, além do sentido cognitivo que vem relacionado ao princípio da verdade (legitimação cognitivista da jurisdição), parece exigir em sentido potestativo que se pense como uma questão de divisão do poder, em relação ao princípio da oficialidade, para questionar-se a quem deve competir a busca da verdade e sob que condições de controle a considerar sua limitação no processo penal do Estado de Direito. A questão, portanto, não se pode colocar apenas em termos de transferência do “dominus” da investigação a um outro órgão distinto do juiz ou do Ministério Público.

⁶⁹ GÖSSEL, Karl-Heinz. El ministerio fiscal y la Policía criminal en el procedimiento penal de Estado de Derecho. In: GÖSSEL, Karl-Heinz. **El Derecho procesal penal en el Estado de Derecho**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 31-58. p. 55.

⁷⁰ MATHIAS, Eric. O equilíbrio do poder entre a polícia e o ministério público. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2005. p. 503.

O postulado da divisão do poder punitivo precisa ser melhor compreendido para entender-se como questão de equilíbrio dos sujeitos que comporta uma forma de controle recíproco das diversas funções⁷¹. O que se impõe não é tanto nem apenas dividir essas funções, mas as organizar de tal forma que a quem compete investigar não possa a si mesmo controlar, devendo haver um controle sério dos desvios da investigação. Não o controle da própria investigação, que há de permanecer sempre com o órgão oficial que a dirija, mas o controle de suas consequências no âmbito de direitos implicados, tanto de interesse individual, quanto de interesse coletivo. Historicamente, esse órgão oficial de investigação surge na moderna legislação francesa pós-revolucionária, sendo teoricamente reafirmado por Luigi Ferrajoli⁷² ao sustentar que, na lógica do Estado de Direito, a investigação criminal deve corresponder à Polícia Judiciária, vinculada ao poder judiciário com garantias de independência, mas limitada na disponibilidade de direitos fundamentais⁷³. O importante é, sobretudo, que a função de investigação não esteja atribuída a quem acusa ou julga, bem como que esteja sempre limitada por direitos fundamentais de que não pode dispor imediatamente, sem uma decisão judicial procedente de um juízo de proporcionalidade reciprocamente controlado por órgãos de acusação e defesa.

O problema da divisão do poder punitivo, no contexto da investigação criminal, passa, portanto, necessariamente pela colocação do Ministério Público, bem como pela questão do equilíbrio de poder entre ele e a Polícia Judiciária⁷⁴. Mas passa também por uma recompreensão da jurisdição durante a investigação, bem como pelo papel efetivo do juiz durante ela, especialmente em matéria probatória. Afinal, apenas retirando do órgão oficial de acusação a direção da investigação e colocando-o em igualdade com um órgão de defesa,

⁷¹ RUSCONI, Maximiliano Adolfo. *Division de poderes en el proceso penal e investigacion a cargo del Ministerio Público*. p.99ss.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**: Teoria del Garantismo Penale. p. 800.

⁷³ A desenvolver essas ideias mais especificamente, cf. as discussões sobre um específico “direito de polícia judiciária” por Silva Pereira (PEREIRA, Eliomar da Silva. **Introdução ao Direito de Polícia Judiciária**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.).

⁷⁴ Cf. Mathias acerca da “oposição de princípios entre o modelo europeu-continental e o inglês”, embora advertindo sobre uma verdadeira convergência na prática, a considerar o aumento do poder das forças policiais em concomitante com o ostracismo burocrático do MP. MATHIAS, Eric. *O equilíbrio do poder entre a polícia e o ministério público*. p. 431ss.

a jurisdição se pode exercer sem a necessidade de que o juiz assuma uma perspectiva *pro reo*, perdendo assim sua terceiridade necessária a uma efetiva jurisdicionalidade. Ademais, o problema passa ainda pela restituição da posição de controle da legalidade da investigação pelo Ministério Público, sem que ele mesmo esteja implicado diretamente com os possíveis abusos. A respeito, portanto, Gössel⁷⁵ defende que tanto a teoria quanto a prática exigem que se transfira ao Ministério Público algumas tarefas de investigação apenas nos limites de seu ofício como “vigia do Direito”, devendo-se manter a investigação criminal como função própria e independente da Polícia. A questão, contudo, é que esse controle da legalidade que se deve exercer sobre os abusos da investigação não interessa apenas quanto aos excessos da atividade policial⁷⁶.

O controle dos desvios da investigação se deve fazer em dois sentidos, tanto por excesso, quanto por omissão de poder. O problema da investigação não é sempre, embora o possa ser em geral, de excesso dos meios relativamente a direitos do indivíduo. É igualmente, e sobretudo em tempo de enfrentamento da corrupção, de omissão do poder frente a certas classes de investigados, o que diz respeito a exigências de igualdade de tratamento pela lei. Trata-se de compreender os possíveis abusos da investigação tanto como desvio por excesso, quanto como desvio por falta⁷⁷.

2.3. O (re)equilíbrio dos sujeitos processuais

As duas possibilidades de abuso no processo penal, em todas as suas fases, se podem remeter a interesses da defesa e da acusação, permitindo-nos levar a sério o postulado da divisão do poder que não obstrua uma autonomia do princípio defensivo. Essa concepção exige um novo equilíbrio potestativo dos sujeitos processuais, sendo necessário distinguir entre sujeitos parciais

⁷⁵ GÖSSEL, Karl-Heinz. El ministerio fiscal y la Policía criminal en el procedimiento penal de Estado de Derecho. p.55.

⁷⁶ A tratar dessa questão, mas advertindo sobre sua artificialidade, cf. MATHIAS, Eric. O equilíbrio do poder entre a polícia e o ministério público. p. 502.

⁷⁷ A respeito dessas duas possibilidades na teoria do Estado, cf. Gomes Canotilho (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 266, p. 273)

(acusação e defesa) que operam na lógica da igualdade e sujeitos imparciais que operam na lógica da verdade e liberdade (investigação e julgamento).

Mas para alcançar esse equilíbrio devemos retomar uma antiga exigência que já Luigi Luchini fazia, bem como Francesco Carrara, e que Luigi Ferrajoli ainda hoje insiste em asseverar: a necessidade de um Ministério Público de Defesa, em contraposição a um Ministério Público de Acusação⁷⁸. Esse é certamente um melhor caminho para assegurar uma igualdade processual real, desde a fase de investigação, sobretudo diante das novas técnicas ocultas que, embora inviabilizem uma chamada direta do investigado ao processo, já produzem provas não repetíveis. Essa instituição pública de defesa viria acrescida, contudo, de uma igual possibilidade de assistência, assim como acontece com a assistência de acusação, em momento posterior à conclusão da investigação ou antes mesmo, sempre que possível. Essa parece ser uma conclusão necessária de uma justiça penal pública que há muito promoveu o confisco do conflito penal com a obstrução do acesso da vítima em nome próprio, por considerar de interesse público a proteção de seus interesses, havendo que existir uma paridade com respeito ao investigado, tendo em conta o interesse igualmente público de proteção dos inocentes, segundo o duplo objetivo do sistema jurídico-penal, que defende Luigi Ferrajoli no garantismo penal.

Assim, à semelhança dos dois adjuntos que previa a legislação processual penal francesa pós-revolucionária⁷⁹, Ministério Público de Acusação e Ministério Público de Defesa assumiriam funções de controle dos desvios – por faltas e por excessos – do órgão oficial de investigação, com respeito a interesses individuais e sociais da comunidade, respectivamente. Em síntese, um MP de defesa, a controlar os excessos contra os interesses individuais do investigado, e um MP de acusação, a controlar as insuficiências contra os

⁷⁸ A expressão “Publico Ministerio della Difesa” é de Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale**. p. 597, p. 631); Luchini (LUCCHINI, Luigi. **Elementi di procedura penale**. Firenze: Barbèra, 1905. Disponível em: https://www.forgottenbooks.com/en/books/ElementidiProceduraPenale_10403915. Acesso em: 10 nov. 2021. p. 226) falava em “tribunato della difesa”; e Carrara (CARRARA, Francesco. **Programa del Corso di Diritto Criminale: Parte Generale**, II. Firenze: Fratelli Cammelli, 1924. p. 331ss) falava em “avvocato dei poveri”.

⁷⁹ LAINGUI, André. La phase préparatoire du procès penal: historique. **Revue Internationale de Droit Pénal**, n. 56, p. 43-85, 1985.

interesses coletivos da sociedade, em igualdade de condições e possibilidade de controle sobre a investigação criminal que, no entanto, nenhum deles teria à disposição exclusiva. Esse controle duplo assume um caráter tanto potestativo, quanto cognitivo, pois tende não apenas a justificar a verdade segundo uma epistemologia falseacionista, mas a diminuir o problema da legitimação do poder que se exerce passo a passo na investigação. Com ele criam-se as condições de possibilidade de um efetivo juízo de proporcionalidade dos meios de obtenção de prova que leve em conta seriamente argumentos também em favor da defesa. Afinal, os meios de obtenção de provas, antes de serem atos cognitivos, são essencialmente atos potestativos de restrição de direitos que, uma vez realizados, não se podem reverter. Mas a legitimação desses atos se baseia apenas geralmente em um juízo de proporcionalidade que pretende apresentar razões que justificam uma limitação de direito individual em favor de um interesse coletivo de investigação.

O problema da proporcionalidade está em que, nos meios ocultos de obtenção, os argumentos possíveis em favor da defesa nunca são postos pela própria defesa, mas apenas considerados em hipótese pelo juiz à vista exclusivamente de razões apresentadas pelos órgãos oficiais de acusação e de investigação, o que reduz a igualdade, sobretudo quando esses órgãos se confundem. É ao juiz que compete sempre, nessas circunstâncias, aduzir razões em favor da defesa com a agravante de, em caso de deferimento da medida, não haver hipótese de recurso como há em caso de indeferimento. Ora, nessas circunstâncias, não nos podemos esquecer da advertência de que, pelo método proporcionalista, podem-se produzir argumentos a favor de qualquer solução⁸⁰, o que vem quase sempre em detrimento da defesa, à falta de um órgão específico de proteção de seus direitos. Ademais, a proporcionalidade se limita a uma perspectiva do interesse público da acusação, orientada a obter provas para a condenação dos culpados, em detrimento de uma restrição de direitos individuais. A considerar, contudo, que é também interesse público do processo a proteção do inocente, dever-se-ia realizar reciprocamente um outro juízo de

⁸⁰ FINNIS, John. **Fundamentos de Ética**. Trad. Arthur M. Ferreira Neto. *Fundamentals of Ethics*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p.94.

proporcionalidade com vistas ao direito efetivo de defesa, a considerar que a escolha entre fins e meios, entre o que se pode considerar meio relativamente a um fim, é algo aberto⁸¹, não havendo qualquer obstrução conceitual na ideia de proporcionalidade. Assim, é condição orgânica de uma proporcionalidade efetiva que antes tenhamos uma devida divisão intraprocessual do poder punitivo da jurisdição.

O reequilíbrio dos sujeitos pela divisão do poder punitivo que separa acusação e investigação, assegurando ainda uma defesa distinta e efetiva, permite que o juízo de proporcionalidade se realize à vista de argumentos e outros elementos sustentados em igualdade de condições e no momento oportuno à defesa efetiva. Essa organização institucional permitiria, ainda, a recuperação da característica de terceiridade da jurisdição material pela garantia de prévia atuação de alguma defesa, antes que seja imposta uma restrição ao investigado, retirando da acusação a exclusividade de sua perspectiva. Esse reequilíbrio de sujeitos permite, por fim, integrar ao processo penal efetivamente o fim de proteção dos inocentes, sempre mantido em uma instância meramente formal na fase preliminar de investigação, nos diversos sistemas processuais, que mantêm a defesa alheada sem uma verdadeira dignidade processual. A presença de um MP de defesa, ladeando um MP de acusação, e igualmente equidistante da investigação em posição de controle recíproco, permitiria assegurar assim a possibilidade de um juízo de proporcionalidade invertido que, tomando a proteção dos inocentes como um fim também do processo, propicia uma limitação ao interesse público da investigação.

Trata-se, em última análise, de distinguir no interior da jurisdição, sujeitos imparciais (juiz e polícia judiciária) dos sujeitos parciais (acusação e defesa), permitindo ao processo penal efetivamente tornar-se um método da jurisdição que realiza o direito para além da lei, em busca da justiça processual. Não havendo essa distinção entre os sujeitos com divisão intraprocessual dos poderes, o processo penal se pode tornar em mero instrumento da jurisdição

⁸¹ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.315.

como expressão do poder punitivo, sem capacidade de tornar-se uma garantia de segundo grau.

Considerações finais

A considerar tudo quanto se disse acerca da concepção da jurisdição penal no Estado de Direito, a referida decisão monocrática do STF é compreensível, pois nos parece, segundo uma mais detida análise teórica, promover um reequilíbrio dos sujeitos processuais penais, embora lhe falte sensibilidade para abarcar no âmbito do conceito de divisão do poder a posição da defesa. Esse acréscimo daria à jurisdição penal uma concepção altamente democrática, colocando abaixo a relação de desigualdade que se estabelece entre acusação e defesa. É acertado, portanto, o entendimento que coloca o órgão oficial de investigação em posição de decidir acerca de suas funções próprias, mas seria mais seguro entendê-lo no conjunto de um sistema de controles recíprocos dos sujeitos processuais parciais em condições de igualdade. O fato de que a posição da defesa não encontra no sistema processual penal um reconhecido poder frente à posição da acusação, contudo, certamente contribui para obscurecer a compreensão de uma profunda divisão intraprocessual do poder punitivo. Mas, se quisermos levar a sério os direitos fundamentais como uma questão de justiça especificamente processual, o direito processual positivo – tanto em sua perspectiva legislativa, quanto em sua perspectiva jurisprudencial de decisões que se impõem e expandem para além do caso concreto – precisará avançar um passo além.

A oportunidade se encontra em aberto no Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal⁸², ainda pendente de votação final no Congresso Nacional. É a oportunidade de assimilar a decisão jurisprudencial do STF, acrescentando-lhe, contudo, aquilo que ainda lhe faltou perceber, pois embora seja importante incluir o órgão de polícia judiciária como sujeito processual competente para tomar decisões que correspondem à sua função típica, é sobretudo indispensável que se consiga incluir a posição da defesa em

⁸² BRASIL. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

quaisquer decisões, seja do juiz, seja do delegado de polícia. Em termos práticos, quanto à autoridade de polícia judiciária, especificamente, seria razoável inserir-se, no art. 31 do referido anteprojeto⁸³, um parágrafo que determine uma oitiva prévia da defesa, visando a viabilizar uma possível defesa anterior à atribuição da condição jurídica de “indicado”, a considerar a carga negativa que indiscutivelmente tem sido agregada a esse ato jurídico, o que se temo tornado evidente em casos de autoridades com visibilidade política.

Assim, em síntese, parece-nos que, reconhecendo-se ao delegado de polícia uma parcela de competência de poderes típicos, no âmbito do processo penal, dever-se-ia considerar alguma manifestação da defesa, antes de o órgão oficial de polícia judiciária tomar uma decisão, discutindo suas razões no ato de indiciamento, se não quiser confundir-se com um sujeito processual parcial. É, em síntese, voltamos a afirmar em conclusão, uma questão de justiça especificamente processual que se exige desde a fase preliminar de investigação criminal.

⁸³ BRASIL. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal.**

Referências

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. "Jurisdicción". In: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría e historia del proceso**. Tomo I. México: Universidad Autónoma de México, 1992. p. 29-60. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1049/5.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021.

AMBOS, Kai. **Principios del proceso penal europeo**: Analisis de la Convención Europea de Derechos humanos. trad. Ana Beltrán Montoliu, Guillermo Orce. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

AROCA, Juan Montero. **Introducción al derecho procesal**: Jurisdicción, acción y proceso. Madrid: Tecnos, 1976.

AROCA, Juan Montero. **Proceso penal y libertad**: Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Civitas, 2008.

BARRETO, Irineu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem**: anotada. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

BOULOC, Bernard. **Procédure penale**. Paris: Dalloz, 2014.

BRASIL. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito n. 4621/DF**. Requerente: Michel Miguel Elias Temer Lulia. Requerido: Polícia Federal. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 23 de outubro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5262819>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASÍLIA. **Magna Carta 800 anos**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/c9627733-ac38-4c49-9a99-b4522a0febd1>. Acesso em: 10 nov.2021.

CARRARA, Francesco. **Programa del Corso di Diritto Criminale**: Parte Generale, II. Firenze: Fratelli Cammelli, 1924.

CASSARA, Rubens R.R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CEDH. **Guide de l'article 6. Droit à un procès équitable**. Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, 2021.

DI MARZO, Salvatore. **Storia della procedura criminale romana**. Napoli: Jovene, 1986.

DRE. **Decreto-Lei n.º 78/87**. Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929. Disponível em: http://europam.eu/data/mechanisms/FOI/FOI%20Laws/Portugal/4.%20Code%20of%20Criminal%20Procedure%20of%201987_POR,%20consolidated,%20last%20amended%202020.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

FAIRÉN GUILLÉN, V. **Teoría general del derecho procesal**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione**: Teoria del Garantismo Penale. 9.ed. Roma-Bari: Laterza, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris I**: teoria del diritto. Roma-Bari: Laterza, 2007.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FINNIS, John. **Fundamentos de Ética**. Trad. Arthur M. Ferreira Neto. Fundamentals of Ethics. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FLEINER-GESTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios generales del proceso II**: Problemas políticos y jurídicos del proceso penal. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1961.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GÖSSEL, Karl-Heinz. **El derecho procesal penal en el Estado de Derecho**: Obras completas. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

GÖSSEL, Karl-Heinz. El ministério fiscal y la Policía criminal en el procedimiento penal de Estado de Derecho. In: GÖSSEL, Karl-Heinz. **El**

Derecho procesal penal en el Estado de Derecho. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 31-58.

GÖSSEL, Karl-Heinz. El principio de Estado de Derecho en su significado para el procedimiento penal. In: GÖSSEL, Karl-Heinz. **El Derecho procesal penal en el Estado de Derecho.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 15-30.

KUNKEL, Wolfgang. **Historia del derecho romano.** Barcelona: Editorial Ariel, 1999.

LAINGUI, André. La phase préparatoire du procès penal: historique. **Revue Internationale de Droit Pénal**, n. 56, p. 43-85, 1985.

LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal:** Un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LE DROIT CIMINEL. **Code d’instruction criminelle de 1808.** Disponível em: https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1808/code_instruction_criminelle_1.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

LUCCHINI, Luigi. **Elementi di procedura penale.** Firenze: Barbèra, 1905. Disponível em: https://www.forgottenbooks.com/en/books/ElementidiProceduraPenale_10403915. Acesso em: 10 nov. 2021.

MARTINO, Francesco de. **La giurisdizione nei diritto romano.** Padova: CEDAM, 1937.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. **Juiz das Liberdades:** Desconstrução de um mito processual. Coimbra: Almedina, 2011.

MATHIAS, Eric. O equilíbrio do poder entre a polícia e o ministério público. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos penais da Europa.** Rio de Janeiro: LumenJuris, 2005. p. 503.

MESQUITA, Paulo dá. **Direcção do inquérito penal e garantia judiciária.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Introdução ao Direito de Polícia Judiciária.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PISANI, Mario. **Problemi della giurisdizione penale**. Padova: CEDAM, 1987.

RANIERI, Silvio. **La giurisdizione penale**. Milano: Istituto Editoriale Scientifico, 1930.

RICCIO, Giuseppe. **Procedura Penale. Tra storia e politica**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2010.

RUSCONI, Maximiliano Adolfo. Division de poderes en el proceso penal e investigacion a cargo del Ministério Público. In: AAVV. **El Ministério Público en el proceso penal**. Buenos Aires: AD-HOC, 1993, p. 99-112.

SALAS, D. O papel do juiz. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org). **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 507-562.

SANTALUCIA, Bernardo. **Derecho penal romano**. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1990.

SILVA, Germano Marques da. **Direito processual penal português I: Noções gerais. Sujeitos processuais e objeto**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal I**. São Paulo: Saraiva, 1976.

TUCCI, R. L. **Lineamentos de processo penal romano**. São Paulo: EDUSP-Buschatsky, 1976.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TURBERVILLE, Arthur Stanley. **La inquisicion española**. México: Fondo de Cultura Económica, 1950.

UBERTIS, Giulio. **La conoscenza del fatto nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 1992.

UBERTIS, Giulio. **Principi di procedura penale europea: Le regole del giusto processo**. 2.ed. Milano: Raffaello Cortina, 2009.

WEBER, Max. **Ciência e Política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 2011

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego. La garantía de imparcialidade. In: HENDLER, E. S. (comp.). **Las garantías penales y procesales penales**: Enfoque histórico-comparado. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. p. 337-359.