

Opinião: Inquérito do STF: MP como parte ou “juiz das garantias”?

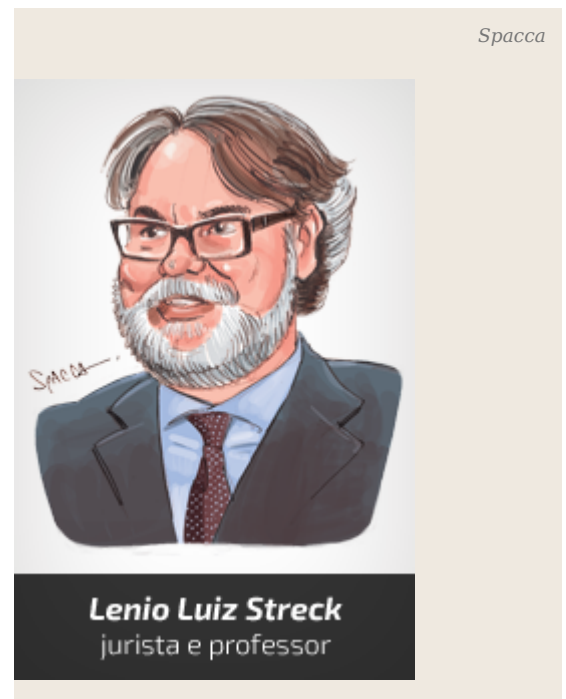
28/05/2020

O ministro Toffoli, Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou a instauração, de ofício, de investigação sobre ataques sofridos pela Corte, por uma rede de *fake news* que contaria com a participação organizada de uma série de empresários, políticos e ativistas de redes sociais. A instauração de inquérito de ofício, embora pouco usual no âmbito da Corte, já foi realizada, mais recentemente, no âmbito do HC 152.720 para investigar abuso na utilização de algemas em Sergio Cabral.¹ Portanto, existe precedente a respeito.

A diferença estaria no fato de que, enquanto um Inquérito foi feito em sede de HC envolvendo uma terceira pessoa, no caso presente tratou-se de um ataque ao próprio STF, que resultou no inquérito também de ofício. De todo modo, formou-se um precedente que deve ser lido do seguinte modo (até que seja superado pelo próprio STF): *é possível que o STF instaure inquérito de ofício*. É o precedente que vale. Pode-se não concordar com ele. Mas aí está.

A investigação foi instaurada e conduzida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, com supedâneo no art. 43 do Regimento Interno do STF. O mencionado artigo no *caput* permite que o STF instaure inquérito quando houver “infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição”. E o §1º, do art. 43, do RISTF, determina que “Nos demais casos”, ou seja, quando a infração não ocorrer na sede ou dependências físicas do Tribunal, “o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente”. Cabendo, portanto, ao próprio Presidente do Tribunal instaurar o inquérito ou, ainda, este designará outro Ministro para a sua condução.

No caso, o Inquérito 4.781, instaurado para investigar ataques sistemáticos à Corte, tem como relator e presidente o ministro Alexandre de Moraes, procedimento de atribuição discricionária por parte do presidente do STF sem a necessária distribuição ou, ainda, sem oitiva dos colegas. Críticos argumentam, no entanto, que se o mesmo órgão que conduzir a investigação for a autoridade julgadora haverá grave comprometimento da imparcialidade (não esqueçamos que juízes são investigados pelo Tribunais, que depois os julgam). De pronto, a propósito, é bom lembrar que, em sendo a insurgência contra o STF vinda em maior grau do PGR, só aí já se constata, de há muito, uma omissão do órgão, que, ao que parece, vem praticando uma adesão seletiva ao sistema acusatório e um garantismo ad hoc. Por exemplo, a liminar contra o juiz das garantias teve



apoio incondicional do PGR. Mais: não esqueçamos que, em outubro de 2019, Aras apoiou o inquérito que ele hoje contesta: “O Ministro Toffoli exerceu regularmente as atribuições que lhe foram concedidas pelo RISTF”, disse o PGR.

O ministro Alexandre de Moraes é quem determina as diligências investigativas, de ofício. Essa possibilidade, entretanto, tem sua previsão normativa no Código de Processo Penal quando, por exemplo, permite a busca e apreensão de ofício, nos termos do art. 242, como bem explicam Toron e Tofic no Estadão, de 27 de maio.² De novo, se esse dispositivo é inconstitucional (não recepcionado), também aqui o MP deixou de tomar providência de ofício, buscando a sua invalidação. É a soma do passado jogando a conta na mesa da Instituição.

Alguns alertam para o fato de que, não havendo autoridade investigada com foro privilegiado, então a abertura de referida investigação não deve ser da competência do STF. Ocorre, contudo, que, ao finalizar o inquérito, o ministro Alexandre de Moraes deverá remeter o caso às instâncias competentes para julgar os indiciados. Também há o aparente problema no sentido de que os ataques e as *fake news* não teriam sido cometidos na sede do Supremo Tribunal Federal. O Presidente confere, então, uma interpretação extensiva ao art. 43 do RISTF para entender que quando todos os ministros do STF forem vítimas de algum delito, a competência será do STF. Tal fato tem sua razão de ser em dois pontos: em primeiro lugar, há um caso explícito de atentado à própria jurisdição do STF (e isso atinge os princípios da democracia e da República), fazendo com que o próprio STF deva eliminar o *contempt of court*; em segundo, em um ambiente virtual, a velha noção de um local físico não faz mais sentido, embora o próprio § 1º do art. 43, do RISTF, autorize ao Presidente do Tribunal agir de acordo com o disposto no *caput* do mesmo artigo, mesmo quando a infração não se dê nas dependências físicas do STF. Ainda há um terceiro elemento: está-se a tratar de dois órgãos dos quais não cabem recursos: o STF e a PGR. Por isso o RISTF se apresenta como um remédio nas hipóteses nas quais quem deveria defender o STF de um *contempt of court* não o faz. No caso, até se coloca contra o STF (em movimento na contramão do que havia feito antes — basta ver a manifestação do dia 27/5/2020 da lavra de Aras).

De tudo isso, do conjunto de precedentes, tem-se que faz sentido dizer que o Inquérito Judicial nada mais é do que uma decorrência natural da supervisão judicial nos processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal (e os precedentes são inúmeros³), ainda mais quando as vítimas são todos os seus ministros.

Contra o referido inquérito, fora instaurada a ADPF 572 e, no momento em que o STF realizou diligências, o Procurador-Geral da República apresentou manifestação naqueles autos, pedindo a suspensão da tramitação do Inquérito até o julgamento final do mérito na ADPF.

O fundamento de seu pedido é no sentido de que a participação do Ministério Público na fase de investigação preliminar é papel de destaque no sistema acusatório, já que o titular de eventual ação penal deveria, ao menos, participar ativamente na produção e colheita de provas que, eventualmente, serão indispensáveis à formação da *opinio delicti*.

O fato do Ministério Público, no sistema acusatório, ser o titular da ação penal pública não induz à exclusividade na investigação preliminar. A interpretação pretendida pelo Procurador-

Geral fulminaria toda a estrutura da investigação preliminar no processo penal. É importante lembrarmos o papel da Polícia Judiciária, nesse contexto. E do próprio STF nas ações originárias. Embora o Ministério Público seja o titular da ação penal pública, a Polícia Judiciária é quem, em regra geral, conduz a investigação preliminar. E a Lei 8.038 estabelece o processo nos Tribunais Superiores de competência originária.

O próprio Código de Processo Penal realiza uma importante sistematização da investigação preliminar a depender da espécie de ação penal, pública incondicionada, condicionada à representação ou privada. Nesse sentido, veja-se que o próprio art. 5º, inc. I, permite a abertura de inquérito de ofício mesmo em caso de ação penal pública incondicionada. De novo, dispositivo que nunca “incomodou” o PGR atual e nem os anteriores. Por óbvio, poder-se-ia objetar que, no caso das *fake news*, a maioria dos prováveis delitos cometidos seriam de ação penal pública condicionada à representação, vez que são delitos contra a honra cometidos contra funcionário público, *lato sensu*, no exercício de sua função, e que, portanto, deveria haver representação ao Ministério Público (Código Penal, art. 145, parágrafo único, com remissão ao art. 141, inc. I e II).

Contudo, face à amplitude dos ataques direcionados à Corte, não é possível, de antemão, saber quais os possíveis delitos cometidos pelos investigados e nem mesmo saber quem são os autores. É bem provável, pois, que após a investigação preliminar surjam tantos delitos de ação pública incondicionada, como é o caso de formação de quadrilha, delitos contra a Segurança Nacional etc., quanto delitos contra a honra, calúnia, injúria, difamação e ameaça.

Ademais, mesmo nos casos de ação penal pública incondicionada, há a possibilidade de eventual ação penal privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP). Porém, essa ação não é automática. Se o MP fundamentar o arquivamento, não praticou inércia. Portanto, a questão que se coloca, para o futuro — contando com a hipótese de que o STF não suspenda o Inquérito — é se o PGR resolver não denunciar nenhum dos investigados. Afinal, o PGR tem essa parcela de soberania. Veja-se a complexidade do problema. Ao fim e ao cabo, tudo volta ao PGR, que, agora, quer impedir a investigação sobre a qual ele terá inteiro poder ao final. Logo, parece que estamos diante muito mais de uma insurgência política do PGR do que de um surto de garantismo *ad hoc* ou de adesão ao sistema acusatório.

Que fique claro: o Ministério Público é parte — privilegiada, é verdade — uma das partes na Ação Penal, no sistema acusatório (pelo qual lutamos há tantos anos, sem qualquer apoio da PGR). Mesmo tendo um papel destacado na instauração da ação penal, isso não o faz senhor exclusivo da investigação preliminar no processo penal acusatório, conforme já explicado.

Vale mencionar, ademais, que, mesmo no caso de ação penal pública — valendo o mesmo para a ação penal privada — a investigação preliminar é prescindível quando o titular da ação penal já tiver elementos informativos suficientes para a propositura da denúncia ou queixa.

Um aspecto que chama a atenção na manifestação do Procurador-Geral da República é a pretensão, não acerca da eventual inconstitucionalidade do “inquérito judicial atípico” (que para ele não é mais importante do que isso), de que todas as diligências determinadas pelo ministro Alexandre de Moraes sejam submetidas ao crivo do Ministério Público, item 3 da

ementa de seu parecer, antes de sua realização.

Essa pretensão principal demonstra que o Procurador-Geral da República pretende centralizar as ações do Inquérito Judicial de tal modo a exercer o controle da atividade investigativa, incompatível com o papel constitucionalmente desenhado para o Ministério Público no sistema acusatório. Em outras palavras, o Ministério Público pretende, ao invés de ser parte no processo penal, ser uma espécie de “juiz das garantias”, tornar-se o órgão de controle sobre a legalidade das diligências realizadas na investigação preliminar. Só que, para isso, há muito o que fazer, por exemplo, alterar o modo como se faz a gestão da prova (dai a importância do Projeto Anastasia-Streck, rejeitado por parte majoritária do MP).

Ora, como parte no processo penal, cabe ao Ministério Público aguardar o término das investigações para, de posse dos elementos informativos, propor a denúncia ou o arquivamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal (onde tem a palavra final!). Tudo conforme art. 1º, da Lei 8038/90.

De qualquer sorte, é bom lembrar — e isso parece que está sendo esquecido na discussão — que a atribuição da presidência dos inquéritos aos ministros do STF permite, inclusive, que os relatores determinem até mesmo o arquivamento de inquérito em curso, mesmo sem requerimento da Procuradoria-Geral da República. Essa possibilidade decorre de previsão expressa do art. 231, § 4º, do Regimento Interno da Corte, que tem, aliás, *status* de lei.⁴ Norma processual, portanto. Válida e vigente.

Numa palavra final: Em uma democracia, aquilo que se pode achar juridicamente errado tem de ser resolvido no âmbito da juridicidade. Se há dispositivos do Regimento Interno e do CPP incompatíveis com a Constituição, devem ser assim declarados. Somos os primeiros a pregar esse rígido controle. Uma lei tem dois âmbitos: vigência e validade. Mas isso tem de ser declarado pelo órgão competente. De ofício ou por provocação. No caso, há dispositivos vigentes (ainda) válidos que sustentam os atos do STF, utilizados em nítido estado de *contempt of court*, isto é, o ataque à Corte sofrida por essa praga contemporânea chamada *fake news*. Não, não há um direito fundamental a distribuir ou construir notícias falsas e mentiras. Muito menos existe um direito fundamental de pregar contra a democracia. Se democracia é um valor, ele é externo a nós. Logo, se uma pessoa quer fazer atos contra a democracia, está indo contra todos os que desejam a democracia. É uma contradição performativa defender que é direito de liberdade de expressão a pregação do fim da própria liberdade de expressão. Isto seria um haraquiri na democracia. Simples assim.

1 INq. 4696 ainda não concluído. Disponível:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5438183>, acesso em 28 de maio de 2020.

2 <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,criminalistas-dizem-que-bolsonaristas-estao-errados-e-que-stf-pode-abrir-investigacao-de-oficio,70003316794>

3 Precedentes: STF – Tribunal Pleno – Rcl 555/PB – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. em 25.04.2002 – DJ de 07.06.2002. Na mesma linha: STF – Inq 2963 AgR / RR – Rel. Min. Gilmar



Mendes – j. em 21.11.2011 – Dje 033 de 14.02.2012 / STF – Inq 2411 QO/MT – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. em 10.10.2007 – Dje 074 de 24.04.2008. STF – Tribunal Pleno – Inq. 2291 AgR/DF – Rel. Min. Carlos Brito – Rel Min. p/ acórdão Marco Aurélio – j. em 29.06.2007 – Dje 142 de 13.11.2007. No mesmo sentido: STF – Tribunal Pleno – Inquérito n.º 2842/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. em 02.05.2013 – DJe 041 de 26.02.2014

4 Art. 231. Apresentada a peça informativa pela autoridade policial, o Relator encaminhará os autos ao Procurador-Geral da República, que terá quinze dias para oferecer a denúncia ou requerer o arquivamento. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 44, de 2 de junho de 2011)

§ 4o O Relator tem competência para determinar o arquivamento, quando o requerer o Procurador-Geral da República ou quando verificar: (Redação dada pela Emenda Regimental n. 44, de 2 de junho de 2011)

a) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (Incluída pela Emenda Regimental n. 44, de 2 de junho de 2011)

b) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; (Incluída pela Emenda Regimental n. 44, de 2 de junho de 2011)

c) que o fato narrado evidentemente não constitui crime; (Incluída pela Emenda Regimental n. 44, de 2 de junho de 2011)

d) extinta a punibilidade do agente; ou (Incluída pela Emenda Regimental n. 44, de 2 de junho de 2011)

e) ausência de indícios mínimos de autoria ou materialidade, nos casos em que forem descumpridos os prazos para a instrução do inquérito ou para oferecimento de denúncia. (Incluída pela Emenda Regimental n. 44, de 2 de junho de 2011)

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-mai-28/opiniao-inquerito-stf-mp-parte-ou-juiz-garantias/>