

Opinião: Entre o Supremo acusador e Ministério Público julgador

O STF Acusador e o Inquérito Manu Propria

O presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Dias Toffoli, *sponte propria* instaurou, pela Portaria GP 69, de 14 de março de 2019^[1], o Inquérito 4.781/DF, ancorando-se no artigo 43 do Regimento Interno (RISTF) daquela casa, e teria por objetivo apurar a “*existência de notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares*”. A citada portaria designou, ainda, sem distribuição aleatória ou outro critério objetivo, como a prevenção (artigo 66, RISTF), o ministro Alexandre de Moraes para a presidência do Inquérito, que, de pronto, aceitou.

Em 15 de março de 2019, a procuradora-geral da República, Raquel Dodge, solicitou informações acerca do Inquérito, questionando especificamente quais seriam “concretamente os fatos que são objeto do inquérito e os fundamentos da competência desta Corte para processar a investigação”, alertando que “os fatos ilícitos, por mais graves que sejam, devem ser processados segundo a Constituição” e que “a função de investigar não se insere na competência constitucional do Supremo Tribunal Federal”^[2].

Em 19 de março de 2019, o ministro Alexandre de Moraes, em despacho proferido na condução da presidência do inquérito, alarga o âmbito de investigação da portaria originária, decidindo incluir “vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito”^[3].

Em lance inesperado, Alexandre de Moraes, em 15 de abril de 2019, determinou à revista *Crusoé* e ao site *O Antagonista* que retirassem do ar textos que associam, indevidamente, o presidente do STF, ministro Dias Toffoli, à Odebrecht afirmando na decisão que “há claro abuso no conteúdo da matéria veiculada. A gravidade das ofensas disparadas ao presidente do STF provocou a atuação da PGR, que publicou nota de esclarecimento negando pontos da reportagem”^[4].

Interessante destacar que, neste meio tempo, houve manifestação expressa de algumas entidades, a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) impetrou Habeas Corpus coletivo e preventivo no STF com pedido liminar de salvo-conduto em favor de todos os seus membros^[5] e o partido político Rede Sustentabilidade propôs Arguição Direita de Inconstitucionalidade contra a Portaria e o Inquérito^[6] (ADPF 572).

Por outro lado, o Conselho Federal da OAB e a Ajufe, AMB e Anamatra, entidades de classe da magistratura, manifestaram apoio à decisão de abertura do Inquérito^[7]. A AGU, por sua vez, manifestou-se na citada ADPF 572 no sentido da evidente ausência de violação à separação de poderes e de usurpação à competência constitucional mente atribuída ao Ministério Público^[8].

O Inquérito passa por algumas dificuldades de encaixe no suporte político e normativo, é certo.

Primeiro, a ofensa ao Sistema Acusatório relativamente à confusão entre as funções de investigar (possivelmente indiciar?) e julgar, o que pode levar à ocorrência de arbítrios atentatórios às liberdades dos cidadãos no sistema, advertem Gomes, Maia e Silva^[9].

E mais, conforme nos alerta Lenio Streck, se o STF “é vítima, não deve, ele mesmo, investigar e processar”^[10].

Há ainda a séria dificuldade de enquadrar a competência da Corte para julgar casos com esta natureza, por conseguinte, para presidir inquérito, uma vez que não existe foro por prerrogativa de função em razão do cargo da vítima. Competência se relaciona ou é corolário do Juiz Natural.

Além de tudo isso, fere-se também o juiz natural quando se delega a presidência do inquérito a um ministro específico, que não detém, pelas regras internas da Corte, qualquer competência diferenciada para tal.

O MPF Julgador e o Arquivamento por Inconstitucionalidade

Para a Procuradora-Geral da República o caso é de arquivamento, ao argumenta de que: 1) o Ministério Público é titular exclusivo da ação penal e exerce funções penais indelegáveis; 2) essa exclusividade provoca efeitos diretos na forma e na condução da investigação criminal; 3) o Sistema Acusatório previsto na Constituição estabelece a separação intransponível de funções na persecução penal; 4) o Sistema Acusatório previsto na Constituição não autoriza a condução da investigação penal pelo judiciário; 5) a Portaria, e consequentemente o Inquérito, afronta a imparcialidade judicial, o juiz natural, a delimitação de poderes ou funções do Ministério Público; e 5) o arquivamento promovido pelo PGR é irrecusável^[11].

Apesar que não ter expressamente afirmado em sua manifestação, a Procuradora-Geral da República entende que o artigo 43 do Regimento Interno do STF é inconstitucional.

O ministro Alexandre de Moraes decidiu pelo não arquivamento em razão de que “o Sistema Acusatório de 1988 concedeu ao Ministério Público a privatividade da ação penal pública, porém não a estendeu às investigações penais, mantendo a presidência dos inquéritos policiais junto aos delegados de Polícia Judiciária e, excepcionalmente, no próprio Supremo Tribunal Federal, por instauração e determinação de sua Presidência, nos termos do 43 do Regimento Interno” ^[12].

Para outros não seria possível arquivar, porque o STF (ou o ministro ofendido) poderia manejar a ação penal privada subsidiária da pública. Aury Lopes e Alexandre Moraes da Rosa alertam que não seria o caso, logicamente, porque pedido de arquivamento não se enquadra no conceito de inércia do Ministério Público^[13].

Restaria a hipótese de ação penal privada nos crimes contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções, pois a jurisprudência do próprio STF entende que, nestes casos, é concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido (Súmula 714).

Entretanto, esse último entendimento não sanaria os problemas de abertura de ofício do Inquérito em ferimento ao Sistema Acusatório e nem de violação ao Juiz Natural por ausência de competência para o

julgamento do feito, e consequente condução do inquérito.

Mas estes problemas passam justamente pelo artigo 43 do Regimento Interno do STF, que sobrevive hígido nestas três décadas de Constituição Federal, não havendo qualquer discussão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do referido dispositivo (*rectius*: recepção ou não recepção pelo novo texto constitucional).

Contudo, há também se criticar o conteúdo da manifestação da PGR.

Inicialmente, não se pode confundir a natureza da titularidade da ação penal pelo Ministério Público, prevista no artigo 129, I, CRFB, que é privativa, e não exclusiva, *ex vi* a possibilidade de ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública prevista também na Constituição no artigo 5º LIX, ou, ainda, a ação penal pública subsidiária da pública prevista no artigo 109, § 5º, CRFB, e em outros normativos, como o artigo 2º, § 2º do Decreto-Lei 201/67; artigo 27 da Lei 7.492/86; e artigo 80 da lei 8.078/90.

Igualmente não se pode confundir a titularidade da ação penal com titularidade investigatória, esta precipuamente pertencente à Polícia Judiciária, conforme artigo 144, incs. I e IV, e §§1º e 4º, plasmados no artigo 2º, §1º da lei 12.830/2012, mas também possíveis de serem presididos por outras autoridades, como as Comissões Parlamentares de Inquérito (artigo 58, §3º, CRFB); Militares em relação aos Inquéritos Policiais Militares (Decreto-Lei 1.002/1969.); de crimes cometidos nas dependências da Câmara dos Deputados (artigo 269, Regimento Interno da Câmara de Deputados) ou do Senado Federal (artigo 25, Regimento Interno do Senado Federal), além do Ministério Público (artigo 33. P.Ú., Lei Complementar 35/79), ou por autoridade judiciária (artigo 33, P.Ú., Lei Complementar 35/79).

Fato é que estas formas de presidência de inquéritos policiais nunca foram contestadas pelo MP como supostas afrontas aos seus poderes ou atribuições.

Por outro lado, regras legais que certamente afrontam o Sistema Acusatório previsto na Constituição, ou seja, ferem essa separação intransponível de funções na persecução penal (acusar, defender e julgar) também nunca sofreram ataques pelo Ministério Público, como, por exemplo, as regras inscrita no artigo 385 do CPP que determina que, “nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”. Certamente aqui há uma clara afronta à função de julgar e acusar. Pois se não há acusação de crime, certamente não poderia o juiz julgar no sentido de condenar.

Persiste a indagação: poderia o PGR promover irrecusavelmente o arquivamento de Inquérito com fundamento na inconstitucionalidade de norma que assim não foi declarada pelo Poder Judiciário?

A Reserva de Plenário

Quanto à questão de ser que a artigo 43 do Regimento Interno do STF é inconstitucional, por afronta a imparcialidade judicial, juiz natural, a delimitação de poderes ou funções do Ministério Público, fulminando a portaria e, conseqüentemente, o inquérito, devendo este ser arquivado irrecusavelmente quando tal pedido for promovido pelo Procurador-Geral da República, a questão assume um aspecto interessante de ser debatido.

Não obstante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seja pacificada no sentido da irrecusabilidade do arquivamento promovido pelo Procurador-Geral da República, essa regra deve se compatibilizar com as demais dispositivos constitucionais, estabelecendo uma harmonia, integridade e coerência no sistema constitucional.

Em primeiro lugar, não há qualquer decisão do STF sobre a (in)constitucionalidade do artigo 43 do Regimento Interno, que, assim, permanece íntegro no ordenamento jurídico, sendo presumida sua recepção.

Para afastar esta presunção, necessária a submissão do tema ao Plenário da Corte, em razão da cláusula inscrita no artigo 97 da Constituição, que determina que o julgamento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, só será possível pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal, quando julgada pela composição pleno, ou de seu órgão especial.

Afinal, a quem compete interpretar com definitividade a extensão de sentido do artigo 129, I da CRFB é o STF, na sua composição plenária, não cabendo ao PGR, órgão não coletivo, não jurisdicional, não competente, fazer as vezes de intérprete final do texto constitucional.

Não obstante a suposta irrecusabilidade do arquivamento de ação penal promovido pelo Procurador-Geral da República, este deve se fazer com o estrito cumprimento de suas funções e atribuições, e não desbordá-las, sob pena de se macular com inconstitucionalidade e autoritarismo.

É que a separação intransponível de funções provenientes do Sistema Acusatório também não pode levar a situações deletérias à própria separação de poderes e funções: cabe ao Judiciário através de seus juízes de primeiro grau, singularmente, ou aos colegiados plenos ou órgãos especiais, a declaração de inconstitucionalidade – ou não recepção – de lei ou ato normativo do Poder Público com o novo texto constitucional.

No debate jurídico, o partido político Rede Sustentabilidade foi o que talvez mas se aproximou deste raciocínio, tendo proposta a ADPF 572 para declarar a inconstitucionalidade da Portaria GP 69/2019 e do Inquérito 4.781. O erro, ou pelo menos, a incompletude do pedido, se dá porque visa a combater o efeito, e não a causa.

Na verdade, a ADPF deveria se dirigir ao artigo 43 do RISTF, uma vez que o STF precisa se manifestar declarando-lhe a inconstitucionalidade, ou melhor, a revogação pela não recepção ao ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição de 1988 – inclusive determinando os efeitos desta declaração, especialmente os aspectos temporais – ou dando-lhe uma interpretação conforme que consiga ponderar entre o Sistema Acusatório, a garantia do juiz natural e a defesa do STF como Poder, mantendo a harmonia e o equilíbrio, sustentáculo do regime republicano e democrático.

Também o artigo 28 do CPP teve ser chamado a integrar este todo interpretativo, que precisa de coerência e integralidade, de forma que a irrecusabilidade do arquivamento promovido pelo PGR possa também ser equilibrada com a dissensão do ministro relator, devendo, nestes casos, se submetido ao tribunal pleno.

Por fim, não se poderia deixar de criticar a censura à liberdade de expressão, que, conforme decisões reiteradas do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e das condições primordiais do seu progresso^[14].

[1] <https://www.conjur.com.brhttps://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/comunicado-supremo-tribunal-federal1-4.pdf>

[2] <https://www.conjur.com.brhttps://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/manifestacao-raquel-dodge-pedido-infos.pdf>

[3] <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/inq4781.pdf>

[4] <https://www.conjur.com.br/2019-abr-15/moraes-manda-revista-tirar-ar-noticia-ligando-toffoli-odebrecht>

[5] <https://www.conjur.com.brhttps://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/anpr-suspensao-inquerito-investiga-fake1-1.pdf>

[6] <https://www.conjur.com.brhttps://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/rede-adpf-inquerito-ameacas-ministros.pdf>

[7] <https://www.conjur.com.br/2019-mar-14/oab-juizes-apoiam-abertura-inquerito-ameacas-stf>

[8] <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2019/04/AGU-INQUERITO-TOFFOLI.pdf>

[9] <https://www.conjur.com.br/2019-abr-18/opinioao-inquerito-aberto-toffoli-viola-sistema-acusatorio>

[10] <https://www.conjur.com.br/2019-abr-18/senso-incomum-stf-fake-news-temos-ortodoxos>

[11] <https://www.conjur.com.brhttps://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/pgr-arquiva-inquerito-instaurado-1.pdf>

[12] <https://www.conjur.com.brhttps://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/alexandre-rejeita-arquivamento-1.pdf>

[13] <https://www.conjur.com.br/2019-abr-19/entenda-semana-supremo-investigacao-oficio>

[14] FARIAS, José Vagner de; ROCHA, Jorge Bheron. Aspectos Jurisprudenciais do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem Relativamente à Liberdade de Imprensa. Disponível em <
https://www.academia.edu/31995834/ASPECTOS_JURISPRUDENCIAIS_DO_TRIBUNAL_EUROPEU_
>

Date Created

24/04/2019