

Dilema: Fim do Inquérito das “fake news” no Supremo



As discussões recentes sobre o chamado Inquérito das “fake

news” suscitam uma dúvida relevante: a simultânea abertura e a supervisão do inquérito por ministro do STF realmente viola o princípio acusatório imposto pela Constituição Federal de 1988? Embora a resposta pareça simples, o nosso sistema constitucional atribui posição particular ao STF na condução de inquéritos no âmbito da sua competência criminal original e ainda na investigação de crimes que atentam contra a Corte.

I. O sistema acusatório pressupõe que as funções da acusação e julgamento sejam exercidas por órgãos ou autoridades distintas. No modelo da CF/88, enquanto as autoridades com poderes investigativos detêm a atribuição de condução ou presidência da fase preliminar de investigações (o chamado inquérito policial, por exemplo), cabe ao Ministério Público a iniciativa exclusiva para promover a ação penal pública na forma da lei. Ao Poder Judiciário, incumbe o juízo de recebimento ou rejeição da denúncia e, caso aceita, o processamento e julgamento do processo penal.

A despeito da consagração constitucional desse sistema, persistem no nosso processo penal institutos e procedimentos que fogem a uma rígida separação de atribuições do sistema acusatório¹. Além da própria existência do inquérito policial², o CPP contempla um modelo dinâmico e de controle recíproco da separação das funções de presidência e supervisão judicial do inquérito. O seu art. 3º-B, IV, incluído pelo Pacote Anticrime, por exemplo, torna obrigatória a comunicação ao Juiz de Garantias da instauração de qualquer inquérito ou investigação criminal. As diligências investigativas submetidas à cláusula de reserva de jurisdição igualmente demonstram a salutar interação existente entre os órgãos do sistema de justiça.

II. A linha que separa as atribuições de presidência do inquérito e de supervisão judicial torna-se ainda mais nublada quando STF exerce suas competências criminais originárias. Em relação aos inquéritos instaurados perante a Suprema Corte, o texto constitucional, a Lei 8.038/1990 e o Regimento Interno do STF contemplam exceções que fogem à rígida divisão das atribuições típicas de presidência do inquérito policial e de mera supervisão judicial. Adotando como ponto de referência esses dois extremos, parece-nos que a posição conferida ao STF nos inquéritos de competência originária claramente vai além da mera supervisão judicial ordinária. A doutrina igualmente reconhece essa ambiguidade³.

De plano, enquanto o art. 5º, II, do CPP, permite a instauração de inquérito *ex officio* pela autoridade policial, nas ações criminais originárias perante o STF, os arts. 230-A, 230-C e 231 do Regimento



Interno do STF (RISTF) preveem a competência exclusiva do Relator para receber e instaurar os denominados inquéritos judiciais, que são encaminhados pela Corte à Procuradoria-Geral da República (PGR).

O Plenário do STF em diversas oportunidades enfrentou o tema, afirmando que “no exercício de competência penal originária do STF, a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*”⁴. Nesse julgado, destacou-se a existência de “diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, b, da CF e pelo RI/STF”.

Há outros precedentes que corroboram esta posição. Já se decidiu que “a polícia judiciária não está autorizada a instaurar, de ofício, inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais”⁵. Também já se entendeu que “a competência do STF, quando da possibilidade de envolvimento de parlamentar em ilícito penal, alcança a fase de investigação, materializada pelo desenvolvimento do inquérito”⁶. De forma ainda mais totalizante, há julgado do Tribunal Pleno em que se chegou a afirmar que “uma vez envolvido deputado federal, cumpre ao Supremo os atos próprios ao inquérito”⁷. (grifos nossos).

Além da necessidade de autorização prévia para a instauração do inquérito, o art. 231, § 4º, do RISTF permite que o Ministro-relator determine de ofício o arquivamento ou trancamento de inquérito em curso, ainda que não haja requerimento da PGR nesse sentido. Em julgados recentes, a Segunda Turma convalidou essa regra prevista, deixando claro que “o Relator deve determinar o arquivamento do inquérito quando verificar a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade e/ou nos casos em que foram descumpridos os prazos para a instrução”⁸. Tal possibilidade é fundamentada na noção de que “ao Poder Judiciário, na sua precípua função de garantidor de direitos fundamentais, cabe exercer rígido controle de legalidade da persecução penal”⁹.

Registre-se que não há normas semelhantes na legislação ordinária. O arquivamento de peças de investigação é atribuição exclusiva do MP. Na antiga redação do art. 28 do CPP, caso o Juiz discordasse da decisão do MP, caberia apenas remeter os autos ao Procurador Geral do respectivo órgão. Na redação atual, após o pacote anticrime, a tramitação ocorre exclusivamente dentro da estrutura do *Parquet*. A única válvula de escape para os casos de manifesta ilegalidade ou teratologia seria a concessão de habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, §2º, do CPP.

O Plenário do STF de fato nunca afirmou de forma expressa que, nas ações criminais originárias, o Ministro-relator teria o poder pleno de ordenar a realização de diligências probatórias. Contudo, as decisões acima apresentadas sinalizam que os Ministros da Corte têm assumido um papel muito mais amplo na condução dos inquéritos.

III. Diferente dos inquéritos que envolvem autoridades com foro por prerrogativa de função, o chamado “*Inquérito das Fake News*” tem como fundamento os arts. 42 e 43 do RISTF. No que se refere aos crimes cometidos contra o Tribunal, a situação é um pouco distinta. Para esses casos, o RISTF prevê o exercício de poder de polícia e de investigação pela própria Corte.

Se mesmo no campo dos inquéritos judiciais supervisionados pelo STF já é possível, ao menos em tese, reconhecer que o Ministro-relator assume uma função qualificada de supervisão judicial, no caso dos Inquéritos instaurados com fundamento nos arts. 42 e 43 do RISTF, não há qualquer dúvida a esse respeito: fica claro que a função dos Ministros do Tribunal atinge a própria presidência do inquérito.

Nessa hipótese, o Regimento atribui a presidência da atividade administrativa de polícia judiciária ao Ministro designado. Destarte, ao lado das funções jurisdicionais típicas da fase pré-processual, o Ministro indicado para a presidência do inquérito exerce a supervisão das atividades de investigação e apuração dos fatos, razão pela qual não há a distribuição do inquérito pelo sistema de sorteio.

Uma primeira dúvida que surgiu à época da instauração do chamado Inquérito das Fake News era se os fatos investigados poderiam se enquadrar na previsão normativa de “infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal”. Quando se examinam precedentes da Corte, no entanto, fica claro que a interpretação conferida ao dispositivo privilegia não a geografia do crime, mas sim o impacto da eventual infração sobre as funções institucionais da Corte.

A Segunda Turma do STF já chegou a determinar a abertura de inquérito para apurar vazamentos de informações sigilosas em inquérito de relatoria do Min. Edson Fachin envolvendo negociações de acordo de colaboração premiada. Nesse caso, embora não se tenha afirmado que o inquérito seria instaurado com fundamento no art. 43 do RISTF, o órgão colegiado efetivamente determinou a abertura da investigação, optando, porém, por remetê-la à PGR para que este órgão indicasse a autoridade responsável pela supervisão judicial. O STF determinou inclusive “a requisição de informações periódicas ao Juízo competente acerca do andamento da apuração”[10](#).

Ainda antes desse julgado, a Segunda Turma já se utilizou da excepcional regra do art. 43 do RISTF para determinar a apuração do uso abusivo de algemas e grilhões em prisão, amplamente noticiada nos meios de comunicação. Naquela oportunidade, no julgamento do *Habeas Corpus* 15.2720 que, posteriormente, deu origem ao Inquérito 4696, a Segunda Turma definiu, sem sorteio, pela indicação do Ministro Gilmar Mendes para a supervisão das investigações que apuravam o flagrante desrespeito ao conteúdo constante da Súmula Vinculante nº 11 por autoridades públicas, em circunstâncias que sugeriam a prática de crimes de abuso de autoridade[11](#).

À luz desses precedentes, é possível entender que o art. 43 do RISTF, recepcionado pelo sistema constitucional de 1988 com *status* de lei, constitui prerrogativa que pode e deve ser utilizada para preservar o STF contra crimes que possam impedir o livre exercício das funções constitucionais do Tribunal, atribuindo à Corte esse instrumento de autodefesa contra ataques institucionais.



A referida norma legal é corroborada pela disposição do art. 4º, parágrafo único, do CPP, que prevê que as atribuições de polícia judiciária podem ser exercidas não apenas pelas autoridades policiais, mas também por outras autoridades administrativas “a quem por lei seja cometida a mesma função”.

Destaque-se ainda que existem paralelos semelhantes no âmbito dos demais poderes. Neste sentido, a Súmula 397 do STF, aprovada no longínquo ano de 1964, prevê que “o poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito”.

As próprias Comissões Parlamentares de Inquérito, que possuem fundamento no art. 58, §3º, da CF/88, possuem poderes investigativos para a apuração de fatos certos e determinados, tratando-se de importante garantia institucional de reforço à defesa e ao livre exercício das prerrogativas fiscalizatórias do Congresso Nacional.

No próprio âmbito do Poder Executivo, não parece ser contrário ao sistema acusatório a determinação da instauração e acompanhamento, por parte do Ministro da Justiça, de crime praticado contra o Presidente da República, o que não abrange, por óbvio, o uso político dessa estrutura para a perseguição de adversários políticos.

No caso do STF, não se pode ignorar que esse poder de polícia judiciária, previsto pelo art. 43 do RISTF, parece constituir uma importante garantia para impedir ataques que atentem contra o poder constitucionalmente incumbido da defesa dos direitos fundamentais (art. 102 da CF/88) e das regras do jogo democrático, em especial diante do cenário atual de ataques sistemáticos e organizados à Corte.

Analisando-se a questão à luz do direito comparado, na Inglaterra e nos Estados Unidos a defesa dos Tribunais é realizada através dos instrumentos de *contempt of court*, que possibilitam aos órgãos judiciais a imposição de sanções civis ou penais em relação a atos que possam ameaçar o adequado desenvolvimento de suas funções. Esse instituto, que foi desenvolvido a partir de uma ideia de *inherent power* (poder implícito), foi incorporado aos Estados Unidos pelo *Judicial Act* de 1789¹².

Nos países de tradição romano-germânica, esse fenômeno também pode ser explicado sob a ótica da teoria das garantias institucionais. Tratando sobre o tema, Paulo Gustavo Gonet Branco destaca que elas decorrem da percepção de que determinadas instituições de direito público desempenham papel de tão elevada importância na ordem jurídica que devem ter o seu núcleo essencial, as suas características elementares, preservadas¹³.



No mesmo sentido, Márcio Aranha, afirma que a assimilação histórica e jurídica das práticas institucionais cumpriria uma função de estrutura e limitação contra mudanças abruptas e contrárias aos valores constitucionalmente estabelecidos, servindo para a manutenção da coerência e integridade do ordenamento jurídico em face de uma realidade social dinâmica e mutável¹⁴. Essas conexões demonstram que a garantia institucional deve ser um ponto de equilíbrio e interação, de modo a constituir uma proteção formal e material nessa delicada equação entre a estabilidade e as mudanças. Na Alemanha, por exemplo, a garantia de manutenção das características essenciais do Tribunal Constitucional decorre do seu *status* de órgão constitucional, o que lhe assegura independência em relação aos demais órgãos e autonomia para decidir questões sobre a interpretação da Constituição¹⁵.

No caso específico do STF, o art. 43 do RISTF parece cumprir essa função de garantia institucional, a ser exercida de forma excepcional para os casos de graves ataques ou crimes que afetem o livre exercício das funções constitucionais da Corte ou a instituição como um todo, em especial diante da inércia dos órgãos de investigação na apuração desses fatos.

IV. Nessa linha, o modelo diferenciado de tramitação de inquéritos e do poder de polícia do STF parece concluir: i) que cabe à Corte autorizar a instauração e promover o arquivamento de Inquéritos que tramitam no Tribunal; ii) que esse modelo distinto é compatível com o sistema acusatório vigente no país; iii) que o poder de polícia judiciária atribuído à Corte para a investigação de crimes praticados contra a instituição constitui atividade administrativa passível de delegação por parte do Presidente, não se submetendo às regras de distribuição por sorteio; iv) que após o encerramento das investigações, caberá à Procuradoria-Geral da República decidir sobre o oferecimento ou não de denúncia; v) que o art. 43 do RISTF é importante garantia institucional que visa, em última análise, proteger o órgão responsável pela proteção de direitos e das regras do jogo democrático de interferências indevidas contra o exercício regular de suas funções.

¹ HAMILTON, S. D. A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 17, 2001.

² FERNANDES, A. S. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 120

³ MARCHIONATTI, D. **Processo Penal Contra Autoridades**. São Paulo: Gen, 2019, p. 187.

⁴ Inq 2.411-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 25-04-2008.

⁵ Pet 3825-QO, Red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 04-04-2008.

⁶ Inq 2842, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 27-02-2014.

⁷ Inq 2291 AgR, Red. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, DJe 14-11-2007.

⁸ Inq 4419, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 23-11-2018.



[9](#) Inq 3847 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 08-06-2015.

[10](#) Pet 7321 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 15-10-2018.

[11](#) Inq 4696, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 15-10-2018.

[12](#) GIUBERTI, V. S. **Contempt of Court: o que é e o que não é no novo sistema processual brasileiro.** Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional. Vitória, 2017. p. 348-349.

[13](#) MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 246.

[14](#) ARANHA, M. I. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais.** 3ª ed. Coleford: Laccademia Publishing, 2014.

[15](#) SCHWABE, J.; MARTINS, L. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 37.

Date Created

03/06/2020