

A decisão de constitucionalidade do Inquérito n. 4781-STF e seus reflexos no sistema acusatório e no devido processo criminal

Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento

Procuradora Regional da República. Aluna do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Católica de Brasília.

Resumo: Em março de 2019, para defender a honra dos ministros do Supremo Tribunal Federal e a imagem da Corte de ataques por fontes não identificadas, o presidente do STF, amparado em dispositivo regimental, editou a Portaria GP n. 69-DF e instaurou, de ofício, inquérito judicial (Inquérito n. 4781-STF), designando outro ministro da Corte para a investigação. Este ensaio analisa, sob a ótica do direito processual penal constitucional, as diretrizes adotadas pela Suprema Corte no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 572, ajuizada para questionar a constitucionalidade do referido inquérito por violação de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Investigação judicial. Inquérito Judicial n. 4781. ADI n. 572. Devido processo constitucional criminal. Sistema acusatório e imparcialidade do juiz.

Abstract: In March 2019, to defend the honor of the ministers of the Supreme Federal Court and the image of the Court of attacks by unidentified sources, the president of the STF, supported by a statutory provision, edited Ordinance GP 69-DF and officially installed judicial inquiry (Inquiry 4781-STF), appointing another minister of the Court for the investigation. This essay analyzes, from the perspective of constitutional criminal procedural law, the guidelines adopted by the Supreme Court in the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality (ADPF N. 572), filed to question the constitutionality of that inquiry for violation of fundamental principles of the Federative Republic of Brazil.

Keywords: Judicial investigation. Judicial Inquiry 4781. ADI 572. Due to criminal constitutional process. Accusatory system and judicial impartiality.

Sumário: 1 Introdução. 2 O julgamento da ADPF n. 572 e os princípios do juiz natural, da imparcialidade e do sistema acusatório como garantia do devido processo legal. 3 Aplicação do resultado do julgamento da ADPF n. 572 ao Inquérito n. 4781 e seus desdobramentos. 4 Considerações finais.

1 Introdução

Da instauração do Inquérito n. 4781-STF, que ocorreu no dia 14 de março de 2019, ao julgamento de sua constitucionalidade no âmbito da ADPF n. 572-DF, em sessão Plenária da Suprema Corte concluída no dia 18 de junho de 2020, houve uma sucessão de fatos na história recente do Brasil, considerados por muitos analistas como claros sinais de deterioração do sistema democrático e que também são vistos como determinantes no resultado desse julgamento.

A Carta Constitucional de 1988 é o maior avanço da sociedade brasileira rumo à efetividade dos direitos fundamentais em suas sucessivas e progressivas dimensões, constituindo-se, em essência, em uma proposta de ruptura com um histórico de formação político-social pautado no patrimonialismo que ainda permeia, nos dias atuais, as relações de poder. De acordo com Luís Roberto Barroso,

A Constituição de 1988, o mais bem-sucedido empreendimento institucional da história brasileira, demarcou, de forma nítida, alguns espaços privados merecedores de proteção especial [...] Seu esforço mais notável, contudo, é o de procurar resguardar o espaço público da apropriação privada.¹

Trinta anos após a promulgação da Carta Constitucional que restabeleceu os pressupostos e diretrizes do regime democrático no

1 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

Brasil, há uma percepção de desestrutura ou, pelo menos, tentativa de se desestruturarem os pilares da democracia não propriamente por um golpe ou outra forma violenta de ruptura das instituições, mas pela orientada revisão dos mecanismos de sustentação das regras democráticas.

Juristas e cientistas políticos de vários matizes ideológicos têm demonstrado grande preocupação com o atual cenário político do país e sinalizam retrocessos nas conquistas alcançadas a partir da Carta de 1988. São várias as análises nesse sentido, das quais destaco o pensamento de Conrado Hubner Mendes, que tem uma visão mais ampla do que ele considera desmonte dos avanços constitucionais: “Esse edifício está sendo, passo a passo, desmontado. Não foi e nem será necessário promover mudança no texto constitucional para continuar o esvaziamento do seu potencial”.²

Nesse cenário de novos parâmetros políticos e sociais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 572, superou seus próprios julgados em relação ao devido processo legal de garantias constitucionais das liberdades individuais, como a imparcialidade e neutralidade do Poder Judiciário e o sistema acusatório, e declarou a constitucionalidade do Inquérito n. 4781, instaurado pela própria Corte com objeto amplo e indefinido e, assim, não vinculado às hipóteses estabelecidas pelo art. 102, I, *b* e *c*, da Constituição Federal.

O devido processo legal, na dimensão estabelecida pela Carta de 1988, é um direito fundamental a um “processo justo a ser realizado sob instrução contraditória, perante o juiz natural”³ e é compreendido, ao longo destes últimos trinta anos de interpretação consti-

2 MENDES, Conrado Hubner. “Evitar mundos piores” é recado que vale sobretudo para a ação política. *Folha de São Paulo*, 19 de maio de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/05/evitar-mundos-piores-e-recado-que-vale-sobretudo-para-a-acao-politica.shtml>. Acesso em: 27 out. 2020.

3 PACHELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas Ltda., 2017. p. 9.

tucional, como direito de o investigado se valer, perante o Estado-Administração, de um núcleo duro de garantias que devem ser observadas em qualquer hipótese, mesmo nas situações de relevante interesse público na manutenção da paz social. O processo penal é a face visível do grau de institucionalização democrática de um país. Nas palavras de J. Goldschmidt, citado por Aury Lopes Jr.: “a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição”.⁴

As circunstâncias que permeiam o Inquérito n. 4781-STF foram amplamente debatidas na sociedade com alerta para suas possíveis consequências.

A constituição e os avanços democráticos dela decorrentes são fenômenos recentes na história de nosso país. As instituições políticas e a sociedade vivenciam, diariamente, os desafios de garantir as liberdades públicas e outros direitos essenciais à sua consolidação, como a liberdade religiosa, a igualdade de gênero, a igualdade racial, a proteção ambiental, a distribuição justa da riqueza; tudo isso passa por uma educação pública de qualidade, que é o efetivo instrumento do exercício da cidadania em um ambiente plural e democrático.

O Brasil, não obstante sua tradição de governos autoritários, tem tido uma *performance* democrática que o diferencia de outros países da América Latina. No entanto, necessário observar, como afirma Geraldo Prado ao citar o professor Fábio Konder Comparato, “que os direitos fundamentais nunca fizeram parte do nosso patrimônio cultural, mas sempre existiram como elemento estranho, senão estrangeiro, de nossas instituições sociais”.⁵

O que se extrai desse pensamento, extremamente adequado à situação histórica e social do Brasil, é que as instituições, até mesmo as que foram concebidas como pilares da democracia, detêm em seu

4 LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 22.

5 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 26.

éthos um modo de agir, um funcionamento autoritário. E, assim, é de um lugar de fala impositivo, que instituições republicanas justificam a defesa da própria democracia, o que sugere a existência de um círculo vicioso nas esferas de poder, já que a contenção de atos antidemocráticos é realizada por atos de força de outro poder.

Esse é o contexto em que, no dia 18 de junho de 2020, o Supremo Tribunal Federal, com o declarado propósito de garantir as estruturas do Estado Democrático de Direito a partir da auto-defesa da própria Corte, deu a palavra final e declarou legítima a investigação e o art. 43 do Regimento Interno do STF constitucional, o que lhe conferiu suporte normativo.

Essa decisão, que representou a superação de princípios e regras que fundamentam o Estado de Direito, como a separação das funções estatais, a inércia e imparcialidade do Poder Judiciário, entre outros elementos não menos relevantes para o regime de liberdades individuais e que estão inseridos no núcleo essencial dos direitos fundamentais, não deve ser analisada de forma dissociada do atual cenário da democracia no Brasil e de outros países.

As Cortes Constitucionais são suscetíveis a pressões sociais e, segundo Conrado Hubner Mendes, o juiz constitucional “é um ator político que reage conforme variáveis outras que não somente a norma, a razão, ou as recomendações que a teoria normativa lhe endereça”.⁶

Retomando a ideia central deste artigo, há uma legítima preocupação que o resultado da decisão prolatada na ADPF n. 572 possa representar um reforço desse conjunto de situações que configuram uma “recessão democrática”.

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt advertem, de forma muito clara e didática, de como situações concretas do dia a dia, partindo de atos não apenas de um governo com tendência autocrática, mas também dos outros poderes como medida de reação e contenção,

6 MENDES, 2008, p. 192.

constituem um roteiro adequado e propício para o declínio e decadência da democracia.⁷

São vários os fatores que contribuem para o enfraquecimento das democracias, mas, especificamente em relação ao objeto deste artigo, relevante a percepção de que as regras constitucionais também estão sujeitas a interpretações conflitantes, pois, como advertem os autores acima citados, “Se poderes constitucionais estão abertos a múltiplas leituras, eles podem ser usados de maneiras que seus criadores não anteciparam”.⁸

A supremacia das decisões judiciais é um princípio estruturante do Estado de Direito, e é senso comum que sua autoridade está relacionada à credibilidade da Corte e de seus julgados e não especificamente à popularidade do Tribunal ou de seus julgadores. Pelo contrário, como adverte o Professor Oscar Vilhena:

O papel do tribunal é guardar a Constituição conforme a própria Constituição determina. Sua autoridade, entendida como exercício legítimo do poder/dever de guardar a Constituição, deriva da própria vontade constitucional, que lhe conferiu essa atribuição; porém, apenas se consolida/estabiliza na medida em que o tribunal se demonstre persistente e consistentemente capaz de realizar a sua atribuição de forma imparcial, colegiada e dentro de elevados e rigorosos padrões de interpretação e aplicação do Direito.⁹

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 572 será respeitada e cumprida. Essa é a regra do constitucionalismo. No entanto, não deixa de ser um ato de força da Corte, considerado, por analogia, como uma legítima defesa institucional. Mas,

7 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

8 LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 100.

9 VIEIRA, Oscar Vilhena. Por que me preocupo com a autoridade do Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, 11 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-11/oscar-vilhena-vieira-me-preocupo-autoridade-stf>. Acesso em: 27 out. 2020.

assim como na legítima defesa, a reação deve ser proporcional e necessária à contenção da agressão, na ausência de outros meios aptos e proporcionais, dentro das regras institucionais previstas na própria Carta.

O Supremo Tribunal Federal, Corte que tem a função precípua de interpretar e aplicar a Constituição pela atividade do controle de constitucionalidade, é quem diz a última palavra sobre compatibilidade de leis e atos infralegais com a Constituição – que é a hipótese da portaria de instauração do Inquérito n. 4781 e do art. 43 do seu Regimento Interno. Assim, no aspecto da validade jurídica, não há mais o que se questionar sobre a nulidade *ab initio* dessa investigação, que contaminaria o seu resultado e o conjunto probatório produzido.

Mas ainda persiste a necessidade de se identificar, como medida de salvaguarda da própria democracia, mecanismos de compatibilização da decisão na ADPF n. 572 ao princípio do juiz natural, à separação das funções de investigar e julgar e ao sistema acusatório.

Nesse contexto e ainda considerando o efeito *erga omnes* desse julgamento, também se questiona: o entendimento aplicado na ADPF n. 572 ficará restrito ao STF por força do art. 43 do seu Regimento Interno ou foi reconhecida uma jurisdição criminal universal da Suprema Corte? Quais parâmetros definem ou definirão o *núcleo essencial de identidade constitucional* de cada Poder, que constituiu o fundamento do voto do relator para admitir a investigação anômala?

Nesta perspectiva, objetiva-se, primeiramente, analisar a compreensão da doutrina e também da própria Suprema Corte sobre os princípios do chamado devido processo penal constitucional para, após, com base no resultado do julgamento da ADPF n. 572 pelo Plenário do STF, a partir do voto do ministro relator, extrair uma interpretação conforme a Constituição, que proporcione um realinhamento, no espaço do possível, às balizas constitucionais do sistema acusatório.

2 O julgamento da ADPF n. 572 e os princípios do juiz natural, da imparcialidade e do sistema acusatório como garantia do devido processo legal

A essência da controvérsia jurídica em relação à investigação conduzida no Inquérito n. 4781 é extraída do seguinte trecho dos fundamentos apresentados pela Procuradoria-Geral da República nos autos da ADPF n. 572:

Com efeito, a Constituição de 1988, ao estabelecer o primado da democracia, também instituiu o sistema penal acusatório e um conjunto de garantias individuais necessárias para assegurar um julgamento penal justo, como o juiz natural, a anterioridade da lei penal, o contraditório, a ampla defesa, o *habeas corpus*, e o devido processo legal. A expressão máxima – mas não única – do sistema penal acusatório está contida no art. 129-I da Constituição, que separa nítida e inexoravelmente as funções de acusar e julgar, até então passíveis de serem acumuladas pelo juiz, ao atribuir privativamente ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública. Não é pouco. A Constituição promoveu uma transformação radical de sistemas, instaurando uma nova era penal no Brasil, que tem sido responsável pela transformação do sistema de justiça, tornando-o mais confiável e fazendo a lei valer para todos, de modo justo.

A expressão “sistema acusatório” deve ser aqui compreendida como um conjunto de procedimentos para garantia do direito à liberdade e à igualdade no âmbito de um processo criminal isento e justo, e não especificamente sob a ótica estrita da discussão teórica da persecução criminal, suas peculiaridades em cada democracia e os requisitos procedimentais que qualificam regimes como mais ou menos democráticos.

Essa observação é relevante, pois a efetiva dimensão do sistema acusatório no Brasil – após e a partir da Constituição Federal de 1988 – é um processo dinâmico e em consolidação, embora algumas premissas já estejam consolidadas, que é a da não participação direta do Poder Judiciário na produção da prova, salvo como garante das liberdades individuais e em hipóteses restritas e excepcionais, como nas investigações de crimes da própria magistratura.

Em aprofundado estudo doutrinário sobre a investigação criminal no Brasil, Thiago Pinheiro Corrêa alerta que, apesar do reconhecimento do sistema acusatório e do papel constitucional do Ministério Público na investigação criminal a partir do art. 129-I da Carta Constitucional, o debate ainda não alcançou um nível de amadurecimento que possa definir, com maior segurança, qual efetivamente é o papel e o limite de atuação de cada um desses atores processuais (delegado, Ministério Público e juiz) na esfera criminal e destaca:

[...] se por um lado, o STF entende não ser possível, como regra, um modelo de “intervenção judicial máxima”, isso não significa, por outro lado, que o sistema brasileiro não admita algum nível de supervisão judicial sobre a investigação [...] Para além do caso concreto, relacionado ao Inquérito 4781, a jurisprudência do STF, de forma geral, encampa a classificação do modelo de Justiça Criminal decorrente da CRFB/88, enquanto acusatório. E, assim como o faz a PGR, também recorre ao art. 129, I, da Constituição ao buscar o seu fundamento normativo. Estas conclusões podem ser extraídas de várias decisões colegiadas da Corte – boa parte delas proferidas em controle abstrato de constitucionalidade – de modo que não seria incorreto afirmar-se a existência de um consenso, na jurisprudência do STF, a respeito da classificação teórica do sistema de Justiça Criminal enquanto “acusatório” (DE VASCONCELLOS, 2015), ou não inquisitivo, expressões estas que integram uma importante dicotomia no âmbito do processo penal.¹⁰

Apesar de um grau de indefinição do papel dos órgãos de investigação e persecução penal na fase pré-processual, notadamente polícia e Ministério Público, o fato é que a interpretação do art. 129-I da CF pela Suprema Corte revela um ponto intransponível, que é a inércia do juiz na produção da prova e, assim, a conclusão mais consentânea com esse entendimento remete à não recepção de normas pré-constitucionais que atribuem atividade investigatória a órgão do Poder Judiciário, como o parágrafo único

¹⁰ CORRÊA, Thiago Pinheiro. *Para além da acusatoriedade: passado e presente da investigação criminal no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2020.

do art. 33 da LOMAN e o próprio art. 43 do Regimento Interno do STF, entre outros preceitos vinculados a um modelo constitucional preponderantemente inquisitorial, que não pressupõe a inércia e isenção do órgão judicial na persecução criminal.

Na realidade, além de se vincularem a períodos de recessão democrática, quando afastados direitos e garantias individuais, tais normas, notadamente o art. 33 da LOMAN, traduz um tratamento diferenciado, um verdadeiro privilégio ao corpo da magistratura e assim, por mais que a justificativa seja a defesa da honorabilidade do cargo, não se compatibiliza com a nova ordem jurídico-constitucional instaurada com a Constituição de 1988, que tem na igualdade de todos perante a lei o fundamento republicano da democracia.

Quanto ao art. 43 do Regimento Interno da Suprema Corte, breves considerações também são pertinentes, embora não seja este o escopo desta análise, uma vez que, conforme já mencionado, a questão está superada, por ora, com o julgamento da constitucionalidade ou, mais propriamente, da recepção desse artigo pela nova ordem constitucional.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, editado sob a égide da Emenda Constitucional de 1969, que conferia competência normativa ao STF, não mais possível em razão do disposto no artigo 22, I, *a*, da Constituição Federal, é considerado, pela própria Corte, como uma norma recepcionada pela Carta Constitucional “até que sejam revogadas ou modificadas por ato legislativo”¹¹ ou, acrescento, até que sejam questionadas em sede de controle de constitucionalidade, como ora ocorreu com o art. 43.

Os dois dispositivos acima (art. 33, parágrafo único, da LOMAN e 43 do RISTF), entre outros que atribuem poderes de investigação e instrução probatória ao juiz, sofrem severas críticas da doutrina mais abalizada no tema por revelarem traços da tradição colonial inquisitorialista e por absoluta contrariedade ao sistema processual

11 MARCHIONATTI, Daniel. *Processo penal contra autoridades*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 148.

penal adotado pelo legislador constituinte em consonância à feição democrática da Constituição de 1988: “são textos que pouco se amoldam às garantias individuais e, de certa forma, desvirtuam as atribuições próprias dos órgãos encarregados da investigação do delito e da persecução judicial do crime”.¹²

No entanto, não se pode deixar de destacar que o art. 43 do Regimento Interno do STF, ainda que considerado compatível com a ordem constitucional vigente, confere instrumentos para o Presidente da Corte exercer o poder de polícia inerente à adequada gestão do Tribunal nas hipóteses ali previstas, bastante semelhantes ao poder de polícia legislativo, e não propriamente uma competência universal que possa superar até o disposto no artigo 102-I, *b* e *c*, e outros preceitos de garantias do devido processo legal, como o juiz natural e a inércia do julgador na fase pré-processual.

Se por um lado a interpretação constitucional sobre extensão das prerrogativas constitucionais para o desempenho da titularidade da ação penal pública e também sobre a efetiva natureza e característica do sistema acusatório no Brasil insere-se em um intenso debate dialético, por outro lado o fato é que nunca houve, mesmo em períodos que antecederam a Constituição Federal de 1988, dúvida de que a isenção e imparcialidade do juiz é um requisito básico do moderno direito penal.

O saudoso professor e desembargador José Frederico Marques, em sua obra *Estudos de Direito Processual Penal*, originalmente editada em 1960, dedicou um capítulo com o título “Do Processo Penal Acusatório”, em que ressalta as características essenciais da justiça penal nos “Estados submetidos ao império da lei e do direito” e a necessidade de se conciliar a descoberta da verdade às garantias individuais do acusado, destacando, já naquela época:

O que define e caracteriza a forma acusatória, como resultado do princípio homônimo, é a existência real, segundo ensina Florian,

12 SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005. p. 130.

das três funções essenciais e básicas do processo: a função de acusar, a de defender e a de julgar. Onde os órgãos dessas atividades fundamentais são distintos e independentes, há um processo de partes, de forma acusatória. Quando, porém, o órgão julgador tem preponderância tal, que nele se concentrem todas aquelas funções, o processo é de forma inquisitória.¹³

A imparcialidade do órgão julgador, a sua equidistância das partes no processo criminal, sobretudo como garantia da sua isenção, e a exigência de prévias regras de competência jurisdicional para se evitarem juízes *ad hoc*, escolhidos pelos interesses políticos da ocasião, são requisitos do devido processo legal que antecedem a Constituição de 1988.

Mais uma vez recorrendo à doutrina de José Frederico Marques sobre o princípio do juiz natural na Carta Constitucional de 1946, este jurista esclarecia que “nesse texto constitucional se encontra cristalizado o preceito cardeal e básico do poder de julgar em matéria penal porque traçam os limites impostos ao poder punitivo em relação ao direito de liberdade [...]”.¹⁴

O modelo inquisitorial e a atuação direta do órgão julgador na colheita e produção da prova são incompatíveis com o núcleo constitucional de garantias individuais, previsto nas constituições da era moderna pós-revoluções e que antecedem a própria Constituição de 1988. E, nesse sentido, na Carta Constitucional de 1988, aclamada como “constituição cidadã”, os preceitos que se inserem no rol do devido processo legal assumem especial importância, pois são os pilares da própria democracia como garantia de liberdade, igualdade e justiça.

Para Aury Lopes Jr., “a imparcialidade do órgão jurisdicional é um princípio supremo do processo e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo”.¹⁵

13 MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. Forense: Rio de Janeiro, 1960. p. 22.

14 MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Edição Saraiva, 1953. p. 56.

15 LOPES JR., 2001, p. 66.

Geraldo Prado traduz, em termos práticos, que a diferença essencial entre os sistemas processuais acusatório e o inquisitorial exige um distanciamento do juiz da produção probatória para garantir que não esteja psicologicamente envolvido com esse cenário. Para esse autor, impessoalidade, juiz natural e imparcialidade são requisitos do *exercício da jurisdição em um Estado Constitucional Democrático*, e sintetiza:

A posição equilibrada que o juiz deve ocupar, durante o processo, sustenta-se na ideia reitora do princípio do juiz natural – garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição – que consiste na combinação de exigência da prévia determinação das regras do jogo (reserva legal peculiar ao devido processo legal) e da imparcialidade do juiz, tomada a expressão no sentido estrito de estarem seguras as partes quanto ao fato de o juiz não ter aderido *a priori* a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõe durante o processo.¹⁶

Assim, imparcialidade do juiz e princípio acusatório são as duas faces da mesma moeda quando a questão é a garantia do devido processo legal e, em última análise, de um processo penal calcado em bases democráticas e de defesa do cidadão perante o Estado.

Poderia se alegar, e esse foi um argumento suscitado a favor da investigação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito n. 4781, que o juiz que está produzindo a prova não participará, necessariamente, das fases seguintes da investigação, dos seus desdobramentos, ou mesmo da persecução penal *in judicio*.

A imparcialidade e neutralidade do Poder Judiciário, não especificamente de um julgador, expressa-se, com maior vigor, justamente na inércia e não participação direta desse Poder na investigação, na avaliação do conjunto de elementos informativos e na deliberação sobre os mecanismos mais úteis e eficazes de condução da investigação e obtenção da prova, sobretudo quando concentradas, em um único juiz, todas essas funções: analisar as hipóteses de

16 PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 129.

investigação, decidir como conduzir a investigação e executar suas próprias deliberações.

A denominação sistema inquisitorial e acusatório advém das características preponderantes de cada um, já que dificilmente existirá um sistema processual puro. No entanto, como adverte Danielle Souza de Andrade e Silva “o acusatório (preponderantemente acusatório, uma vez que as formas puras não existem) é o sistema mais aplicado nos países que privilegiam a liberdade do cidadão, entre os quais Alemanha, Áustria, Bélgica, Itália e Portugal”.¹⁷

Ao Judiciário é constitucionalmente reservada a posição de garante das liberdades individuais, e, assim, tanto a Polícia Judiciária quando representa quanto o Ministério Público quando requer medidas cautelares instrutórias, pessoais ou assecuratórias devem justificar, de forma suficiente, os requisitos legais dessas medidas. O Ministério Público não detém, no Brasil, ainda que titular exclusivo da ação penal pública, o poder de diretamente avaliar e decidir sobre medidas que conferem uma diminuição do *status libertatis* do cidadão em várias de suas dimensões. Com muito mais razão, não poderá o órgão julgador exercer diretamente todas essas funções: investigar e deliberar sobre as medidas que entende adequadas para corroborar os fatos apurados.

O sistema prevê freios e controles rígidos de reserva de jurisdição, justamente para impedir que, na busca da utilidade e eficiência probatória máxima, sejam praticados atos de constrição de direitos sem uma prévia e isenta avaliação do contexto probatório por parte de um órgão autônomo e imparcial.

Assim, ainda que eventualmente, em determinadas situações, não será o próprio juízo condutor da investigação, e que avaliou a prova, deferiu e executou as medidas constritivas à liberdade do cidadão, que conduzirá a *persecutio criminis in iudicio*; não há como se dissociar, no ordenamento jurídico pátrio, a fase pré-processual da judicial quanto à exigência ampla e irrestrita de um juiz natural e imparcial.

17 SILVA, 2005, p. 45.

A doutrina é uníssona nesse sentido, independentemente das nuances do sistema acusatório brasileiro, que dialoga com normas processuais penais de natureza inquisitiva do período que antecede a Carta Constitucional.¹⁸ Esse é o entendimento mais abalizado sobre processo penal:

Não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. O conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício de função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta de material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará. Violação patente do sistema acusatório.¹⁹

Diante da dimensão, do valor axiológico, da extensão e do significado para a democracia brasileira do princípio do juiz natural, imparcial e isento, do qual decorre a própria credibilidade do Poder Judiciário, é possível dimensionar a perplexidade que adveio da comunicação pública, na sessão do dia 14 de março de 2019, da instauração, de ofício, de investigação pelo Supremo Tribunal Federal para apurar a autoria de notícias fraudulentas, denominadas na respectiva portaria de instauração de *fake news*, denúncia caluniosa, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi*, *diffamandi* e *injuriandi* que atingiram a honorabilidade do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares.

Delimitado o contexto histórico e jurídico do julgamento da ADPF n. 572 pela Suprema Corte e diante do resultado amplamente divulgado da improcedência dessa ação, o que resulta na validação tanto da instauração do inquérito quanto das diligências realizadas, a proposta deste ensaio é desenvolver, a partir do voto do ministro relator, uma interpretação que compatibilize o desempenho da atividade investigatória como meio de defesa da Corte, de seus ministros

18 PACELLI, 2017, p. 10.

19 PACELLI, 2017, p. 12.

e familiares com as garantias do devido processo legal, preservando princípios básicos e essenciais do Estado de Direito.

3 Aplicação do resultado do julgamento da ADPF n. 572 ao Inquérito n. 4781 e seus desdobramentos

No julgamento da ADPF n. 572-DF, a Corte, por maioria absoluta de seus membros, dez votos a um, considerou constitucionais a investigação criminal desenvolvida no Inquérito n. 4781-DF e o preceito normativo que lhe deu fundamento, o art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O paradoxo desse julgamento é que, para defender o Estado Democrático de Direito, a Suprema Corte foi acusada de dar conformidade a um ato imputado de antidemocrático, não apenas pelo conteúdo material já acima referido, que se relaciona às garantias constitucionais do devido processo legal, mas também pelo seu aspecto formal e procedimental, por se tratar de investigação abrangente, sem objeto pré-determinado ou determinável, sem especificação de possível autoria para delimitação de foro.

E o próprio ministro relator, ao reconhecer esse estado de coisas, justificou o motivo:

Ainda que sentidos e práticas à luz desse artigo possam ser inconstitucionais, há uma interpretação constitucional que pode dele ser extraída, como se fez quando do julgamento do RE 593.727, que se refere à necessidade de conferir instrumentos ao exercício de um dever constitucional, no caso, de guardião da Constituição. Nesse mencionado RE assim decidiu o STF [...].

A Portaria GP n. 69, de 14 de março de 2019, da lavra do ministro presidente da Suprema Corte e que inaugurou o Inquérito n. 4781 indicou como objeto de investigação “a existência de indícios de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”.

Não se pretende, por incabível, a rediscussão do tema sob os fundamentos, inclusive, já apresentados na inicial da ADPF, na manifestação da PGR ou de entidades que se associaram à parte autora na condição de *amici curae* quanto à inconstitucionalidade dessa medida.

Esse debate está superado com o julgamento de mérito da ação, e as consequências serão avaliadas em momento futuro, não se desconsiderando que esse julgamento se submeterá ao escrutínio da história, embora deva ser analisado no contexto do atual cenário político do Estado brasileiro, no qual a Corte deixou bastante claro, tanto no voto do relator, ministro Edson Fachin, quanto nos debates ocorridos durante o julgamento, que se tratava de situação excepcional, de autodefesa e de proteção de um dos poderes fundamentais do Estado democrático.

A posição em que se encontrava o Supremo Tribunal Federal no momento do julgamento da ADPF, em junho de 2020, era diversa da ocasião da instauração dessa investigação, em março de 2019, pois especialmente no ano de 2020, em razão de vários fatores políticos e sociais, inclusive a própria pandemia de Covid-19 e os danos que tem causado à humanidade, intensificou-se o debate judicial de temas sensíveis levados à Suprema Corte, o qual a contrapôs ao Poder Executivo por impor restrições a uma pauta política que tem desafiado, de forma insistente, os limites da constitucionalidade e do Estado democrático.

O voto do ministro Edson Fachin, relator da ADPF n. 572-DF, que revela as linhas fundamentais do pensamento da Corte sobre o tema, demonstrou intensa preocupação em manter a organicidade do sistema democrático de forma a ultrapassar, apenas no limite do estritamente necessário, os postulados da separação das funções no sistema processual penal, da acusatoriedade, da imparcialidade do juiz, deixando claro que tal situação não deve ocorrer em um momento de normalidade institucional.

Sob esse aspecto específico, extraem-se do voto considerações sobre o devido processo penal constitucional, o sistema acusatório, a imparcialidade e a interpretação do art. 43 do Regimento

Interno do Supremo Tribunal Federal para “fixar qual pode ser o sentido conforme a Constituição e quais são os sentidos incompatíveis com a Constituição que podem emergir daquela regra regimental”, para concluir que

[...] o artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal pode dar ensejo à abertura de inquérito, contudo, em nosso ver, não é nem pode ser uma espécie de salvo conduto genérico, amplo e sem limites; ao contrário, diante de seu teor, sem redução ou supressão de seu exposto enunciado, é imprescindível delimitar o seu respectivo significado, excluindo os sentidos que conduzem, inevitavelmente, à invalidade constitucional.

O ministro Fachin ressalta, de maneira muito percuciente e adequada, a garantia da imparcialidade do juiz, bem como as demais premissas do Estado de Direito Democrático, para fixar o entendimento de que a previsão do art. 43 do Regimento Interno da Suprema é excepcionalíssima e exige “um elevado grau de justificação e condições de possibilidade sem quais não se sustenta”, e destaca entre essas condições, justamente, a imparcialidade.

Um dos primeiros aspectos observados pelo ministro relator foi justamente a regra da transparência e publicidade dos atos do poder público, sendo o sigilo uma exceção justificada, conforme determina a própria Súmula Vinculante n. 14.

Na sequência, discorre sobre a árdua tarefa constitucional de equacionar o binômio liberdade de expressão *versus* responsabilidade, que é, justamente, o objeto da investigação questionada:

Investigação de notícias fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crime, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi*, que atinjam a honrabilidade institucional do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e se seus membros, bem como a segurança destes e de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos ministros, inclusive com a apuração do 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 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* (eDOC 43). (Grifo nosso).

Por considerar essencial a defesa da Suprema Corte como mecanismo de garantia da própria democracia, afirma o relator que

[...] dúvida não há quanto a ser legítima a defesa do Supremo Tribunal Federal, não obstante há de ser por meio da sua atuação coerente e consistente no seu papel de guarda da Constituição (CR, art. 102, caput), o que, no nosso Estado Democrático de Direito, faz-se pela defesa irrestrita dos direitos e garantias fundamentais.

Na sequência, o ministro apresenta estudo interpretativo das regras constitucionais e convencionais sobre a liberdade de expressão, de opinião, de manifestação e seus limites, para concluir, na linha do que já está definido pela Suprema Corte, que, “Deste conjunto de normas, extrai-se que o regime jurídico de proteção da liberdade de expressão garante, por um lado, a impossibilidade de censura prévia, e, por outro, a possibilidade, *a posteriori*, de responsabilização civil e penal”.

Também destaca grande preocupação em relação ao fenômeno das chamadas “*fake news*”, que, para o ministro, não têm conteúdo informativo ou opinativo, mas são “algoritmos ecoando inadvertidamente uma informação sem respaldo na lógica do hipertexto [...]”.

E, assim, busca na experiência de outros países parâmetros de justificação da limitação da liberdade de expressão, valendo-se da experiência da Suprema Corte norte-americana, que produziu, ao longo de sua história, como observa o ministro, testes para a aferição dos abusos do direito de opinar, com destaque para o chamado “teste do perigo claro e iminente”, por não abranger, nessa esfera de liberdade, o direito à mentira, à informação deliberadamente falsa. Também discorre sobre a evolução dessa jurisprudência, que passou a aplicar um teste mais protetivo, fundamentado em uma “ação ilegal iminente”, além de algumas variações – especificações temáticas.

Passando da experiência dos EUA para uma esfera mais regional, como afirma o ministro, a partir de orientações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, informa que se constrói, “em nível regional, uma jurisprudência que determina que a liberdade de expressão só será afastada caso a acusação comprove, a um só tempo, a falsidade da afirmação e a malícia real (dolo ou negligência extremada) do agente”.

Após, analisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a referida equação liberdade de manifestação do pensamento/responsabilidade, principalmente na esfera de agentes públicos que estão submetidos, pelo próprio exercício de uma função pública, a um maior escrutínio social pois “a liberdade de expressão, nesse contexto, atua como exercício de direitos políticos e de controle da coisa pública”.

Assim, ao delimitar a estrita esfera de restrição à liberdade de manifestação, expressão e opinião, adverte o ministro que “são vedados, afinal, expressamente nas convenções citadas, os discursos racistas, de ódio (*hate speech*), havendo decidido este Tribunal que são inclusive imprescritíveis [...]”, bem como “atos que, a pretexto de ideologia política, visem a retirar direitos ou a excluir determinadas pessoas da sociedade”.

Após delimitar o núcleo de fatos – situações criminalmente típicas no sentido formal – que poderão ser investigados nessa investigação anômala, conforme acima destacado, o relator analisou a atividade investigatória concorrente no ordenamento jurídico-constitucional pátrio para concluir, conforme já observado, que o resultado dessas apurações será encaminhado às instâncias judiciais competentes:

A apuração destina-se a reunir elementos que subsidiarão representação ou encaminhamento ao Ministério Público competente, isto é, a atividade destina-se a encontrar a autoridade processante competente, enviando-lhe as informações que entender necessárias. Caso haja autoridade submetida à jurisdição do STF, o encaminhamento não pode ser outro que não o de remeter ao PGR as informações encontradas.

O acórdão da ADPF n. 572 poderá definir, com mais precisão, o resultado e o alcance desse julgamento. No entanto, considerando a dinâmica dos acontecimentos, já que o Inquérito n. 4781 está em tramitação desde março de 2019, produzindo, diuturnamente, novas provas e investigando novos fatos, é muito importante o conteúdo do voto do ministro relator, como um farol, uma baliza clara para os limites dessa investigação.

E, nessa perspectiva, para melhor direcionamento dos resultados dessa investigação com base no entendimento da Corte fixado a partir do voto do ministro relator e dos debates estabelecidos durante o julgamento desse caso, algumas conclusões podem ser extraídas, das quais se destaca:

- A investigação criminal fundamentada no art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal é excepcional, atípica e anômala, devendo ser reservada para as hipóteses em que a defesa da Corte e de seus ministros representa a própria garantia do regime democrático.
- A jurisdição do Supremo Tribunal Federal para instrução dessa investigação – fase pré-processual – estende-se a todo território nacional e não se limita à autoridade com foro por prerrogativa constitucional nessa Corte.
- O sigilo deverá ocorrer nas estritas hipóteses permitidas pela Súmula vinculante n. 14, pois a regra é a publicidade para os investigados e advogados.
- As peças informativas decorrentes da investigação, considerando-se a multiplicidade de fatos e de investigados, serão encaminhadas pelo ministro condutor da investigação aos juízos competentes, inclusive o próprio STF, nas hipóteses em que caracterizada a participação de autoridade com foro de prerrogativa na Suprema Corte.
- Houve a validação de todos os atos apuratórios e diligências instrutórias realizadas até o julgamento do caso pela Suprema Corte, inclusive as decisões relativas às medidas de reserva de

jurisdição, por entender o relator, respaldado em jurisprudência da Corte, que o inquérito possui natureza administrativa apenas e eventuais vícios não ocasionam nulidades que possam contaminar a fase seguinte, a *persecutio criminis in judicio*.

- Os limites objetivos de investigação estão parametrizados no voto do relator em situações que, concretamente, ofereçam risco ao Supremo Tribunal Federal, a seus ministros e familiares – pertinência temática – e que se qualifiquem como abuso do direito de manifestação – nos limites fundamentados na decisão –, abrangendo, assim, crimes contra a honra, ilícitos tipificados na Lei de Segurança Nacional e eventuais outros crimes praticados especificamente contra o STF, os ministros e seus familiares.

4 Considerações finais

A investigação criminal conduzida, moto-próprio, pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito n. 4781 é anômala, excepcional e limitada à apuração de condutas que coloquem em risco a integridade dos ministros do STF, seus familiares e a honorabilidade da Corte e foi justificada constitucionalmente pelo próprio Supremo como um mecanismo necessário e eficaz de defesa do regime democrático e da soberania da Constituição.

Na esteira dos limites estabelecidos no julgamento da ADPF n. 572, ficou bem assentado que não é todo ato potencialmente ilícito contra o regime democrático que poderá ser investigado nesse inquérito, diante da limitação e especificidade do seu objeto: defesa da Corte, dos ministros e de seus familiares em um contexto sistêmico de atos antidemocráticos.

Outro destaque que se impõe é que a validação do contexto das investigações refere-se, especificamente, aos meios de prova utilizados e à sua forma de produção – pelo próprio Poder Judiciário. Está, assim, preservada a independência do órgão do Ministério Público, como *dominus lictis* da ação penal, para avaliar, em cada caso concreto: (i) a existência de justa causa para o oferecimento de

denúncia; (ii) a necessidade de complemento das diligências apuratórias; (iii) o arquivamento pelos fundamentos que ensejam a rejeição da denúncia ou absolvição sumária (arts. 395 e 397 do CPP); (iv) e a própria pertinência temática do fato ao objeto de apuração, situação em que poderá considerar inválidas as peças informativas.

Nos limites do possível, diante do quadro fático validado, a imparcialidade do Poder Judiciário deve ser restabelecida nas fases seguintes dessa investigação, inclusive, esse ponto foi muito destacado no voto do relator, ministro Edson Fachin.

Já se abordou o que significa, para o Estado de Direito, o juiz imparcial, que é uma das prerrogativas do juiz natural; ou seja, para garantir a isenção dos julgados, evitando-se perseguições ou favorecimentos, a constituição democrática estabelece um conjunto de princípios para evitar que juízes sejam designados conforme as suas preferências ou as preferências de quem os designa.

Nessa linha, apesar de a Corte ter considerado legítima a participação do ministro que preside o Inquérito n. 4781 no julgamento da ADPF n. 572, os desdobramentos das investigações desse inquérito no STF, nos casos em que constatada a participação de autoridades com foro nesse Tribunal, devem ser livremente distribuídos entre os demais ministros, à exceção do ministro que conduziu a investigação desde o início, o qual, conforme as palavras de Geraldo Prado²⁰, poderá estar “psicologicamente envolvido com uma das versões do jogo”.

Como o Inquérito n. 4781 tem um objeto amplo e indefinido, já que não se refere a um ou mais fatos específicos já ocorridos previamente à sua instauração, deverá ter uma duração razoável para que não se transforme em uma investigação perene e indefinida de crimes futuros.

E, por fim, retomando a ideia central deste artigo, que é a preocupação quanto à ruptura dos pilares do processo penal democrático em relação à atividade investigativa do Supremo Tribunal Federal,

20 PRADO, 2001, p. 128

em limites e extensão nunca antes vistos na história dessa Corte Constitucional, é importante, para legitimidade desse *decisum*, que a sociedade tenha conhecimento sobre quais fatos foram investigados, as medidas adotadas e o resultado dessas apurações e, assim, poderá aquilatar o estado de gravidade e de abalo institucional que justificou o acionamento de mecanismos próprios de autodefesa pelo STF. A publicidade, ainda que postergada pela natureza do procedimento investigativo, é uma exigência do Estado Democrático de Direito.

Referências

ARENDRT, Hanna. *Sobre a revolução*. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORRÊA, Thiago Pinheiro. *Para além da acusatoriedade: passado e presente da investigação criminal no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARCHIONATTI, Daniel. *Processo penal contra autoridades*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Edição Saraiva, 1953.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Forense: Rio de Janeiro, 1960.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acesso em: 27 out. 2020.

MENDES, Conrado Hubner. “Evitar mundos piores” é recado que vale sobretudo para a ação política. *Folha de São Paulo*, 19 de maio de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/05/evitar-mundos-piores-e-recado-que-vale-sobretudo-para-a-acao-politica.shtml>. Acesso em: 27 out. 2020.

MIELLENHAUSEN, Karin Toscano; MOSCATELLI, Livia; OLIVER, Luiza *et al.* *Inquérito das fake news: armadilha ou salvação ao estado de direito?* 2 jun. 2020. Disponível em: http://linearclipping.com.br/mpf/site/m014/noticia.asp?cd_noticia=75955417. Acesso em: 27 out. 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas Ltda., 2017.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

REDE SUSTENTABILIDADE. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental com pedido de medida liminar*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rede-adpf-inquerito-ameacas-ministros.pdf>. Acesso em: 27 out. 2020.

ROSENFELD, Denis L. *O que é democracia*. Brasília: Brasiliense, 1984. (Coleção Primeiros Passos).

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

UOL. *Decisões do STF contra Bolsonaro estão dentro das atribuições da Corte*. 23 set. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/comprova/ultimas-noticias/2020/09/23/decisoes-do-stf-contr-bolsonaro-estao-dentro-das-atribuicoes-da-corte.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Por que me preocupo com a autoridade do Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, 11 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-11/oscar-vilhena-vieira-me-preocupo-autoridade-stf>. Acesso em: 27 out. 2020.