18/06/2020 **PLENÁRIO**

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 572
DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, inicio prestando esclarecimento considerados os menos avisados, aqueles que não atuam na área do Direito.

O inquérito ora em exame nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental não foi instaurado pelo Colegiado. O Colegiado foi comunicado, na sessão de 14 de março de 2019, sobre a existência, oportunidade na qual o Relator designado – não recebeu os autos do inquérito por distribuição – lançou: "Presidente, aceito a designação e iniciarei imediatamente os trabalhos".

Qual é o teor da Portaria/GP nº 69, de 14 de março de 2019? Ei-lo:

> O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno,
>
> CONSIDERANDO que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 13, I);
>
> CONSIDERANDO a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denunciações caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi*, *diffamandi* e *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares,
>
> RESOLVE, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda a sua dimensão,
>
> Designo para a condução do feito o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução.

O inquérito resultou de ato individual. Em momento algum, o surgimento passou pelo crivo do Colegiado.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 140F-AD67-AA33-2AC8 e senha 3F8E-8022-8409-184C

Presidente, em Direito o meio justifica o fim, jamais o fim ao meio utilizado. Sabe-se que há uma diferença marcante, consideradas as atuações do particular e do administrador, do servidor – e todos somos servidores de nossos semelhantes. Enquanto o particular pode fazer tudo que não esteja proibido em lei, o administrador somente pode fazer o que está autorizado em lei.

Também é sabença geral que toda concentração de poder é perniciosa. Com os órgãos da Administração atuando em áreas previamente estabelecidas, tem-se homenageado, tem-se observado o sistema de freios e contrapesos.

Colho certas passagens de parecer que um grande jurista paranaense proporcionou ao Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, o professor e mestre de tantos mestres René Ariel Dotti.

O que fez ver Sua Excelência nesse parecer? Vou ler dois trechos:

> "O Supremo Tribunal Federal, como um dos Poderes da República, não pode estar infenso às manifestações críticas dos cidadãos pelas várias modalidades da liberdade de expressão."

A propósito, a revogada Lei de Imprensa – Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 –, continha um dispositivo excludente de ilicitude que pode ser invocado pelas vias ou pela via analógica:

> Art. 27. Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação:
>
> I – A opinião desfavorável da crítica, literária, artística, científica e desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

Prossegue o mestre René Ariel Dotti:

> "As manifestações populares e pacíficas contra a instituição do Supremo Tribunal Federal como um dos Poderes políticos, não podem ser consideradas como ilícitos penais

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 140F-AD67-AA33-2AC8 e senha 3F8E-8022-8409-184C

> contra a honra, máxime porque inúmeras decisões manifestamente contrárias ao princípio estabelecido na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, art. 5º:
>
> > Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

O professor, no parecer a que me referi, ressalta:

> "O Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, jurado pelo primeiro artigo de nossa Lei Fundamental, assim como o Executivo e o Legislativo" – houve aqui um erro de grafia, saiu Judiciário, mas é Legislativo – "jamais poderá deixar de ouvir a voz das ruas como elementar expressão da liberdade de crítica, ainda que envolta em palavras, gestos ou sinais grosseiros" – prossegue Sua Excelência, o mestre René Ariel Dotti –, "não se pode exigir, do homem do povo, uma das vítimas indefesas do atraso da Justiça, o refinamento de linguagem própria das tribunas das Cortes Judiciárias, nas quais a elegância de trato, não raro, assume os contornos da vassalagem profissional em busca do voto."

Sábias palavras, Presidente, que devem estar sempre presentes em atos e posturas judicantes.

O que se tem na espécie? Tem-se que o sistema constitucional não pode ser afastado do cenário jurídico. Esse sistema não é um sistema inquisitório, mas acusatório.

O que se verifica comumente quanto ao cidadão comum? Os inquéritos são instaurados pela autoridade policial. O que se verifica em relação àqueles que detêm a prerrogativa de serem julgados por esse ou aquele órgão do Judiciário? Há a provocação – sempre verificada – para chegar-se à instauração do inquérito. No âmbito do Supremo, por exemplo, considerados os que tenham a prerrogativa de por si serem julgados, uma vez proposta a ação penal pública incondicionada, já se assentou caber ao Procurador-Geral da República provocar – o Judiciário é órgão inerte, há de ser provocado para poder atuar – a instauração do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 140F-AD67-AA33-2AC8 e senha 3F8E-8022-8409-184C

inquérito. Empolgou-se no ato, na Portaria editada, o artigo 43 do Regimento Interno do Tribunal. Acontece que, havendo a Constituição Federal de 1988 consagrado o sistema acusatório, esse artigo não foi recepcionado, tendo, inclusive, parágrafo polivalente, próprio ao sistema inquisitivo e que estaria a autorizar a instauração do inquérito, ainda que não ocorrido o crime no âmbito do Supremo. O que ocorreu, ultimamente, levando em conta o veiculado por aquele a soltar inúmeros foguetes sobre o Supremo? Vossa Excelência, como incumbia fazer, oficiou ao Procurador-Geral da República para as providências que entender devidas, observando, portanto, o sistema acusatório. Órgão Judiciário não é Estado acusador, nem se diga que essa visão calha considerada a atuação do Supremo.

Reporto-me, Presidente, a artigo do professor Adilson Abreu Dallari, publicado em sítio jurídico consagrado, o ConJur: "Supremo não é sinônimo de absoluto, é um dos poderes que integram um dos Poderes da República". Por isso mesmo, Presidente, ao oficiar, no caso, minha ex-colega de Universidade de Brasília e ex-colega de trabalho no Tribunal Superior do Trabalho, Dra. Raquel Elias Ferreira – assim a conheci antes do casamento, depois, tomou o apelido do marido, Dodge; hoje não há mais essa obrigação no Código Civil, inclusive o marido pode tomar os apelidos da mulher por livre e espontânea vontade –, teve oportunidade de pronunciar-se no inquérito nº 4.781:

> "O Inquérito 4.781 afronta o sistema penal acusatório instituído pela Constituição. O Inquérito 4.781, em matéria de competência para instauração e condução, fere o sistema penal acusatório instituído na Constituição de 1988 em seus pilares fundamentais. 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, como juiz natural, anterioridade da lei penal, contraditório, ampla defesa, *habeas corpus* e devido processo legal, para assegurar um julgamento penal justo." – O Colega Relator deste inquérito aceitou a designação verificada,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 140F-AD67-AA33-2AC8 e senha 3F8E-8022-8409-184C

> passando a encerrar verdadeiro juízo de exceção. – "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" – esclareço: o inquérito foi instaurado pela vítima –, "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 promover uma transformação radical de sistemas, instaurando nova era penal no Brasil, responsável pela transformação do sistema de Justiça, tornando-o mais confiável e fazendo a lei valer para todos."

Sob esse último ângulo, não concordo, Presidente, com artigo do professor Adilson Abreu Dallari, publicado no mesmo sítio jurídico – ConJur –, em que diz: "Todos são iguais perante a lei, exceto os 11 brasileiros do Supremo". Pelo menos eu, considero-me igual aos cidadãos em geral.

Prossigo na fala da Procuradora-Geral da República, à época Dra. Raquel Elias Ferreira:

> "De fato, embora o sistema penal acusatório seja marcado por diversos princípios, o principal deles é que o órgão estatal responsável pela acusação necessariamente não será responsável pelo julgamento."

Foi o que eu disse: não pode a vítima instaurar inquérito. Uma vez formalizado requerimento de instauração de inquérito, cumpre observar o sistema democrático da distribuição, sob pena de passarmos a ter, como disse, juízo de exceção, em contrariedade ao previsto no principal rol das garantias constitucionais da Carta de 1988.

E prosseguiu:

> "Nesse ponto, o sistema acusatório é o oposto do sistema inquisitorial, que se distingue exatamente pela concentração de funções – acusar e julgar – em um só agente estatal, o juiz

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 140F-AD67-AA33-2AC8 e senha 3F8E-8022-8409-184C

> inquisidor.
>
> A razão de ser do sistema acusatório baseado na separação de funções estatais é muito relevante. Se o órgão que acusa é o mesmo que julga, não há garantia de imparcialidade e haverá a tendência em condenar o acusado, o que estabelece a posição de desvantagem do acusado para a partida da ação penal.
>
> Por mais que se lhe assegure direito de defesa, o modelo inquisitorial diminui a confiança e a credibilidade no sistema de Justiça. O juiz confirmar na sentença sua própria acusação é variável que não pode ser descartada no sistema inquisitorial.
>
> Logo se percebe que a finalidade que alimenta o sistema acusatório é a necessidade de se garantir que investigados e acusados, em processo penal" – Tornaghi costumava dizer que inquérito é processo penal e não, como normalmente rotulamos, autos de inquéritos – "sejam julgados por um juiz neutro e imparcial, livre de pré-compreensões decorrentes da sua prévia atividade de preparar a investigação ou a acusação."

Afrânio Silva Jardim adverte, com propriedade:

> "A nosso juízo, os princípios mais importantes para o processo penal moderno são o da imparcialidade do juiz e do contraditório. Pode-se mesmo dizer que os demais princípios nada mais são do que consectários lógicos destes dois princípios. Assim, o princípio da demanda ou iniciativa das partes, próprio do sistema acusatório, decorre da indispensável neutralidade do órgão julgador. Sem ela, toda a atividade jurisdicional restará viciada. Por este motivo, a tendência é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória" – e o inquérito é embrião da persecução criminal propriamente dita –, "devendo a atividade probatória do Juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente ao atuar das partes.

Prossegue a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge – e presto homenagem a Sua Excelência:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 140F-AD67-AA33-2AC8 e senha 3F8E-8022-8409-184C

"Para que o princípio central que anima o sistema acusatório seja realmente alcançado (garantir julgamentos por juízes imparciais e neutros), não basta que o juiz que julgue não seja o mesmo que acuse, é necessário também que o juiz que julgue não seja o mesmo que investigue os fatos que, a seguir, constarão da acusação. É que o juiz que investiga se vincula" – e a emoção está presente na vida de todos nós –, "ainda que inconscientemente, aos resultados da sua investigação, o que lhe diminui a capacidade de avaliar com distanciamento a acusação posteriormente feita por outro órgão.

Justamente por isso um pilar do sistema penal acusatório é a baliza de que juízes devem se manter distantes da fase pré-processual de coleta das provas necessárias à formação da *opinio delicti* e à formulação da acusação, nela atuando apenas quando provocados pelas partes" – o que se dá, por exemplo, estamos cansados em proceder assim, quando a situação concreta requer um ato de constrição contra possível envolvido, aí, sim, cabe, mesmo assim por provocação e não iniciativa própria, o Judiciário atuar – "(princípio do *ne procedat iudex ex officio*, ou *nemo iudex sine actore*), e ainda assim, apenas para decidir questões legais" – como acabo de antecipar – "jamais para análise da linha investigativa, ou da conveniência ou oportunidade na produção probatória.

Como decorrência desse pilar central do sistema acusatório, para que o sistema processual penal seja genuinamente acusatório, (a) magistrados não devem instaurar investigações sem prévia provocação dos órgãos de persecução penal e, na fase de investigação, magistrados não devem ter iniciativa probatória" – os meios justificam o fim, não o fim aos meios –, "cabendo, nessa atividade, ao órgão de acusação, no Brasil, a teor da Constituição Federal, o Ministério Público, destinatário da prova produzida. Descumpridos os tais preceitos, traços do sistema inquisitorial revelam-se emoldurando o sistema penal acusatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 140F-AD67-AA33-2AC8 e senha 3F8E-8022-8409-184C

> É precisamente o que ocorre" – disse Sua Excelência – "no Inquérito 4.781, cuja instauração foi feita por magistrado, e cuja condição investigatória está sendo feita por magistrado sem participação do Ministério Público, em afronta à Constituição e ao sistema acusatório."

Prossegue versando a instauração de ofício do inquérito e abordando problemática ligada – para mim, seriíssima, porque escolhido a dedo, não aceitaria essa relatoria – ao Relator do inquérito, sem observância do sistema democrático da distribuição.

Presidente, estamos diante de inquérito natimorto. Ante as achegas verificadas, depois de instaurado, diria mesmo de inquérito do fim do mundo, sem limites!

Peço vênia à maioria acachapante, já formada, de oito votos, para dissentir. Faço-o acolhendo o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, para fulminar o inquérito, porque o vício inicial contamina a tramitação. Não há como salvá-lo, em que pese óptica revelada posteriormente pela mesma Procuradoria-Geral da República, já então personificada por outro Procurador-Geral – o Dr. Augusto Aras. Devo ressaltar que, inicialmente, esse inquérito foi coberto pelo sigilo. Receio muito, Presidente, coisas misteriosas. Ressalto que somente se deu o acesso a possíveis investigados e envolvidos passados trinta dias, o mesmo ocorrendo quanto à audição da Procuradoria-Geral da República.

É como voto, a partir, como costumo sempre dizer, da ciência e consciência possuídas.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 140F-AD67-AA33-2AC8 e senha 3F8E-8022-8409-184C