

10/06/2020

PLENÁRIO

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 572
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental na qual, em sede cautelar, se requer a suspensão da eficácia da Portaria GP nº 69/2019, que determinou a instauração de inquérito, e no mérito, a declaração da inconstitucionalidade do mencionado ato. Entende a parte autora ser inválida constitucionalmente a Portaria, portadora, assim, ao ver da requerente, de um único sentido que, em seu ver, é nulo em termos constitucionais por afrontar a preceitos fundamentais, inclusive no que diz respeito ao modo pelo qual foi designado o condutor do inquérito respectivo.

Preliminarmente, a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental deve ser conhecida.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, sendo certo que, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, “*não será admitida ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*”.

Com base no texto legal, é possível identificar três requisitos para a propositura da arguição: a legitimidade para agir; a controvérsia judicial ou jurídica, nos casos em que a doutrina tem denominado de “arguição incidental”; e a subsidiariedade.

Nos termos da legislação pertinente, a petição inicial deve, portanto, não apenas atender aos requisitos da propositura, como também deve demonstrar a utilidade da intervenção do Supremo Tribunal Federal. Noutras palavras, a petição inicial deve conter: (i) a indicação do preceito fundamental que se entende violado; (ii) a indicação do ato questionado; (iii) a prova da violação do preceito fundamental; (iv) o pedido com suas

ADPF 572 / DF

especificações; e (v) a comprovação, se for o caso, da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Para além dos requisitos explícitos, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal também tem reconhecido limites implícitos à utilização da ADPF que decorrem, por sua vez, do próprio limite da atuação do Poder Judiciário. Assim, em alguns precedentes, o Tribunal assentou que não se admitiria a ação quando a declaração de inconstitucionalidade parcial implicasse inversão do sentido da lei, porquanto *“não é permitido ao Poder Judiciário agir como legislador positivo”* (ADI 1.949-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 25.11.2005).

A legitimidade ativa do requerente é patente, visto tratar-se de partido político com representação no Congresso Nacional e, portanto, legitimado universal apto à jurisdição do controle abstrato de constitucionalidade.

Em relação à irregularidade na representação processual, a AGU alega que a procuração não tem poderes especiais para a impugnação da Portaria GP nº 69/2019. No entanto, a procuração outorga poderes para *“ingressar com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em face da abertura de inquérito genérico por supostos ataques à imagem pública do STF e de seus membros.”*

É o suficiente para atender à exigência de *“descrição mínima do objeto digno de hostilização”* (ADPF 480 AgR, Relator (a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2018).

Por sua vez, a alegação de descabimento pela ofensa reflexa, no sentido de que a impugnação demandaria, primeiramente, a análise do art. 43 do RISTF e da Resolução STF nº 564/2015, é questão que se confunde com o mérito, uma vez que o autor sustenta que o ato impugnado, embora fundamentado no dispositivo regimental, ofendeu diretamente à Constituição. Por esse mesmo motivo, não haveria o vício referente à impugnação parcial do complexo normativo pela falta de impugnação às normas regimentais.

Infere-se da alegação o argumento de que a própria previsão

ADPF 572 / DF

regimental, ao prever a investigação judicial, implicaria ofensa ao devido processo legal e ao princípio acusatório. Nesses casos, é cabível o controle pela via concentrada, como ocorre no julgamento acerca de ato normativo de agência reguladora (ADI 4874, Relatora: Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018; ADI 5543, rel. Min. Edson Fachin, j. 11.05.2020).

Ainda quanto ao cabimento, trata-se a Portaria de “ato do Poder Público”, invocando-se como parâmetro de controle dispositivos constitucionais que consubstanciariam o preceito fundamental da liberdade pessoal, que inclui a garantia do devido processo legal (CRFB, art. 5º, LIV), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), a legalidade (art. 5º, II) e a vedação a juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII).

Como é sabido, na esteira da jurisprudência desta Corte, compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes bem explicitou na ADPF-MC 33 o esforço hermenêutico a ser realizado pelo STF: *“É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais de um determinado sistema.”*

Ainda nesse importante voto para a construção institucional do controle abstrato de constitucionalidade, o e. Ministro Gilmar Mendes apresenta diretriz para o trabalho que aqui se coloca, aduzindo que *“a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a regras que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.”*

Dito isso, tem-se que, sim, diante da vocação da Constituição de 1988 de reinstaurar o Estado Democrático de Direito, fundado na “dignidade da pessoa humana” (CR, art. 1º, III), a liberdade pessoal e a garantia do devido processo legal, e seus corolários, como o princípio do juiz natural,

ADPF 572 / DF

são preceitos fundamentais. Há, pois, controvérsia própria e adequada.

Ainda preliminarmente anoto que a Lei 9.882/99, ao disciplinar o rito da arguição de descumprimento de preceito fundamental, indicou, como um dos requisitos de cabimento da ação, o princípio da subsidiariedade, cujo teor extrai-se do seguinte dispositivo:

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Conforme entendimento iterativo desta Corte, *“meio eficaz de sanar a lesão é aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. No juízo de subsidiariedade há de se ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional”* (ADPF 388, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 01.08.2016) E também:

*“...A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir impedindo, desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental revela-se **essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse writ constitucional.** A norma inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 que consagra o postulado da subsidiariedade estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento*

ADPF 572 / DF

dessa especial ação de índole constitucional à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado. (ADPF 237 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe-30.10.2014, grifei)

Em sede doutrinária, o Ministro Luis Roberto Barroso leciona acerca do alcance e da caracterização da subsidiariedade para fins do cabimento de ADPF no seguinte sentido:

“O descabimento de outros mecanismos concentrados de controle de constitucionalidade, como assinalado, é um elemento necessário para caracterizar a presença da subsidiariedade que justifica a ADPF. Não se trata, porém, de elemento suficiente. Além da presença dos demais requisitos referidos acima, é preciso que os mecanismos subjetivos existentes sejam insatisfatórios justificando uma intervenção concentrada por parte do STF. Se tais mecanismos forem adequados para afastar eventual lesão, não se justifica o uso da ADPF.

O sistema brasileiro de controle concentrado de constitucionalidade não se destina a absorver toda e qualquer discussão subjetiva envolvendo questões constitucionais. Por tal razão, os jurisdicionados não detêm a expectativa legítima de verem todas as suas disputas apreciadas pelo STF em sede de uma ação abstrata. Para conhecer as lides e dar-lhes solução, existe um complexo sistema orgânico e processual que, eventualmente, poderá até mesmo chegar ao STF pelas vias recursais próprias de natureza subjetiva.

Nesse contexto, portanto, a ADPF não é uma ação abstrata subsidiária, no sentido de que seria cabível sempre que a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade não o fossem. Como explicado acima, a

ADPF 572 / DF

subsidiariedade significa apenas que não caberá ADPF se outro meio idôneo capaz de sanar a lesividade estiver disponível, não podendo ser extraída da regra da subsidiariedade a conclusão de que seria possível o ajuizamento de APDF sempre que não coubesse ADIn e ADC. ” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 289)

No caso dos autos, pretende-se ver declarada a inconstitucionalidade da Portaria GP/STF n. 69, de 14 de março de 2019, a qual instaurou inquérito para a “investigação de notícias fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi*, que atinjam a honorabilidade institucional do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e de seus membros, bem como a segurança destes e de seus familiares”, ato praticado para “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 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.” (eDOC 43)

Ainda que, ordinariamente, pela sua vocação constitucional de proteção à liberdade de locomoção (CR, art. 5º, LXVIII), o instrumento processual hábil ao trancamento de inquérito seja o *habeas corpus*, precedentes reiterados deste Supremo Tribunal Federal indicam ser incabível contra ato de ministro, de modo que propus, por esse motivo, a extinção de vários *habeas corpus* impetrados contra atos praticados pelo ministro relator do inquérito, assim como de mandado de segurança coletivo.

Poder-se-ia, ainda, cogitar de eventual recurso ao colegiado contra as decisões do inquérito. No entanto, a subsidiariedade exigida para o cabimento da ADPF resigna-se com a ineficácia de outro meio e, aqui,

ADPF 572 / DF

nenhum outro parece, de fato, solver todas as alegadas violações decorrentes da instauração e das decisões subsequentes. Assim, entendo também satisfeito o requisito da subsidiariedade.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço da ação proposta.

Conversão no mérito

Como se infere do relatório, entendo que o processo se encontra suficientemente instruído, razão pela qual proponho a conversão do julgamento da medida cautelar para o julgamento no mérito da própria ADPF. Acaso não haja conversão, o voto se posta em relação à medida cautelar nos próprios limites da conclusão.

Prossigo, portanto, para o exame do mérito.

Fundamentos preambulares

Na perspectiva do devido processo penal constitucional, investigar, acusar, defender e julgar são mesmo afazeres de funções distintas. É o sistema acusatório próprio do Estado de Direito democrático que a Constituição da República Federativa do Brasil acolhe, especialmente à luz do que dispõe o artigo 129, inciso I, bem como o artigo 144.

Nas democracias, há um sistema de justiça a ser preservado, incluindo-se a advocacia (pública e privada), as defensorias, o Ministério Público e o Judiciário.

A depender da interpretação da norma jurídica regimental com força de lei ordinária, ações ou mesmo omissões na execução dos afazeres decorrentes da Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019, que ocasionou a abertura do Inquérito nº 4781, poderiam afrontar princípios e regras constitucionais. Pode inexistir um único sentido a ser extraído do todo ou em parte do referido ato, pois, em tese, é possível se constatar ao menos um sentido constitucionalmente válido.

É esse controle de constitucionalidade que demanda exame aqui diante do suscitado vício de invalidade constitucional. A questão se cinge a aferir se todos os sentidos e as práticas levadas a efeito sob aquele ato,

ADPF 572 / DF

que é a Portaria em pauta, tem ou não sua passagem propiciada pelo filtro de constitucionalidade.

A petição inicial não pleiteia expressamente ao final, nos pedidos da exordial, tal como apresentada a protocolo neste STF, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e sim do ato instaurador do inquérito. Isso se dá porque, em nosso ver, a norma regimental se abre em interpretações diversas.

Impende, assim, fixar qual pode ser o sentido conforme à Constituição e quais são os sentidos incompatíveis com a Constituição que podem emergir daquela regra regimental.

Nesta ADPF, por conseguinte, desafia-se a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, baseando-se em precedentes e sua jurisprudência, bem como na doutrina e literatura jurídica, além de tratados e convenções internacionais presentes na normativa interna pela cláusula de abertura do parágrafo segundo do artigo 5º da própria Constituição, afastar as interpretações (definições e práticas) inconstitucionais e demarcar, do ponto de vista hermenêutico, em sede de controle de constitucionalidade, a compreensão que se apresenta conforme à Constituição.

Como é coerente com o pedido da parte requerente, 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 conduzem, inevitavelmente, à invalidade constitucional.

Não há dúvida que a regra regimental (cuja inconstitucionalidade, cumpre repisar, não foi requerida pela parte autora da ADPF) trata de hipótese de investigação, em cujo âmbito de modo algum podem se agasalhar práticas inconstitucionais de violação a direitos e garantias fundamentais, como a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão. Tem nítidos limites constitucionais toda e qualquer atuação investigativa com base em regra regimental, a ser estritamente observada, eis que não é nem dever usual o STF valer-se dessa hipótese legal.

ADPF 572 / DF

O STF não pode ir além, mas não pode ser impedido a ficar aquém. Tal congruidade entre Constituição e significados ou práticas demanda contenção, consistência, nexos e lógica adstrita à normatividade jurídica. Essa fenda há de ser moderada passagem e não insustentável fissura com a ordem jurídica.

O paradigma constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), indicado na inicial dessa arguição de preceito fundamental, indubitavelmente corresponde, mesmo que numa versão mínima, a um juízo de conformidade com os direitos e garantias fundamentais à luz da Constituição da República. Não se trata somente de uma concepção em abstrato, e sim, especialmente, de uma observância interpretativa e por isso mesmo prática (dado que sem perquirição teórica pouca ou nenhuma interpretação há) que não alije o direito dos investigados, dos acusados e dos réus e seus litisconsortes passivos no processo penal.

É certo que, como alegado, tem atenção especial da Constituição Federal de 1988 quando dispõe sobre a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), a prevalência dos direitos humanos (CF, art. 4º, II), da submissão única e exclusivamente à lei (CF, art. 5º, II), a impossibilidade de existir juízo ou tribunal de exceção (CF, art. 5º, XXXVII). Mais que isso, a dignidade está na ordem constitucional dos fundamentos da República, o que tem consonância com a primazia aos direitos humanos. Ademais, a observância da lei, que é ao mesmo tempo limite e garantia, cumpre essa dimensão dúplice: impõe obediência ao assegurar, ao mesmo tempo, sujeição à legalidade constitucional, coibidas todas e quaisquer exigências fora da lei.

Não é aceitável no Estado de Direito democrático (sentido próprio do Estado de Direito constitucional ou do Estado democrático de direito) sentido ou prática que pretendendo cumprir uma determinada norma, cuja constitucionalidade se presume até prova em contrário, e que, em concreto, viola a dignidade da pessoa humana, afasta a prevalência dos direitos humanos, institui deveres independentemente de sustento em letra expressa de lei ou que, ainda, propicie margem um juízo fora da normalidade que impõe a legalidade constitucional.

ADPF 572 / DF

Também emerge mandatório, nesse horizonte de limites, o preceito fundamental da separação dos poderes, insculpido no art. 60, §4º, III da Constituição Federal, igualmente invocado pela parte requerente. As grades de proteção que ponderam freios e contrapesos nas relações independentes e harmônicas entre os Poderes são o agasalho dessa cláusula pétrea. No entanto, o exercício do poder não é dependente de outro poder, e a regra constitucional deve ser apreendida à luz da independência e de ações ou omissões concretas e não apenas como enunciado hipotético.

Aquele que julga não deve investigar, menos ainda acusar, eis a premissa da isenção, sinônimo de independência. Ao fazê-lo, como permite a norma regimental, esse exercício infrequente e anômalo submete-se a um elevado grau de justificação e a condições de possibilidade sem as quais não se sustenta.

Dentre tais condições, é inarredável a imparcialidade, a seu turno exposta na inicial como *“elemento essencial no devido processo constitucional acusatório”*.

A questão, pois, à luz da petição inicial, circunscreve-se em escrutinar constitucionalmente a Portaria impugnada na medida em que se esquadrinham os sentidos e práticas dela decorrentes diante dos preceitos constitucionais invocados.

Questões prévias a esse exame devem ser expostas. Princípio com uma breve, contudo, indispensável referência ao enunciado da Súmula de número 14.

Súmula Vinculante n.º 14

Num Estado de direito democrático e republicano, a total transparência dos atos do poder público é a regra, sendo o sigilo a exceção. Restrições excepcionais à publicidade devem estar fundadas na defesa da intimidade e do interesse social (CRFB, art. 5º, LX)

Dessa forma, assento o sentido antirrepublicano da existência de processos sigilosos. O objetivo deve ser, como regra, eliminar processos sigilosos.

ADPF 572 / DF

Nessa ambiência, a fim de conformar a finalidade institucional e o devido processo legal, necessário assentar a aplicação, sem hesitação, da Súmula Vinculante n.º 14: *“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”*

Ao Supremo Tribunal Federal, as suas próprias prescrições.

Isso posto assim, persisto na seara das conformações precedentes ao mérito.

Liberdade de expressão *versus* responsabilidade

Imprescindível agora focalizar o objeto da investigação, assim proclamado: *“investigação de notícias fraudulentas (fake news), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi, que atinjam a honorabilidade institucional do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e de 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 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”* (eDOC 43).

A desobediência à ordem do Tribunal, *verbi gratia*, é tão grave que, a depender do sujeito ativo, configura crime de responsabilidade (CR, art. 85, VII). A incitação a essa desobediência ou a negativa da própria autoridade do Tribunal, com a sugestão do seu fechamento ou a ameaça a seus membros também.

No entanto, ainda assim, no âmbito da competência investigatória atípica, de modo algum podem se agasalhar práticas inconstitucionais de violação a direitos e garantias fundamentais, como a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão.

ADPF 572 / DF

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.

A par da divergência doutrinária que persiste no âmbito acadêmico sobre eventuais limites à liberdade de expressão e eventuais paradoxos decorrentes desses limites, creio que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal oferece vários nortes sobre o conteúdo desse direito, os quais passo a rememorar, reproduzindo, inicialmente, o teor dos artigos 5º, inciso IX, e 220 da Constituição da República:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

(...)

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Ainda, a partir da cláusula de abertura material contida no art. 5º, §2º, da Constituição, é possível afirmar que os sistemas universal e interamericano de proteção aos direitos humanos aportam significativa densificação a esses direitos. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado pelo Decreto nº 592/92, traz em seu bojo o art. 19 com o seguinte conteúdo:

ARTIGO 19

ADPF 572 / DF

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

O art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que claramente se inspira do art. 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também estabelece um regime de ponderação:

ARTIGO 13 - Liberdade de Pensamento e de Expressão:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessária para assegurar:

- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública.

ADPF 572 / DF

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2º.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

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.

Este Supremo Tribunal Federal tem uma compreensão vigorosa do direito fundamental à liberdade de expressão, assentada especialmente no julgamento da ADPF 130 (Relator (a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009), reconhecendo a não recepção da lei nº 5.250/1967 (que previa, por exemplo, no artigo 16, a criminalização do ato de publicar ou espalhar notícias falsas), pela Constituição de 1988.

Na ocasião, a liberdade de imprensa foi qualificada como *sobredireito*, prevendo que o direito de crítica é protegido num legítimo Estado de Direito democrático, como salvaguarda da democracia.

É assim que esse julgado vem constantemente sendo interpretado nas reclamações que lhe seguiram (por todos, v. Rcl 15243 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/04/2019), mesma toada em que considerou inconstitucional a vedação ao proselitismo, em acórdão da minha lavra (ADI 2566, Relator (a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Relator (a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 16/05/2018), e considerou

ADPF 572 / DF

inconstitucionais dispositivos da legislação eleitoral que restringiam a liberdade de expressão, assentando-a como premissa imprescindível à participação política e à democracia (ADI 4451, Relator (a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2018).

Sob o viés do reflexo de medidas incriminatórias na inibição do debate público (*chilling effect*), preservou-se o direito à livre manifestação (ADPF 187/DF, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 15.6.2011) e ratificou a prioridade *prima facie* da liberdade de expressão em relação a outros direitos no caso das biografias não autorizadas, afirmando que eventuais incorreções, nesse espectro, devem invocar a responsabilização e o direito de resposta (CRFB, art. 5º, V), não a censura (ADI 4815, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015).

O Plenário, ainda, referendou decisão monocrática da Min. Carmen Lúcia, que, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, “suspendeu os efeitos de atos judiciais ou administrativos emanados de autoridade pública que possibilitem, determinem ou promovam o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento em ambientes universitários ou em equipamentos sob a administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos.” (ADPF 548 MC REF, rel. min. Carmen Lúcia, j. 31-10-2018, P, Informativo 922) ”.

A partir dessa decisão, julguei procedente a Reclamação n. 33.137, j. 11.06.20019, proposta contra decisão em Ação Civil Pública que permitia a postagem em rede social de deputada estadual eleita no Estado de Santa Catarina, incitando o controle pelos discentes dos docentes nos ambientes escolares, ocasião em que assentei:

“ (...) nas universidades e nas instituições de ensino, mais do que em qualquer outro lugar, as ideias disputam o coração das pessoas. Elas devem, portanto, livremente circular, para que

ADPF 572 / DF

a melhor possa prevalecer.

(...)

Essa liberdade é também inerente ao ambiente acadêmico, microcosmo democrático e plural. O poder de polícia, ali, deve ser restrito, não amplo. Os dissensos devem ser debatidos, não tolhidos. Pressupõe-se, afinal, a capacidade de crítica que a multiplicidade de referências da escola, da família, da comunidade, etc. - dos discentes permite.

Eventuais ilícitos têm, no devido processo legal, seus meios para serem devidamente apurados, interna no âmbito do poder disciplinar ou externamente no âmbito da responsabilidade civil ou penal. ”

Esse julgado evidencia que este Supremo Tribunal Federal reconhece que liberdade de expressão compreende o direito de informar, de buscar a informação, de opinar, de criticar.

Os limites à liberdade de expressão estão em constante conformação e, penso, demandarão ainda reflexão do Poder Legislativo e do Poder Judiciário e, especialmente, dessa Corte, no tocante ao que se denomina atualmente de “*fake news*”. Como observou o Justice Kennedy, no caso *Packingham v. North Carolina*, as mídias sociais são as “novas praças públicas”.

Nesse contexto de confusão informacional em que a manifestação se automatiza, não há mais propriamente sujeitos de direito, mas algoritmos ecoando inadvertidamente uma informação sem respaldo na lógica do hipertexto:

“O hipertexto descontrói a escrita linear e a sugestão dessa de que as ideias são organizadas de modo homogêneo, pois torna explícita coexistência de diversas estruturas. Entramos numa forma de comunicação em rede. Na verdade, nem mesmo rede, mas formas de nós em expansão, para todos os lados.” (FERRAZ JR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme R. *A superação do direito como norma: uma revisão descolonial do direito brasileiro*, SP: Almedina Brasil, 2020, p. 52)

ADPF 572 / DF

Mesmo com a preponderância que a liberdade de expressão assume em nosso sistema de direitos, e de sua “posição de preferência” [*preferred position*], seu uso em casos concretos pode se tornar abusivo. Neste sentido, podem-se agregar ao exercício legítimo da liberdade de expressão alguns condicionantes que balizem a aferição de responsabilidades civis e penais.

A evolução dos variados sistemas de proteção dos direitos humanos, ao lado das tendências dominantes de práticas estatais sugerem que a restrição à liberdade de expressão deve ser permeada por alguns subprincípios. Em seu relatório do ano de 2017, o Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas para a Promoção e a Proteção do Direito de Liberdade de Opinião e Expressão afirmou:

Diferentemente da proibição incondicional de ingerência na opinião, o artigo 19(3) do Pacto [Internacional dos Direitos Civis e Políticos] impõe três condições segundo as quais o exercício do direito à liberdade de expressão pode estar sujeito a restrições por parte dos Estados. Essas condições devem ser levadas a efeito de maneira estrita (cf. a Observação Geral nº 34 do Comitê de Direitos Humanos, parágrafos 21 a 36). O art. 19(3) dispõe que o exercício do direito à liberdade de expressão envolve deveres e responsabilidades especiais e pode estar sujeito a certas restrições, que deverão, contudo, estar expressamente fixadas em lei e ser necessárias para: a) assegurar a proteção aos direitos ou à reputação de outrem; a proteção da segurança nacional, a ordem pública ou à saúde e moral públicas. O art. 20 do Pacto também estabelece que toda propaganda em favor da guerra e toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência estarão proibidos por lei (**Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. Organização das Nações Unidas: A/71/373, 2016).

ADPF 572 / DF

A partir destas balizas, é possível voltar-se à experiência comparada para divisar critérios de limitação da liberdade de expressão. É conhecido, por exemplo, o modo como a Suprema Corte dos Estados Unidos da América produziu, ao longo de sua história, testes para a aferição dos abusos do direito de opinar.

Nada obstante a Primeira Emenda estabelecer que o Congresso não poderá criar lei restringindo a liberdade de expressão, a Suprema Corte decidiu em *Schenk v. Estados Unidos* (1919), que esse direito poderia ser limitado se a intenção do agente se dirigisse ao cometimento de práticas criminosas e representasse um “perigo claro e iminente”. Na opinião redigida por Oliver Wendell Holmes Jr., que guiou a votação por unanimidade, ficou assentada uma das mais conhecidas expressões do direito norte-americano. Expressão essa que refere, justamente, a impossibilidade de proteger uma informação deliberadamente falsa: “A mais rigorosa proteção da liberdade de expressão não protegeria um homem que, falsamente, grita “fogo” no interior de um teatro, causando pânico” (*Schenk v. United States*, 249 U.S. 47, 1919).

O juiz Holmes lança os fundamentos de um teste que fica conhecido, precisamente, como “perigo claro e iminente”, e se dirige a auferir as circunstâncias concretas do caso que indicam a existência de um mal substantivo. Este teste será melhor delimitado em *Whitney v. Califórnia*, onde se estabelecem três elementos necessariamente concorrentes para a limitação do direito de opinar. Nas palavras de Carlos Bentivegna:

Somente se justificaria a restrição desta liberdade pública quando (i) houvesse, com razoável grau de certeza, o temor de que um mal pudesse advir daquele discurso; (ii) houvesse, com razoável grau de certeza, a percepção de que o mal (perigo) fosse iminente e (iii) houvesse motivos fortes para se crer na gravidade do mal a ser causado (perigo sério) (BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito**. São Paulo: Manole, 2019).

ADPF 572 / DF

Essa jurisprudência, contudo, sofrerá substantivas mutações. Por um lado, ela será superada, quando do julgamento do caso *Brandenburg v. Ohio* (1969). A Suprema Corte passa adotar um teste mais protetivo, conhecido como “ação ilegal iminente”, que se baseia na identificação do cometimento ou da incitação ao cometimento de um crime iminente, e não apenas possível em um futuro indeterminado.

Por outro lado, essa jurisprudência sofrerá especificações temáticas. É o caso, por exemplo, da construção jurisprudencial ao redor das afirmações de fatos falsos (*false statement of facts*), notadamente na imputação de condutas criminosas. Nestes casos, a exceção à proteção da Primeira Emenda pressupõe que exista uma lei civil ou penal que torne a conduta ilícita. Mas, para além da falsidade da afirmação, a Suprema Corte assentou no caso *New York Times Co. v. Sullivan* que, quando a conduta ilícita ofende a honra de agentes públicos, é necessário um elemento volitivo classificado qualificado por “*actual malice*”, isto é, pelo conhecimento doloso da falsidade da informação ou por uma forma extremada de negligência (*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 1964). Em outras palavras:

Ao reconhecer que fatos incorretos são inevitáveis em um debate público saudável, a jurisprudência *Sullivan* protege alguns discursos falsos com o fito de abrir um “espaço de respiração” para o discurso político sobreviver. Logo, para promover um ação por difamação contra um crítico de um agente público, é preciso que se demonstre que o crítico agiu com “*actual malice*”, com conhecimento do fato de afirmação ser falsa ou com temerário desinteresse por sua falsidade. Qualquer standard menos restritivo produziria um efeito de dissuasão em discursos protegidos, pois possíveis críticos se sentiriam ameaçados diante da dificuldade de demonstrar a verdade de sua crítica (GOLDMAN, A. I., BAKER, D., *Free Speech, Fake News, and Democracy. First Amendment Law Review*, vol. 66, nº 18, p. 1-66, 2019).

No ano de 1999, o Relator Especial da Comissão Interamericana de

ADPF 572 / DF

Direitos Humanos para a Liberdade de Expressão recomendou aos Estados membros a adoção, em suas respectivas legislações locais, de sistema dual de diferenciação dos standards de proteção de agentes públicos e sujeitos privados. O relator conclui que isso equivaleria, na prática, “à aceitação da doutrina da malícia real (*actual malice*)” (**Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión**, CIDH 48/1999).

Ainda que o uso da expressão “*actual malice*” não tenha sido expressamente feito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em ao menos dois casos (*Kimmel v. Argentina*, 2008, e *Donoso v. Panamá*, 2009), a doutrina parece ter sido encampada, garantido requisitos mais estritos para a conformação de crimes contra à honra de agente públicos (cf., por todos, CARTER, Edward. *Actual Malice in the Inter-American Court of Human Rights*. **Communication Law and Policy**, v. 18, nº 4, p. 395–423, 2013). Constrói-se, 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.

Nessa ambiência, inclusive, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão que prevê, em seu Artigo 11, que os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. Nesse sentido, segundo a Corte Interamericana, não se revela adequado que a legislação penal suprima o debate essencial ao funcionamento das instituições democráticas (caso *Palamara Iribarne v. Chile* - sentença de 22 de novembro de 2005).

Feitos esses registros, a regra soa cristalina, pois a Constituição, afinal, garante a livre manifestação do pensamento.

Há, sem embargo, limites também constitucionais, de modo que persistem sujeitos à responsabilidade penal, como decidido inclusive na ADPF 130, crimes contra a honra (como já decidi no HC 135900 AgR, Relator (a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 28/10/2016) os quais, quando confrontados com a liberdade de expressão, exigem

ADPF 572 / DF

elemento anímico específico, assim como no delito de ameaça exige-se a seriedade, gravidade e verossimilhança da ameaça, sendo “*indispensável que o ofendido se sinta ameaçado, acreditando que algo de mal lhe pode acontecer*” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. 19ªed. RJ: Forense, 2019, p. 876).

Quando a vítima é agente público, essa exigência, como visto, deve ser ainda mais rigorosa, porque a submissão à crítica é inerente a sua atividade:

“EMENTA CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. DECLARAÇÕES PROFERIDAS EM AMBIENTE ELEITORAL E PARA FINS DE PROPAGANDA ELEITORAL. EMENDATIO LIBELLI. DESCLASSIFICAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM NÃO RECONHECIDA. MÉRITO FAVORÁVEL AO ACUSADO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO FAVOR REI. FIGURAS PÚBLICAS. DECLARAÇÕES TEMATICAMENTE PERTINENTES À DIALÉTICA ELEITORAL. ATIPICIDADE DE CONDUCTA. REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME. 1. Os crimes contra a honra previstos nos arts. 324, 325 e 326 do Código Eleitoral se perfectibilizam quando as declarações ofensivas ocorrem no contexto de propaganda eleitoral ou para tal efeito e, preenchidas essas elementares objetivas do tipo, preferem aos crimes previstos respectivamente nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal, em razão do princípio da especialidade. Emendatio libelli que se realiza na forma do art. 383 do CPP. 2. Natureza pública incondicionada da persecução criminal nos delitos contra a honra previstos na legislação eleitoral. Ilegitimidade ativa ad causam que não se declara no caso concreto, em atenção ao princípio do favor rei, presente a possibilidade de julgamento do mérito favoravelmente ao acusado. 3. A jurisprudência deste STF admite critérios particulares para aferir a ofensa à honra baseados na maior ou menor exposição pública da pessoa ofendida: (...) Ao dedicar-se à militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a zona di illuminabilit, resignando-se a uma maior exposição de sua vida

ADPF 572 / DF

e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em particular, dos seus adversários (HC 78.426-6-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1^a Turma, DJ de 7.5.1999). 4. Declarações no caso concreto compatíveis com a dialética do jogo político, limitadas ao campo das ideias, sem adjetivações nem desqualificação moral do interlocutor, e pertinentes ao ambiente eleitoral em que proferidas, a revelar atipicidade de conduta quanto aos crimes de calúnia, difamação e injúria. 5. Queixa-crime rejeitada com fundamento no artigo 395, III, do CPP. (Inq. 3546, Relatora: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 30-09-2015 PUBLIC 01-10-2015)“.

É que a liberdade de expressão, nesse contexto, atua como exercício de direitos políticos e de controle da coisa pública.

Como se sabe, o princípio republicano, ao tempo em que repele campos de poder insuscetíveis de responsabilidade, também obsta a concessão de privilégios ou tratamentos desiguais com escopo de beneficiar agentes públicos que exercem o poder em nome do povo. Nesse contexto, ao revés, a própria titularidade popular do poder exercido não se concilia com posições jurídicas privilegiadas de agentes estatais frente aos cidadãos em geral.

A proibição do dissenso equivale a impor um mandado de conformidade, condicionando a sociedade à informação oficial uma espécie de “*marketplace of ideas*” (Oliver Wendell Holmes) institucionalmente limitado. Ou, o que é ainda mais profundo: a imposição de um comportamento obsequioso produz, na sociedade, um pernicioso efeito dissuasório (*chilling effect*), culminando, progressivamente, com a aniquilação do próprio ato individual de reflexão.

De tudo, pode-se extrair que as exceções à liberdade de expressão são restritas e, ainda que não se possa esgotar a pretensão de fechamento quanto aos seus limites, estes estão naquilo que lhe é inerente – a democracia – de modo que ninguém pode se atribuir a pretensão de

ADPF 572 / DF

totalidade. A alteridade é, afinal, o cerne da democracia:

“Ouvir as diversidades desuniversaliza os sujeitos políticos, rompe com essencialismos, dando vazão à heterogeneidade e ao político, com toda a sua marca de desentendimentos nas relações sociais, permitindo a transformação da democracia de antagonismos entre inimigos para a noção democrática de agonismos entre adversários.” (FERRAZ JR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme R. *A superação do direito como norma: uma revisão descolonial do direito brasileiro*, SP: Almedina Brasil, 2020, p. 14)

São vedados, afinal, expressamente nas convenções citadas, os discursos racistas, de ódio (*hate speech*), havendo decidido este Tribunal que são inclusive imprescritíveis:

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

(...)

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamofobia" e o anti-semitismo.

(...)

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao

ADPF 572 / DF

discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

(....)

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.

Ordem denegada.

(HC 82424, Relator (a): MOREIRA ALVES, Relator (a) p/ Acórdão: MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)

ADPF 572 / DF

Da mesma forma decide também a Corte Europeia de Direitos Humanos (*Kasymakhunov and Saybatalov v Russia, Refah Partisi and others v Turkey, Norwood v United Kingdom*) que não estão protegidos pela liberdade de expressão, atos que, a pretexto de ideologia política, visem a retirar direitos ou a excluir determinadas pessoas da sociedade.

Sistema acusatório, investigação e ação penal

Mostra-se, noutro giro, relevante o legítimo desassossego contido nos autos, desde a petição inicial, diante da enunciação do artigo 129 da Constituição Federal, cujo teor dispõe que compete ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

O argumento recoloca, com acerto, o Ministério Público, no sistema acusatório, como titular exclusivo da ação penal pública. Dentro do sistema constitucional de justiça, a regra é direta: nele, a autoridade policial investiga, o Ministério Público é a parte que acusa e o juiz julga, na ambiência em que interagem, como funções essenciais, a advocacia e as defensorias.

Não tem, como anotado, o MP a exclusividade na investigação preliminar. Com efeito, embora não tenha havido, ao que consta, iniciativa da Procuradoria-Geral da República em suscitar a não recepção do artigo 43 do RISTF, a titularidade da ação penal não elide a promoção de diligências investigativas. Em regra, é mesmo a Polícia Judiciária quem conduz a investigação, nos termos do art. 144 da Constituição e do art. 4º do Código de Processo Penal, que, no seu parágrafo único, de todo modo dispõe: *“A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.”* Comentando esse dispositivo, a doutrina afirma:

“Assim, no Brasil, temos uma duplicidade de instrução, sendo a primeira fase nitidamente inquisitória, com a investigação, cuja forma mais comum é o inquérito policial, e a segunda fase da ação penal, quando teremos o processo propriamente dito.

O sistema processual pátrio, mormente após a

ADPF 572 / DF

Constituição Federal de 1988, é nitidamente acusatório, com a acusação, em regra, a cargo do Ministério Público, prevalecendo o princípio do contraditório.

Entretanto, o processo é precedido pelas fases de investigação, com característica inquisitorial, com caráter sigiloso, onde não prevalece o contraditório, possibilitando, assim, a elucidação do fato típico.

(...)

o fato por si só de haver um procedimento preliminar inquisitivo não desnatura o sistema acusatório da fase processual, pois este sim é que deve ser puro. (...)

Entretanto, a investigação criminal não tem as formalidades processuais, podendo, sim, ter caráter de procedimento, no caso de inquérito policial ou outro procedimento investigatório previsto em lei. ”

(LIMA, Marcellus Polastri, *Curso de processo penal*, 7ªed. Lumen Juris, 2013, p. 68)

“Embora reservada à autoridade policial a primazia na investigação criminal, não só ela promove atividade de tal natureza. É que a Administração Pública, no exercício do poder de polícia, há de zelar pela regularidade e legalidade de diversos atos realizados pelo Poder Público, e, eventualmente por particulares contra os interesses da Administração. ”
(PACELLI; FISCHER, *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5ª ed. SP, Atlas, 2013, p. 11)

“1. Conceito de inquérito policial: procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo. Trata-se de um procedimento de natureza instrumental, porquanto se destina a esclarecer os

ADPF 572 / DF

fatos delituosos relatados na notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal. De seu caráter instrumental sobressai sua dupla função: a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado; b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de cautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo.

2. Natureza jurídica do inquérito policial: trata-se de procedimento de natureza administrativa. Não se trata, pois, de processo judicial, nem tampouco de processo administrativo, porquanto dele não resulta a imposição direta de nenhuma sanção. Nesse momento, ainda não há o exercício de pretensão acusatória. Logo, não se pode falar em parte *stricto sensu*, já que não existe uma estrutura processual dialética, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa. " (LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. 2ª ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 39)

Parêntese aqui se impõe. Registro, diante da citação supra que fiz de autorizada literatura jurídica, o respeito às opiniões doutrinárias que, mesmo mencionadas pontual ou especificamente, não comungam da fundamentação deste voto nem da respectiva conclusão. Remarco, no ensejo, a relevância indelével da doutrina, da livre pesquisa científica, especialmente quando a apreciação crítica a julgados e a julgamentos, pois sem aprofundamento teórico e a devida consideração de textos, pareceres e obras, não há *vero e propria* solução concreta que cumpra sua genuína função.

A titularidade da ação penal não elide a promoção de diligências investigativas. A coleta de elementos informativos, em toda e qualquer investigação, para não albergar percepções ou afazeres inconstitucionais, deve ser amiúde acompanhada *pari passu* pelo Ministério Público, que, como se sabe, é o titular da acusação.

ADPF 572 / DF

A alegada violação ao sistema acusatório previsto nesse art. 129 da Constituição é arrostada, no caso, pela participação da Procuradoria-Geral da República, ainda que no momento subsequente, conforme se pode haurir da informação do ministro Alexandre de Moraes (eDOC 89 e 145) e das últimas manifestações da Procuradoria-Geral da República. Ao início, o MP submeteu o pronunciamento pelo arquivamento; mais tarde, manifesta-se nos autos, sendo ulterior o pedido de suspensão do inquérito respectivo; e por derradeiro, sustenta uma interpretação conforme à Constituição.

Segundo a Lei. 8038/90, o Ministério Público oferecerá denúncia ou pedirá arquivamento do inquérito ou das peças informativas (art. 1º). A eventual ação penal pública a ser julgada requer denúncia ofertada pelo Ministério Público, consoante o artigo 129 da Constituição.

O desenho constitucional também inscreveu na República brasileira a proteção do Estado de Direito democrático e por isso mesmo dos Poderes instituídos, razão pela qual a preservação das instituições é essencial na democracia representativa.

Proteção do Estado de Direito democrático e dos Poderes instituídos

A justificativa para o exercício do poder de polícia no âmbito do Tribunal, inclusive no que tange à reunião de elementos para a instrução da representação, deriva do compromisso institucional com a ordem constitucional.

Nenhuma disposição do texto Constitucional pode ser interpretada ou praticada no sentido de permitir a grupos ou pessoas suprimirem o gozo e o exercício dos direitos e garantias fundamentais. Nenhuma disposição pode ser interpretada ou praticada no sentido de excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo.

Essa ordem de ideias ecoa o que Karl Loewestein chamava de democracia militante (*streitbare Demokratie*), mas, ao invés de simplesmente abolir grupo ou partidos, como às vezes é lida a tese do

ADPF 572 / DF

constitucionalista alemão, elas restringem sua aplicação aos **atos** que, abusando dos direitos e garantias protegidos pela Constituição, invocando-os a pretexto de ideologia política, visam abolir ou restringir direitos de determinadas pessoas ou grupos.

Como aponta Ulrich Wagrandl, do texto dos tratados de direitos humanos emerge a exigência de que os instrumentos de democracia militante se restrinjam a aplacar os abusos de direitos que se materializam em atos, como, notadamente, a liberdade de expressão, nas situações em que ela é invocada para, precisamente, suprimir o direito de manifestação de outras pessoas ou de outros grupos.

O exemplo da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos é ilustrativo. No célebre caso Refah Partisi, onde a Grande Câmara do Tribunal, reconhecendo a possibilidade de proibir um partido que invocasse a Sharia como lei aplicável, afirmou que *“um partido político, cujos líderes incitam a violência e que defendem políticas que falham em respeitar a democracia, ou que visem a própria destruição da democracia, e que desrespeitam os direitos reconhecidos em uma democracia, não pode invocar a proteção da Convenção contra penalidades impostas por atos praticados com essas finalidades”* (ECtHR (Grand Chamber), Refah Partisi and others v Turkey, App. No. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, 13 de Fevereiro de 2003, par. 98).

O sentido da decisão é inequívoco. Não há ordem democrática sem o respeito às decisões judiciais. Não há direito que possa justificar o descumprimento de uma decisão judicial da última instância do Poder Judiciário. Afinal, é o Poder Judiciário o órgão responsável por afastar, mesmo contra maiorias constitucionais, quaisquer medidas que suprimam os direitos assegurados na Constituição. São inadmissíveis no Estado de Direito democrático, portanto, a defesa da ditadura, do fechamento do Congresso Nacional ou do Supremo Tribunal Federal. Não há liberdade de expressão que ampare a defesa desses atos. Quem quer que os pratique precisa saber que enfrentará a justiça constitucional. Quem quer que os pratique precisa saber que o Supremo Tribunal Federal não os tolerará.

ADPF 572 / DF

Não há direito e não há princípio que possam ser invocados para autorizar transigir com a prevalência dos direitos fundamentais e com a estabilidade da ordem democrática. Nada há no texto Constitucional que autorize outro Poder ou outra instituição a ter a última palavra sobre a Constituição. A espada sem a justiça é arbítrio. Como fez observar o e. Min. Celso de Mello na Pet 8813:

“Supremo Tribunal Federal, atento à sua alta responsabilidade institucional, não transigirá nem renunciará ao desempenho isento e impessoal da jurisdição, fazendo sempre prevalecer os valores fundantes da ordem democrática e prestando incondicional reverência ao primado da Constituição, ao império das leis e à superioridade político-jurídica das ideias que informam e que animam o espírito da República.

Esta Suprema Corte possui a exata percepção do presente momento histórico que vivemos e tem consciência plena de que lhe cabe preservar a intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, sendo o garante de sua integridade, de seus princípios e dos valores nela consagrados, impedindo, desse modo, em defesa de sua supremacia, que gestos, atitudes ou comportamentos, não importando de onde emanem ou provenham, culminem por deformar a autoridade e degradar o alto significado de que se reveste a Lei Fundamental da República. Ninguém ignora que o Brasil enfrenta gravíssimos desafios, que também repercutem nesta Corte Suprema, a quem incumbe superá-los por efeito de sua própria competência institucional, fazendo-o, sempre, com respeito ao princípio essencial da separação de poderes, em ordem a manter íntegros os valores ético-jurídicos que informam a própria noção de República, em cujo âmbito deve prevalecer, como primeiro dever do governante, o senso de Estado na busca incessante da realização do bem comum. ”

O inquérito com fundamento regimental

Compreendo que essa vocação reclama instrumentos de defesa, na

ADPF 572 / DF

linha da teoria dos poderes inerentes, que está, por exemplo, na gênese do instrumento de reclamação constitucional, hoje devidamente positivado:

“I. A reclamação para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões é fruto de criação jurisprudencial. Afirma-se que ela decorreria da ideia dos *implied powers* deferidos ao Tribunal. Com efeito, há no instituto uma marcante influência do que se passou na Suprema Corte dos Estados Unidos, após o célebre caso *MacCulloch x Maryland*. O Chief Justice John Marshall, no acórdão referido, sublinhou que “não há frase na Constituição que, como nos artigos da Confederação, exclua poderes incidentais e implícitos, o que requereria que cada competência fosse minuciosamente descrita”. Com base nesses poderes implícitos, o nosso STF, seguindo o congênere estadunidense, bem cedo passou a reconhecer implícita a competência para os crimes de moeda falsa, contra-bando e peculato dos funcionários federais ou para tomar conhecimento de ação rescisória de seus acórdãos, muito antes de, com a Constituição de 1934, ser criada essa ação. No Brasil, a falta de contornos definidos sobre o instituto da reclamação fez com que a sua construção inicial repousasse sobre a teoria dos poderes implícitos (Rcl. 141, Rel. Min. Lagoa da Rocha, 21.1.1952). Em 1957, aprovou-se a incorporação da reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1967 (art. 115), que autorizou o STF a estabelecer a disciplina processual dos feitos sob sua competência, conferindo força de lei federal às disposições do Regimento Interno sobre seus processos, acabou por legitimar definitivamente o instituto da reclamação, agora fundamentada em dispositivo constitucional” (MENDES, G.; STRECK, L. Comentários ao art. 102, I, I da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. G. et al. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018).

ADPF 572 / DF

Emerge, afinal mandatório o preceito fundamental da separação dos poderes, insculpido no art. 60, §4º, III, da Constituição Federal, igualmente invocado pela parte requerente.

Principiemos o diagnóstico com o magistério de Dimitri Dimoulis:

“A separação dos poderes pretende, ao mesmo tempo, limitar e legitimar o poder estatal.

Seu objetivo fundamental é preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência "absolutista" de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas. A distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos partidários do liberalismo político como garantia de equilíbrio político que evita ou, pelo menos, minimiza os riscos de abuso de poder. O Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexos causal entre a divisão do poder e a liberdade individual.”

Esse objetivo é buscado de duas formas:

Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos. ” (DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação dos poderes. In: AGRA, Walber; CASTRO, Celso L; TAVARES, André R. (coord.) *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 143-161, p. 145-146, g)

Indiciária de ameaça concreta a ensejar esse regime constitucional de responsabilidade é a vulneração do núcleo essencial de identidade constitucional de cada Poder, que, no caso do Judiciário, está na sua

ADPF 572 / DF

independência funcional, sumarizada no voto do Min. Cezar Peluso, na ADI n. 3.367:

A independência suporta, na sua feição constitucional, teores diversos de autonomia administrativa, financeira e disciplinar. **Na verdade, ela só considera invulnerável, como predicado essencial do sistema da separação, quando concreta redução de seu âmbito primitivo importe, em dano do equilíbrio e estabilidade entre os Poderes, transferência de prerrogativas a outro deles, ainda que não chegue a caracterizar submissão política.** (ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJ 17.03.2006, p. 209).

Pois bem, é esse o predicado essencial: o equilíbrio e estabilidade entre os Poderes, reclamando a necessária atuação da competência institucional para preservar a supremacia da Constituição. Consta-se, *in casu*, inequívoca ausência de atuação *sponte própria* dos órgãos de controle com o fim de apurar o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito. Emerge daí a incidência do artigo 43 do RISTF: na omissão dos órgãos de controle, averiguar, no limite da natureza de peça informativa, lesão ou perigo de lesão à independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.

Sem embargo, inexistente sentido ou prática que possa desbordar desse múnus.

Natureza do inquérito como peça informativa para fins de representação e atuação investigatória atípica

Na perspectiva do devido processo penal constitucional, investigar, acusar, defender e julgar são mesmo afazeres de funções distintas. Nas democracias, reitero, há mesmo um sistema de justiça a ser preservado, incluindo-se a advocacia (pública e privada), as defensorias, o Ministério Público e o Judiciário.

O art. 43 do Regimento Interno é, assim, regra excepcional que

ADPF 572 / DF

confere ao Judiciário função atípica na seara da investigação, de modo que, a fim de preservar preceitos fundamentais, dentro os quais, o princípio da separação dos poderes (CFRB, art. 60, §4º, III), impende ter um rígido escrutínio do seu emprego. Eis o seu teor:

“Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. ”

Esse dispositivo é repetido no art. 2º da Resolução STF n.º 564/2015, ocasião recente em que o Tribunal reconheceu a constitucionalidade das disposições sobre a polícia do STF, regulamentando *“o exercício do poder de polícia previsto no art. 42, 43, 44 e 45 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”*

Penso, porém, que essa compreensão tem conformação própria no tocante à defesa das prerrogativas institucionais do Poder Judiciário. É, pois, um instrumento de defesa da própria Constituição e, se o juiz não tem ordinariamente essa função, a defesa institucional a reclama se houve inércia ou omissão dos órgãos de controle. É sob essas luzes constitucionais que devem ser interpretados os dispositivos regimentais que fundam o ato impugnado.

Nem de longe, no entanto, sentidos ou práticas podem implicar violação à própria Constituição e seus preceitos fundamentais. A defesa institucional que pode legitimar o artigo 43 em pauta tem cabimento restrito às hipóteses de inércia ou omissão de atuação própria do Ministério Público ou mesmo da polícia judiciária, e se limita a bens jurídicos institucionais. É que não há (nem pode haver) defesa da Constituição contra a Constituição. A defesa institucional há de ser, sempre, nas balizas da legalidade constitucional.

Prima facie, destaca-se a posição topográfica do dispositivo, no capítulo referente à “polícia do tribunal”. Não se trata de um exercício típico de supervisão jurisdicional, prevista no arts. 230-A, 230-B, 230-C e 231 do RISTF.

ADPF 572 / DF

Essa previsão regimental da polícia do Tribunal, por meio de reforma, atualizou o dispositivo que existia desde o Primeiro Regimento Republicano que atribuía ao Presidente a competência para mandar retirar quem perturbasse a ordem dos trabalhos, impor multa a quem faltasse com respeito e mandar prender quem desobedecesse. A alteração superveniente ainda fez incluir dispositivos que estão presentes até hoje no Regimento Interno nos artigos 46 e 47, os quais permitem a interpretação sistemática desses dispositivos regimentais:

Capítulo VIII**Da Polícia do Tribunal**

Art. 42. O Presidente responde pela polícia do Tribunal. No exercício dessa atribuição pode requisitar o auxílio de outras autoridades, quando necessário.

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.

Art. 44. A polícia das sessões e das audiências compete ao seu Presidente.

Art. 45. Os inquéritos administrativos serão realizados consoante as normas próprias.

Capítulo IX**Da Representação por Desobediência ou Desacato**

Art. 46. Sempre que tiver conhecimento de desobediência a ordem emanada do Tribunal ou de seus Ministros, no exercício da função, ou de desacato ao Tribunal ou a seus Ministros, o Presidente comunicará o fato ao órgão competente do Ministério Público, provendo-o dos elementos de que dispuser para a propositura da ação penal.

Art. 47. Decorrido o prazo de trinta dias, sem que tenha

ADPF 572 / DF

vido instaurada a ação penal, o Presidente dará ciência ao Tribunal, em sessão secreta, para as providências que julgar necessárias

A função de polícia do Tribunal tem, assim, fundamento em duas situações: a) investigar fato na sede do Tribunal; b) reunir elementos para encaminhar representação sobre desobediência ou desacato ao Ministério Público competente para a propositura da ação penal. No primeiro caso, a diligência destina-se a preservar a delicada etapa de coleta de provas dos demais assuntos que são da exclusiva competência do Tribunal, evitando, portanto, que matérias próprias do STF sejam submetidas a jurisdições incompetentes. No segundo caso, a razão de ser é a de impedir que as ordens do Tribunal e que a sua autoridade e honorabilidade, porque fundamento da ordem constitucional, sejam desobedecidas ou ignoradas.

Os artigos 42 e 43 têm redação semelhante ao art. 5º, II, do Código de Processo Penal, segundo o qual, nos crimes de ação penal pública, o inquérito pode ser instaurado “mediante requisição da autoridade judiciária”.

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:

“o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II,

ADPF 572 / DF

III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição.”

Não menos certo que a competência do STF, para processar e julgar, é fixada pelo art. 102, inciso I, da Constituição Federal, como expressa a petição inicial. Sem embargo, a dicção dessa regra da Constituição remete a processar e julgar originariamente; inexistente ali o sentido de *exclusivamente* como sustenta a inicial. É coerente, outrossim, com o texto constitucional o teor do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 8.038/1990, determinar diligências investigativas complementares. À evidência, pois, os verbos “processar e julgar” não se exaurem na alegada clausura literal do inciso citado.

Nesse julgamento (RE 593.727), lê-se a seguinte citação no voto do Min. Celso de Mello ao magistério de Lenio Luiz Streck e de Luciano Feldens (“Crime e Constituição – A Legitimidade da função investigatória do Ministério Público”, p. 79/85, 2003, Forense):

Logicamente, ao referir-se à ‘exclusividade’ da Polícia Federal para exercer funções ‘de polícia judiciária da União’, o que fez a Constituição foi, tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar), razão pela qual reservou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo art. 144. Daí porque, se alguma conclusão de caráter exclusivista pode-se retirar do dispositivo constitucional seria a de que não cabe à Polícia Civil ‘apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas’ (art. 144, § 1º, I), pois que, no espectro da ‘polícia judiciária’, tal atribuição está reservada à Polícia Federal.

Acaso concluíssemos distintamente, ou seja, no sentido do ‘monopólio investigativo’ da Polícia, teríamos de enfrentar

ADPF 572 / DF

importantes indagações para as quais não visualizamos qualquer possibilidade de resposta coerente com a tese restritiva.

Por exemplo: o que se passaria com as ‘diligências investigatórias’ imprimidas pelos demais órgãos da administração (poder executivo), os quais, conquanto não ostentem, ao contrário do Ministério Público, finalidade dirigida à persecução penal, as realizam no escopo de fomentá-la? Bem assim, o que ocorreria com as investigações criminais – que existem em pluralidade – levadas a efeito no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário? Vejamos.

.....
É cediço que a Receita Federal realiza com alguma freqüência, no exercício de seu mister, não apenas diligências investigatórias como, também, operações que têm como móvel, tanto quanto a constituição de um auto de infração, a repressão a determinados delitos. (...)

A seu turno, o Banco Central conta em sua estrutura com um ‘Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros’ (DECIF), órgão diretamente vinculado à sua Diretoria de Fiscalização (DIFIS). Também naquela esfera são efetuadas diligências que, para além de instruir o procedimento administrativo, terão como destinatário o Ministério Público, para que proceda criminalmente contra os investigados.

O Conselho de Coordenação de Atividades Financeiras, de igual forma, realiza, certo que a seu modo, atividade investigatória, o que faz atuando como ‘órgão do Governo, responsável pela coordenação de ações voltadas ao combate à ‘lavagem’ de dinheiro’.

Tais exemplos, os quais não esgotam o rol de agentes e instituições legitimados a realizar a apuração de fatos mediata ou imediatamente relacionados a infrações penais (sequer nos referirmos à Corregedoria-Geral da União), deixam claro, e de forma inequívoca, a ausência de exclusividade da Polícia para a realização de tais ‘diligências investigatórias’ (...)

3.3.3. Investigações no âmbito do Poder Judiciário

ADPF 572 / DF

.....

Bem assim, atente-se ao que prescreve o art. 43 do Regimento Interno do próprio Supremo Tribunal Federal: ‘Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente. § 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.’ (...).”.

Não há, pois, exclusividade da polícia judiciária. Assim, quando o art. 42 dispõe que o Presidente responde pela polícia do Tribunal no exercício da qual poderá requisitar o auxílio de outros órgãos e o art. 43 prevê que o Presidente “instaurará” o inquérito, estabelece-se uma competência investigatória atípica, eis que não é (nem deve ser) usual o STF valer-se dessa hipótese legal.

Na sequência desses dispositivos referentes especificamente à polícia do Tribunal, o art. 46 trata da representação por desobediência, prevendo a comunicação ao órgão do Ministério Público competente, devendo-lhe prover dos elementos que dispuser para a propositura da ação penal, e o art. 47 prevê a ciência ao colegiado do Tribunal para as providências que julgar necessárias quando inerte o Ministério Público.

Assim, o sistema de proteção procura o seu fechamento ao prever, dada a gravidade do delito de desobediência, certa atuação subsidiária em caso de inércia, na linha analógica do verbete 714 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (“É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do ministério público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções”). Sobre o tema, aliás, há o precedente de Repercussão Geral n. 811, em que o Tribunal fixou a seguinte tese:

“I - O ajuizamento da ação penal privada pode ocorrer

ADPF 572 / DF

após o decurso do prazo legal, sem que seja oferecida denúncia, ou promovido o arquivamento, ou requisitadas diligências externas ao Ministério Público. Diligências internas à instituição são irrelevantes; II - A conduta do Ministério Público posterior ao surgimento do direito de queixa não prejudica sua propositura. Assim, o oferecimento de denúncia, a promoção do arquivamento ou a requisição de diligências externas ao Ministério Público, posterior ao decurso do prazo legal para a propositura da ação penal não afastam o direito de queixa. Nem mesmo a ciência da vítima ou da família quanto a tais diligências afasta esse direito, por não representar concordância com a falta de iniciativa da ação penal pública.” (ARE 859251, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.04.2015)

A desobediência à ordem do Tribunal, como anotado, é tão grave que, a depender do sujeito ativo, configura crime de responsabilidade (CR, art. 85, VII). A incitação a essa desobediência ou a negativa da própria autoridade do Tribunal, com a sugestão do seu fechamento ou a ameaça a seus membros também. Descumprir ordem judicial é descumprir a Constituição. Eis o âmbito de proteção contra o “*contempt of court*” na forma de ‘ataques à Corte’, como assentam os professores Lenio Luiz Streck, Marcelo Cattoni e Diogo Bacha e Silva (em artigo de 28.5.2020, no sítio eletrônico do CONJUR Jurídico, sob o título “Inquérito judicial do STF: o MP como parte ou *juiz de garantias?*”).

Ainda, a leitura do artigo 46 conjugada com o art. 43 indica que é necessário saber qual o órgão do Ministério Público competente, dispondo-lhe dos elementos para a propositura da ação penal. São procedimentos complementares.

Esse *iter* destinado a coleta de elementos insere-se, pois, num momento anterior: no exercício do poder de polícia regimental destinado a tutelar o próprio Poder Judiciário, como guardião da Constituição (CR, art. 102), reclamando um regime jurídico também distinto.

Trata-se, assim, de um procedimento para a reunião de elementos de prova para inclusive identificar o órgão do ministério público competente e, diante da forma ampla e difusa dos ataques, a própria autoridade

ADPF 572 / DF

judiciária competente.

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.

Nos termos do art. 46 do RISTF, há uma relevantíssima conclusão: os elementos reunidos pelo Tribunal justificam a propositura da ação penal (note-se que não é o encaminhamento ao Ministério Público competente para a propositura, mas o encaminhamento COM os elementos necessários PARA a propositura), isto é, as informações equivalem às que são coligidas em um inquérito. Como as ofensas são em massa e difusas, é para coligir esses elementos que o inquérito se justifica.

O exercício dessa competência atípica pelo STF exigiria, é certo, o envolvimento de “autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição”, ou seja, em princípio somente aquelas indicadas no art. 102, I, “b” e “c” da Constituição.

Há precedente, porém, determinando, no âmbito do Habeas Corpus 152.720, a instauração do Inquérito n. 4696 (Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 14/08/2018), como lembrou em artigo jurídico recente, publicado no portal CONJUR Jurídico, pelo Professor Lênio Streck. Esse precedente não autoriza qualquer forma de ausência de limites, sob pena de comprometer-se a imparcialidade, requisito fundamental da tarefa de julgar. Naquele julgamento, enfrentei a questão da seguinte forma:

“Observo que, no caso em exame, não há indicação do envolvimento de quaisquer pessoas investidas nas funções listadas pelo art. 102, CRFB.

De qualquer forma, a questão da instauração do presente Inquérito no âmbito desta Suprema Corte restou superada por ocasião do julgamento do HC 152.720, em 10 de abril de 2018, quando, por maioria, esta Turma assim deliberou, conforme constou da Certidão de Julgamento:

ADPF 572 / DF

‘A Turma, por maioria, concedeu a ordem, para determinar que os Juízos de origem providenciem o retorno do paciente, com brevidade, a estabelecimento penal no Estado do Rio de Janeiro, devendo o transporte ser sem o uso de algemas, e determinou, ainda, que se instaure investigação para apurar eventual abuso de autoridade na exibição do paciente às câmeras de televisão algemado por pés e mãos, durante o transporte, a ser relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, que nomeou para conduzi-la o Magistrado Instrutor Ali Mazloum, determinando à Secretaria Judiciária a autuação, na classe inquérito, e distribuição à relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Determinou, também, que se comunique essa decisão à Procuradoria-Geral da República e à Diretoria-Geral da Polícia Federal, tudo nos termos do voto do Relator, vencido o Presidente.’

Feitas essas ressalvas, adiro à conclusão do voto do eminente Relator, ao encaminhar à Procuradoria-Geral da República, Secretaria de Segurança Pública, CNMP e CNJ, cópias do feito para que, nesses Órgãos, se delibere sobre providências que se entender cabíveis diante dos relatos ora apresentados. ”

Restei vencido na oportunidade, mas o limite que dali se extrai é a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, diante da ciência da ocorrência em tese de um crime, determinar a instauração de inquérito para colher elementos para a representação.

Ainda, o art. 43 do RISTF prevê, como exigência cumulativa, que o fato que justifica o exercício da competência deve ocorrer na “sede ou dependência do Tribunal”.

No entanto, o caráter difuso dos crimes cometidos por meio da Internet, cuja escala mundial foi reconhecida legalmente (art. 2º, I, da Lei n. 12.965/2014), permite estender o conceito da sede do Tribunal, uma vez que o STF exerce sua jurisdição “em todo território nacional (CF, art. 92, §2º)”, como, aliás, evidenciou a necessidade contingencial decorrente da pandemia. É esse o espaço da Cosmópolis, de Ash:

ADPF 572 / DF

Cosmópolis é o contexto transformado para qualquer discussão sobre livre expressão nos nossos tempos. Cosmópolis existe na interconexão dos mundos físicos e virtuais e é, portanto, tomando emprestado uma frase de James Joyce em *Finnegans Wake*, "urbano e global". [...] um homem publica algo em um país e um homem morre em outro. Alguém faz uma ameaça de violência nesse outro país e uma performance ou publicação é cancelada naquele. De uma maneira perturbadora também somos todos vizinhos (ASH, Garton Timothy. *Free Speech -Ten Principles for a Connected World*. London: Atlantic Booksp, p.27-28 *Apud* MACEDO, Ronaldo P. *Fake news e as novas ameaças à liberdade de expressão*. In: ABOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e regulação*. São Paulo: RT, 2018, p. 129-145, p. 131-132).

Logo, os crimes objeto do inquérito – crimes contra a honra e, portanto, formais – cometidos no ambiente virtual, podem ser considerados como cometidos na “sede ou dependência do Tribunal”, já que, “aqui”, também se consumam, na linha do entendimento do STJ:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE AMEAÇA PRATICADO POR WHATSAPP E FACEBOOK. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA. DELITO FORMAL. CONSUMAÇÃO NO LOCAL ONDE A VÍTIMA CONHECE DAS AMEAÇAS. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO. DECLARADA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

1. O crime de natureza formal, tal qual o tipo do art. 147 do Código Penal, se consuma no momento em que a vítima toma conhecimento da ameaça. 2. Segundo o art. 70, primeira parte, do Código de Processo Penal, "A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração". 3. No caso, a vítima tomou conhecimento das ameaças, proferidas via Whatsapp e pela rede social Facebook, na Comarca de Naviraí, por meio do seu celular, local de

ADPF 572 / DF

consumação do delito e de onde requereu medidas protetivas.

4. Independentemente do local em que praticadas as condutas de ameaça e da existência de fato anterior ocorrido na Comarca de Curitiba, deve-se compreender a medida protetiva como tutela inibitória que prestigia a sua finalidade de prevenção de riscos para a mulher, frente à possibilidade de violência doméstica e familiar. 5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 1º Vara Criminal da Comarca de Naviraí/MS, ora suscitado.

(CC 156.284/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, 3ª SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 06/03/2018, grifei)

Demais disso, basta que agora se tenha em conta as sessões ordinárias do STF atualmente levadas a efeito pelo Tribunal mediante plataforma específica via rede de computadores, situando-se cada julgador em seu recinto, como recomendam as autoridades sanitárias. Presença recebeu nova significação.

A instauração do inquérito justifica-se, portanto, nas duas situações regimentais: destinando-se a preservar a etapa de coleta de provas dos demais assuntos que são da exclusiva competência do Tribunal, evitando, portanto, que matérias próprias do STF sejam submetidas a jurisdições incompetentes; e impedimento que as ordens do Tribunal e que a sua autoridade e honorabilidade, porque fundamento da ordem constitucional, sejam desobedecidas ou ignoradas

Nessa fase preambular, não é mesmo possível, por ora, identificar todos os sujeitos ativos dos delitos e tampouco o órgão ministerial competente. Reunidos os elementos, como peça informativa que é o resultado de tal procedimento, preservado o acesso devido a todos os interessados, deverá encaminhar-se a notícia ao órgão competente.

Segundo a própria PGR, *“mais de 90% dos autos do inquérito n. 4.781/DF já foram declinados para a primeira instância, ante os elementos coligidos, para as providências cabíveis, inclusive com a participação da Procuradoria-Geral da República, subsistindo menos de 10 dos aludidos apenas [de 74] ainda em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal”* (eDOC 137).

ADPF 572 / DF

Reitero uma vez mais: é certo que, como alegado, tem atenção especial da Constituição Federal de 1988 quando dispõe sobre a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), a prevalência dos direitos humanos (CF, art. 4º, II), da submissão única e exclusivamente à lei (CF, art. 5º, II), a impossibilidade de existir juízo ou tribunal de exceção (CF, art. 5º, XXXVII). Mais que isso, como já assentei: a dignidade está na ordem constitucional dos fundamentos da República, o que tem consonância com a primazia aos direitos humanos.

A observância do juiz natural

É imprescindível, sem dúvida alguma, obediência ao juiz natural (CRFB, art. 5º, XXXVII e LIII), por isso, quando o investigado não for detentor de foro por prerrogativa de função, anacronismo que persiste no ordenamento jurídico brasileiro, emerge mandatária a remessa à instância correspondente.

O processo penal – da persecução ao julgamento –, mesmo com a distinção ordinária de funções dispostas a permitir o controle e interação recíprocos, nem sempre conforma todas do mesmo modo.

No nível da competência originária, é inevitável, com as limitações inerentes a essa instância, que o arranjo entre as atividades de investigação e jurisdicionais seja peculiar, de modo que, no STF, *“o relator assume outras atribuições, aproximando-se de um investigador”* (MARCHIONATTI, Daniel. *Processo Penal Contra Autoridades*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 189).

Assim, nos feitos penais de competência originária tem o STF supervisão judicial da fase inquisitória: Rcl 555, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2002; Inq 2291 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2007; Inq 2842, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2013; Inq 2411 QO, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2007.

ADPF 572 / DF

Portanto, até o momento de conclusão dessa fase informativa, a competência pode persistir com o Supremo Tribunal Federal, aplicando-se a teoria do “juízo aparente”, conforme precedentes de ambas as Turmas do Supremo:

(...) USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO – INEXISTÊNCIA – APLICABILIDADE, AO CASO, DA TEORIA DO JUÍZO APARENTE, EIS QUE, AO AUTORIZAR AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, O JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA NÃO TINHA CONHECIMENTO DE QUE SE ACHAVAM ENVOLVIDAS AUTORIDADES MILITARES EM CIRCUNSTÂNCIAS APTAS A ATRAIR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE – PRECEDENTES – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DESTA ESPÉCIE RECURSAL – RECURSO IMPROVIDO.(RHC 153869 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 13-05-2020 PUBLIC 14-05-2020)

...3. De acordo com a teoria do juízo aparente, as provas colhidas ou autorizadas por juízo aparentemente competente à época da autorização ou produção podem ser ratificadas, mesmo que seja posteriormente reconhecida a sua incompetência. Precedentes. (...)

(Inq 4506, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 17/04/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 03-09-2018 PUBLIC 04-09-2018)

Toca assentar, quanto ao princípio do juiz natural, que a competência regimental é do Ministro Presidente, que pode proceder diretamente ou por delegação a um dos ministros da Corte, além de ter atuação restrita à fase preambular. Trata-se, ademais, de atos de instrução:

ADPF 572 / DF

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. INTERROGATÓRIO. JUIZ NATURAL. OFENSA. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. A garantia do juiz natural, prevista nos incisos LIII e XXXVII do artigo 5º da Constituição Federal, é plenamente atendida quando se delegam o interrogatório dos réus e outros atos da instrução processual a juízes federais das respectivas Seções Judiciárias, escolhidos mediante sorteio. Precedentes citados.

(AP 470 QO, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 06/12/2007, DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-01 PP-00045 RTJ VOL-00204-02 PP-00483 RT v. 100, n. 903, 2011, p. 489-492)

Habeas corpus. Penal. Processo Penal. Ação Penal Originária. (...) 6. Interrogatório por magistrado instrutor. A convocação de juiz para a “realização do interrogatório e de outros atos da instrução”, em ações penais originárias, tem previsão legal – art. 3º, III, da Lei 8.038/1990, com redação dada pela Lei 12.019/2009. Não viola o princípio do juiz natural a realização de ato judicial por magistrado com competência prevista em legislação prévia. O magistrado instrutor “constitui longa manus do Relator e, nessa condição, atua sob sua constante supervisão”. Nesse contexto, a “delegação de atos de instrução”, na forma da lei e do Regimento Interno, “consubstancia medida direcionada à racionalização das forças dirigidas à consecução da razoável duração do processo, sem que se subtraia dos membros do Tribunal a competência para processamento e julgamento das causas assim definidas pela Constituição” – HC 131.164, Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 24.5.2016.

(HC 135026, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 21-10-2016 PUBLIC 24-10-2016)

Assim, essa leitura do Regimento Interno do Supremo Tribunal

ADPF 572 / DF

Federal delimita a competência do Ministro Presidente (ou de seu delegatário, como é a presente hipótese em exame).

Designação como forma da delegação no inquérito do art. 43

RISTF

A questão que nesse passo se coloca é pertinente à forma da delegação na hipótese.

No ato (Portaria presidencial) impugnado, o Presidente designou ministro da Corte para condução do feito; o Presidente poderia ter assumido diretamente essa condução, e não o fez; valeu-se, nada obstante, de possibilidade regimental que prevê, expressamente, ao final do art. 43 do RISTF, a hipótese de delegação a outro Ministro.

É o texto que se reproduziu neste voto do art. 43, segundo o qual “o Presidente instaurará inquérito” ou *delegará esta atribuição a outro Ministro.* ”

A designação por delegação é mesmo direta por ato presidencial, como ocorreu, ou deve se submeter ao crivo da distribuição, eis a questão a ser respondida. Em tal contexto estão os significantes *designação* e *delegação*. O Regimento se refere à delegação, enquanto a Portaria *designa* o condutor do inquérito.

Impugna a inicial (à página 20) a ausência de distribuição, nos termos do art. 66 e seguintes do RISTF. Segundo aponta a parte autoria, “o referido apuratório não ficou sujeito à livre distribuição, como determina os artigos 66 e ss., do RISTF”.

Prevê o art. 66 do RISTF:

Art. 66. A distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado, acionado automaticamente, em cada classe de processo. (*Redação dada pela Emenda Regimental n. 38, de 11 de fevereiro de 2010*)

§ 1º O sistema informatizado de distribuição automática e aleatória de processos é público, e seus dados são acessíveis aos interessados. (*Incluído pela Emenda Regimental n. 18, de 2 de agosto de 2006*)

§ 2º Sorteado o Relator, ser-lhe-ão imediatamente conclusos os autos. (*Incluído pela Emenda Regimental n. 18, de 2 de*

ADPF 572 / DF

agosto de 2006)

Art. 67. Far-se-á a distribuição entre todos os Ministros, inclusive os ausentes ou licenciados por até trinta dias, excetuado o Presidente.

Não é extravagante apreender que a designação é um modo de realizar a delegação. O delegante transfere de si poderes que são seus ao exercício de outrem. Ao fazê-lo por designação aponta, indica, escolhe desde logo a quem delegará. Aqui se tem a delegação por designação.

A matéria não isenta de controvérsia. Também seria compreensível que a delegação ali encartada poderia ser exercitada por um dentre os Ministros integrantes do STF, sem prévia designação, e, portanto, um ato cuja materialização se submete à normal distribuição. O que se passa é que a regra assenta a atribuição no Presidente e este pode delegar. Age, pois, o delegatário em nome do delegante.

Examinando a matéria, concluo que a delegação, nestes termos, pode afastar a distribuição por sorteio, por conseguinte, a distribuição de modo aleatório entre todos os Ministros do Tribunal. Em casos tais, embora legítimas as duas vias (delegação por designação e distribuição via sorteio), a regra do art. 43 não prevê a distribuição ou a redistribuição entre todos os Ministros. Não se tem dúvidas que a livre distribuição é mais coerente e mais consentânea com o processo no Estado de Direito democrático, apta a evitar o que pode ser arguido na delegação por designação, vale dizer, sejam suscitadas ofensas à imparcialidade, ao juiz natural e a outros preceitos constitucionais.

Destarte, se mantida a constitucionalidade da Portaria enquanto constitucional o artigo 43 do Regimento Interno, ao menos no estado atual da matéria, não se impõe a redistribuição do inquérito, nos termos atuais do RISTF.

Dos atos praticados no transcurso do inquérito

Em relação ao transcurso do início do feito até esta parte, os precedentes e a própria lei conferem a possibilidade de não invalidação. Impende examinar o ponto.

ADPF 572 / DF

Registro que sobre os atos já praticados colhe-se da linha da jurisprudência desta Corte sobre as nulidades na fase inquisitorial:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADES NO INQUÉRITO: INEXISTÊNCIA E PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Pelo que se tem nas razões apresentadas nos acórdãos das instâncias antecedentes não há embasamento jurídico a sustentar os argumentos expendidos pelo Recorrente, para assegurar o êxito do seu pleito, ausentes fundamentos suficientes para a pretendida anulação do processo-crime. 2. Impossibilidade de reexame de fatos e provas em recurso ordinário em habeas corpus. 3. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma inviável a anulação do processo penal em razão das irregularidades detectadas no inquérito, pois as nulidades processuais concernem, tão-somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados na ação penal condenatória. Precedentes.** 4. O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 5. Recurso ao qual se nega provimento.

(RHC 134182, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 05-08-2016 PUBLIC 08-08-2016)

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. NULIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INVIABILIDADE. REITERAÇÃO DE WRIT ANTERIORMENTE APRECIADO. IRREGULARIDADES NA INVESTIGAÇÃO. NÃO CONTAMINAÇÃO DA AÇÃO PENAL. 1. A jurisprudência desta Suprema Corte limita o

ADPF 572 / DF

reexame e a reavaliação de fatos e provas em sede de habeas corpus. Precedente: HC 92.887/GO, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 19.12.2012. 2. As matérias trazidas no recurso ordinário não foram apreciadas nas instâncias precedentes, o que inviabiliza o conhecimento originário da questão por esta Suprema Corte, sob pena de supressão de instância. 3. O recurso ordinário configura reiteração de impetração anterior, já decidida pelo Supremo Tribunal Federal (HC 137.885-AgR/SP, de minha relatoria, DJe 26.5.2017), motivo pelo que não há razão para seu prosseguimento. 4. **Inviável a anulação do processo penal em razão das irregularidades detectadas no inquérito, pois as nulidades processuais concernem, tão somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória** (RHC 98.731, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe-020 1.2.2011). 5. Agravo regimental conhecido e não provido. (RHC 143997 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 23-11-2018 PUBLIC 26-11-2018)

E conforme outrossim ao entendimento doutrinário:

“Logo, como o inquérito policial é mera peça informativa, eventuais vícios dele constantes não têm o condão de contaminar o processo penal a que der origem. Havendo assim eventual irregularidade em ato praticado no curso do inquérito, mostra-se inviável a anulação do processo penal subsequente. Afinal, as nulidades processuais concernem, tão somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo do processo penal condenatório.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. 2ª ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 39-40)

Entendo deva o Tribunal preservar a eficácia de todos os atos praticados, nos termos do art. 11 da Lei que rege a ação de descumprimento de preceito fundamental, surtindo, no ponto da

ADPF 572 / DF

relatoria, efeitos *ex nunc*.

O ordenamento jurídico propicia preservar, enfim, os atos praticados, e ao Ministério Público competirá, derradeiramente, diante dos elementos colhidos, propor eventual a ação penal ou promover o arquivamento respectivo.

Preservam-se todos os atos praticados até a data do presente julgamento, na forma do art. 11 da Lei n.º 9.882/99.

Conclusão

Feitas essas ressalvas, retorno ao objeto da Portaria impugnada e à premissa de distinção. Não se trata de qualquer ofensa a pessoa do agente público. No juízo de delibação inicial que compreende a instauração do inquérito, penso que o seu objeto deve-se limitar a manifestações que denotam risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça a seus membros e, assim, risco aos Poderes instituídos, ao Estado de Direito e à democracia. Atentar contra um dos Poderes, incitando o seu fechamento, a morte, a prisão de seus membros, a desobediência a seus atos, o vazamento de informações sigilosas não são, enfim, manifestações protegidas pela liberdade de expressão.

Não há direito no abuso de direito. O antídoto à intolerância é a legalidade democrática. É preciso precaver-se para que a dose do remédio não o torne um veneno. O dissenso é inerente à democracia. O dissenso intolerável é justamente aquele que visa a impor com violência o consenso. Arremato com as lúcidas palavras da professora Vera Karam de Chueri, de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da centenária Universidade Federal do Paraná (proferidas em entrevista de 07.6.2020, ao jornal Folha de S. Paulo, A12): *“Pode-se fazer as críticas, tecer críticas, mas neste momento elas têm que ser pensadas nesse contexto maior, de quem quer dinamitar instituições”*.

Por último, resta assentado o sentido adequado do referido ato a fim de que o procedimento, no limite de uma peça informativa: (a) seja acompanhado pelo Ministério Público; (b) seja integralmente observada a

ADPF 572 / DF

Súmula Vinculante nº14; **(c)** limite o objeto do inquérito a manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a Democracia; e **(d)** observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais.

Ante o exposto, nos limites desse processo, diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apregoada desobediência a decisões judiciais, **julgo totalmente improcedente** o pedido nos termos expressos em que foi formulado ao final da petição inicial, para **declarar a constitucionalidade da Portaria GP n.º 69/2019** enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, **nas específicas e próprias circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas.**

É como voto.