



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, representado pelo Advogado-Geral da União (artigo 4º, incisos I, II e VII, da Lei Complementar n. 73, de 1993), com fundamento no disposto no artigo 103, inciso I, da Constituição Federal, bem como nos artigos 1º e 2º, inciso I, da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, vem, perante essa Suprema Corte, ajuizar

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL**

com pedido de medida cautelar, em face do artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a fim de reparar lesões aos preceitos fundamentais do juiz natural (artigo 5º, inciso LIII), da segurança jurídica (artigo 5º, inciso XXXVI), da vedação a juízo de exceção (artigo 5º, XXXVII), do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), do contraditório (artigo 5º, inciso LV), da taxatividade das competências originárias do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, inciso I) e da titularidade exclusiva da ação penal pública pelo Ministério Público (artigo 129, inciso I), pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I - DO OBJETO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Em 14 de março de 2019, a Presidência do Supremo Tribunal Federal editou a Portaria GP nº 69, por meio do qual instituiu inquérito motivado pela necessidade de “*velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros*”, destinando-se investigação a ser nele conduzida a apurar “*a existência de notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus calumniandi, diffamandi e injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares*”.

O ato suscitou ampla controvérsia no debate público em geral, e, de modo especial, na comunidade jurídica.

Um dos elementos centrais desse debate veio a ser a base normativa que foi utilizada pela Presidência para justificar a medida adotada. A portaria recorreu ao artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que tem o seguinte conteúdo normativo:

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.

Valendo-se de uma combinação de elementos regimentais, o Presidente do Supremo Tribunal Federal argumentou que o artigo 13, inciso I, do RISTF o incumbia de zelar pelas prerrogativas do Tribunal o que, ao lado do artigo 43 do RISTF, permitia concluir que condutas hostis praticadas no intuito de denegrir a integridade institucional da Suprema Corte – ocorridas em qualquer

lugar do território nacional – poderiam vir a ser investigadas dentro de um inquérito atípico, atribuído, por delegação, ao Ministro ALEXANDRE DE MORAES.

O procedimento em questão foi tombado como INQ nº 4781, que ganhou uma notoriedade persistente. Afinal, se a sua mera instauração já havia sido causa de forte perturbação – chegando a atrair, inclusive, uma frustrada tentativa da Procuradoria-Geral da República de promover o seu arquivamento – a sequência de diligências e medidas cautelares adotadas pelo seu Ministro Instrutor/Relator arrebatou ainda o desconforto jurídico sentido por aqueles que acompanharam a tramitação.

Em um mesmo procedimento, o Ministro Instrutor/Relator determinou (i) a remoção de conteúdo jornalístico envolvendo relatos que mencionavam nome de Ministro do Supremo Tribunal Federal (decisão de 13 de abril de 2019); (ii) a realização de busca e apreensão contra ex-Procurador-Geral da República, por manifestações externadas na imprensa (decisão de 27 de setembro de 2019); (iii) o afastamento temporário de todas as atividades funcionais de auditores fiscais da Receita Federal do Brasil, por suposto acesso indevido a informações sigilosas de Ministros do Supremo Tribunal Federal e de seus familiares (1º de agosto de 2019); (iv) prendeu parlamentar que hostilizou Ministros do Supremo Tribunal Federal em mídias sociais mediante excesso de crítica (decisões de 16 de fevereiro de 2021) e; (v) acolheu despacho do Tribunal Superior Eleitoral para determinar a investigação de condutas do Presidente da República por críticas à integridade do processo eleitoral praticado no sistema eletrônico de apuração (decisão de 4 de agosto de 2021) e por alegado vazamento de inquérito sigiloso (decisão de 12 de agosto de 2021).

Trata-se de um mosaico de fatos sem nenhuma relação aparente de conexão concreta, que foram submetidos ao escrutínio investigatório de um

mesmo Ministro Instrutor/Relator apenas por se enquadrarem em uma “classe de fatos” – a hostilidade à dignidade da jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

A prática estabelecida na rotina decisória do INQ 4781 oferece testemunho de uma sequência de atos processuais que é absolutamente discrepante do itinerário comum seguido pelos procedimentos policiais, ministeriais e judiciais de persecução penal.

São especialmente expressivos, nesse sentido, a adoção de um modelo de formalização abstrata das “classes de fatos” objeto de apuração; o direcionamento da distribuição para um mesmo Ministro Instrutor/Relator, excepcionando por completo a lógica aleatória que é observada nos inquéritos originários na Suprema Corte; a reiterada minimização do papel institucional da Procuradoria-Geral da República; a oficiosidade na realização de diligências e na decretação de medidas cautelares; e a possibilidade da participação do Ministro Instrutor/Relator no julgamento de eventuais ações penais contra autoridades com prerrogativa de foro.

Conforme se demonstrará adiante, as ocorrências acima sinalizadas violam cumulativamente diversos preceitos fundamentais contidos na Constituição Federal, dentre os quais – e de modo especialmente ostensivo – o princípio acusatório (implícito), além dos princípios da segurança jurídica (artigo 5º, inciso XXXVI), da vedação a juízo de exceção (artigo 5º, XXXVII), do juiz natural (artigo 5º, inciso LIII), do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), do contraditório (artigo 5º, inciso LV), da taxatividade das competências originárias do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, inciso I) e da titularidade exclusiva da ação penal pública pelo Ministério Público (artigo 129, inciso I).

II – DO CABIMENTO DA ARGUIÇÃO

O artigo 1º da Lei nº 9.882/1999 autoriza o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para “*evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*”.

Sobre a abrangência da expressão “*ato do Poder Público*”, constante do dispositivo legal mencionado, essa Suprema Corte¹ firmou o entendimento de que “*o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental há de ser ato do Poder Público federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não*”, podendo incluir “*normas legais de caráter pré-constitucional por revelar-se insuscetível de conhecimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade*” (ADPF nº 364, Rel^a. Min^a CÁRMEN LÚCIA, DJe de 27/09/2019).

No caso, está configurada situação de inconstitucionalidade que advém da previsão normativa do artigo 43 do RISTF, que vem se refletindo continuamente na prática decisória experimentada no INQ 4781, procedimento investigatório de força atrativa quase universal, tendo em vista o modo abstrato que presidiu a formalização dos atos de sua respectiva instauração.

A situação de inconstitucionalidade se origina, portanto, de dispositivo pré-constitucional, não recepcionado pela atual ordem jurídica. Essa peculiaridade torna presumida a caracterização do requisito da subsidiariedade, constante do artigo 4º da Lei nº 9.882/1999, uma vez que não há outros meios de controle concentrado para a impugnação desse tipo de disposição residual. Ademais, a norma impugnada na presente ação atinge uma grande variedade de postulados essenciais ao processo penal brasileiro, muitos dos quais hospedados

¹ADPF nº 1 QO, Relator: Ministro Néri da Silveira, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em: 03/02/2000, Publicação em: 07/11/2003.

nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal e que, por isso, ostentam status inequívoco de preceitos fundamentais.

É válido ponderar, ainda nesse tópico preliminar, que embora a Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019, tenha sido objeto de julgamento em outra Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 572), não houve, naquela oportunidade, impugnação à validade constitucional do artigo 43 do RISTF, tendo sido a ação julgada improcedente, embora com algumas condicionantes.

Nesse sentido, são esclarecedores os seguintes registros dos debates ocorridos na ADPF nº 572:

Ministro Alexandre de Moraes:

Observo que não houve pedido de análise da constitucionalidade ou mesmo interpretação conforme a constituição do artigo 43 do RISTF, ou qualquer pedido diretamente relacionado ao inquérito, que, repita-se, ainda nem havia se iniciado quando proposta a ADPF – 9 dias após a edição da Portaria.

Por isso entendo não ser o caso de concessão de interpretação conforme ao artigo 43, pois não vislumbro qualquer outra interpretação que possa ser dada ao artigo.

Ministro Roberto Barroso:

Eu ouvi do voto do Ministro Alexandre de Moraes que ele estava de acordo com todas essas "condicionantes" mencionadas pelo Ministro Luís Edson Fachin. Eu gostaria de dizer que eu não faço questão, pela technicalidade, de ser interpretação conforme a Constituição, de modo que, se o eminente Ministro Fachin e o Ministro Alexandre estiverem de acordo com incluir essas condicionantes no voto, como obter dictum, mas de forma explícita, eu estou de acordo.

Portanto, em lugar de interpretarmos conforme a Constituição, incluiríamos no voto esses três pontos destacados pelo Ministro Fachin, sem interpretação conforme. Se ao Ministro Fachin e ao Ministro Alexandre estiver bem esta solução, eu a encamparei. Só isso, para facilitar o consenso, Presidente.

Ministro Edson Fachin:

Por isso, eu estou acolhendo a sugestão de Sua Excelência no sentido de assentar essas condicionantes na direção de firmar que esse é o sentido do referido ato, ou seja, o de ser, e como está sendo, acompanhado pelo Ministério Público, de ser observada a Súmula Vinculante 14, de limitar-se ao que o Ministro Barroso agora acentuou,

ao denominado risco efetivo, e observar a proteção da liberdade de expressão e de imprensa conforme e nos exatos termos que houvera constado no meu voto, mas, assentando essas condicionantes como integrantes do voto, sem necessariamente realizar uma interpretação conforme, porque, efetivamente, esse me parece ser mesmo - e está sendo – o sentido adequado do referido ato.

Por isso, eu acolho a sugestão e faço essa manifestação no sentido de que concludo, portanto, como já suscitei anteriormente, por julgar improcedente a ação. E, adotando a técnica sugerida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o decisum passa ao julgamento totalmente improcedente, que é, a rigor, o sentido originário que já estava no meu voto. Portanto, é um ajuste técnico e a substância é a mesma. Adoto a sugestão de Sua Excelência.

Portanto, na medida em que não foi exarado nenhum veredicto de declaração de não-recepção ou de interpretação conforme a propósito do artigo 43 do RISTF, não há que se falar em ocorrência de coisa julgada na matéria, a impedir o conhecimento da presente arguição. Até mesmo porque, segundo robusta doutrina jurídica nacional, as decisões proferidas nas ações de controle concentrado – mesmo quando solucionam o mérito dos dissídios constitucionais em abstrato – não adquirem valor de definitividade típico do exercício da jurisdição adversarial ordinária.

Isso porque o conceito processual de coisa julgada tem aplicação mitigada no âmbito dos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Além de submetida à *cláusula rebus sic stantibus*, a coisa julgada não cristaliza provimentos de confirmação de constitucionalidade ou sentenças intermediárias, como as de interpretação conforme à Constituição.

Nessa linha, a preleção de Clémerson Merlin Clève:

A coisa julgada, entretanto, não ‘congela’ (‘engessa’) de modo definitivo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já que no Brasil, como nos demais países (EUA, por exemplo), a alteração das circunstâncias fáticas pode autorizar o deslocamento da compreensão constitucional da matéria. Assim, declarada a constitucionalidade de uma determinada lei, em virtude de sentença que julga improcedente a ação direta não será impedido o Supremo Tribunal Federal de, mais tarde, uma vez alterado o sentido da norma paramétrica ou mesmo da

norma-objetivo, e quando devidamente provocado, decretar a inconstitucionalidade do dispositivo atacado².

Há, inclusive, registro doutrinário de concepções que rejeitam integralmente a aplicação do conceito da coisa julgada no âmbito dos processos de controle concentrado de constitucionalidade. Exemplo disso consta de estudo de Rennan Faria Kruger Thamay, que anota as seguintes ponderações:

No controle abstrato de constitucionalidade, o que se vislumbra é a formação do trânsito em julgado, como estudado, mas, jamais, da coisa julgada, pois permanecem as decisões do Supremo Tribunal Federal com a possibilidade de serem modificadas pelas possibilidades interpretativas existentes em busca de atualização das decisões da Corte ao momento econômico, político, social em face da leitura constitucional.

Com efeito, portanto, pode-se dizer que, por haver somente trânsito em julgado nas decisões do controle abstrato e não haver imutabilidade ou indiscutibilidade é que não se poderá falar, nesse caso, em trânsito em julgado³.

Além de não ter sido objeto de impugnação específica na ADPF nº 572, o artigo 43 do RISTF não logrou ter sua legitimidade resgatada pelo acréscimo das condicionantes aplicadas no julgado, que foram as seguintes:

3. 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 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

² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 240.

³ THAMAY, Rennan Faria Kruger. **A coisa julgada no controle de constitucionalidade abstrato**. Editora Atlas SA, 2015, pp. 253-254.

integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais.

Como se argumentará no decorrer dessa manifestação, a prática decisória observada no INQ 4781 (inclusive aquela superveniente ao julgamento da ADPF nº 572) revela persistentes lesões a preceitos fundamentais. Portanto, tendo em vista a adequação do objeto pré-constitucional, a lesão a preceitos fundamentais e o atendimento da cláusula de subsidiariedade, constata-se a pertinência do acionamento da presente via.

III – TRÊS DIMENSÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DECORRENTES DA PREVISÃO E DA PRÁTICA DA ATRIBUIÇÃO INVESTIGATÓRIA ATÍPICA NO ART. 43 DO RISTF

Conforme sinalizado no relato inicial da presente ação, as práticas investigatórias deflagradas por esse Supremo Tribunal Federal com fundamento no poder de polícia judiciária previsto no artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal tem despertado, mesmo após o julgamento da ADPF nº 572, ocorrido em 18/06/2020, uma série de perplexidades a propósito da legitimidade da atuação do Ministro designado como Instrutor/Relator.

A gravidade dessas anomalias corrobora, ao fim e ao cabo, a inconstitucionalidade da própria previsão do artigo 43 do RISTF, razão pela qual essa será a primeira tese a ser trabalhada na fundamentação a seguir. Em um segundo momento, e pressupondo uma ordem de subsidiariedade argumentativa, será apresentada proposta de interpretação conforme a Constituição que, segundo se acredita, provê uma resposta adequada para a preservação de um sentido válido do artigo impugnado.

Por fim, para a eventualidade de nenhuma das teses anteriores vir a receber acolhida, será aduzida uma outra proposta de interpretação conforme a

Constituição do artigo 43 do RISTF, de sentido aditivo, pela qual se haverá de postular que esse Supremo Tribunal Federal observe diversas condicionantes mínimas na prática de aplicação do seu poder de polícia judiciário sobre atos de *Contempt of Court* qualificados.

III. 1 – Da inconstitucionalidade “tout court” do artigo 43 do RISTF

De início, cumpre salientar que, ao contemplar a possibilidade de instauração de inquérito policial, por iniciativa de autoridade judiciária potencialmente responsável pelo julgamento futuro dos crimes apurados, o artigo 43, *caput*, do RISTF mostra-se absolutamente incompatível com os direitos processuais penais que a Constituição Federal de 1988 garante pela adoção do modelo acusatório de persecução penal, aos princípios da vedação de juízo de exceção (artigo 5º, XXXVII), do juiz natural (artigo 5º, inciso LIII) e da taxatividade das competências originárias do Supremo Tribunal Federal.

O arquétipo acusatório traduz uma tendência civilizatória mundial, que tem sido progressivamente consolidada nos sistemas jurídicos modernos (caracterizados por ordens democráticas constitucionais), no sentido de valorizar a função judicial da tutela das liberdades constitucionais antes mesmo da busca pela verdade. Trata-se de uma orientação de sentido garantista, dentro da qual se presume que a inércia do magistrado somente deve ser relativizada quando tiver o objetivo de proteger os interesses do acusado (e não os da acusação).

A concretização do modelo acusatório não chega a aparecer de modo puro na experiência prática, revelando-se, na verdade, como uma “filosofia da máxima acusatoriedade possível⁴”. Dentro dessa estrutura maleável, porém, há

⁴ BARREIROS, José António. **A Nova Constituição Processual Penal: o Sistema Político Constitucional**. Coordenação Mario Batista Coelho. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídicas, 1989, p. 769.

um conteúdo que vem a ser cardeal, o da separação das funções de julgamento e acusação, cuja observância é indispensável para garantir a imparcialidade judicial e uma devido processo criminal justo, com a efetivação do direito ao contraditório.

A separação entre essas duas funções elementares na persecução penal – acusação e julgamento – depende de exigências de moderadores normativos que sejam capazes de preservar a inércia judicial e a equidistância do juiz em relação ao material probatório. Somente por meio do distanciamento da função judiciária da atividade de gestão probatória é que será possível garantir que o magistrado atue de modo cognitivamente apto, isto é, sem a importação de pré-compreensões intuídas durante a realização de diligências investigativas. De certo modo, é possível dizer que o sistema acusatório implica, a *contrario sensu*, o princípio da presunção de parcialidade do agente instrutor.

No tocante ao ponto, a doutrina tem ressaltado que a iniciativa oficiosa de juízes, tanto na investigação quanto na instrução penal, é um condicionamento típico do princípio inquisitivo, e, por isso, não é capaz de garantir a efetividade suficiente aos preceitos do contraditório e, muito menos, ao da imparcialidade.

Essa linha é explorada por Aury Lopes Jr.:

Recordemos que não se pode pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, sob pena de incorrer em grave reducionismo.

A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade de imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.

É isso que precisa ser compreendido por aqueles que pensam ser suficiente a separação entre acusação-julgador para a constituição do sistema acusatório no modelo constitucional contemporâneo. É um erro separar em conceitos estanques a imensa complexidade do processo penal, fechando os olhos para o fato de que a posição do juiz define o

nível de eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade. A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade, e o outro, de inércia⁵.

Portanto, a mera instauração oficiosa do inquérito – consentida pelo artigo 43 do RISTF – já é, em si mesma, uma evidência de afetação do núcleo essencial do modelo acusatório, vício que é agravado pela espontaneidade com que o Ministro instrutor do Inquérito nº 4781 tem diligenciado para a obtenção de provas e para a decretação de medidas cautelares penais. Como é notório, mesmo em hipóteses em que a Procuradoria-Geral da República não foi ouvida ou, quando ouvida, se manifestou pela desnecessidade ou inadequação de certos pedidos, houve deferimento de medidas cautelares, com inegável violação ao teor do artigo 129, incisos I e VII, da Constituição.

Em julgamento de composição anterior do seu Plenário, esse Supremo Tribunal Federal encampou um entendimento bastante responsivo à necessidade de preservação da imparcialidade judicial, assim ementado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. ACÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados,

⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 63/64.

documentos e informações bancárias e financeiras. **2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4o). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes.** Ação julgada procedente, em parte.

(ADI 1570, Relator Ministro: MAURÍCIO CORRÊA; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Julgamento em 12/02/2004; DJ de 22/10/2004)

Não por outra razão, parte da doutrina nacional tem sustentado a inconstitucionalidade da interpretação do artigo 5º, II, do Código de Processo Penal, no que enseja a instauração de inquérito de ofício por autoridade judiciária⁶.

No intuito de acolher esse entendimento doutrinário, foi aprovada a Lei nº 13.964/2019, que incluiu no CPP o artigo 3º-A, para vedar “*a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*”, bem como para estabelecer, em nova redação do artigo 282, § 2º, que “*As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público*”.

É fato que o primeiro dos dispositivos acima está com vigência suspensa por força de decisão liminar do eminente Ministro LUIZ FUX na ADI nº 6298. Nada obstante, o artigo 282, § 2º, do CPP está em pleno vigor, o que já indica a ascendência de mensagem normativa contrária à atuação de ofício dos juízes brasileiros, pelo menos em relação às medidas cautelares penais.

⁶ “*Em que pese o disposto no artigo 5º, II, do CPP, entendemos que não cabe ao juiz requisitar a abertura de inquérito policial, não só porque a ação penal de iniciativa pública é de titularidade exclusiva do MP, mas também porque é um imperativo do sistema acusatório. (...) Em definitivo, não cabe ao juiz requisitar a instauração do IP, em nenhum caso. Mesmo quando o delito for, aparentemente, de ação penal privada ou condicionada, deverá o juiz remeter ao MP, para que este solicite o arquivamento ou providencie a representação necessária ao exercício da ação penal*” (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 130/131).

Ademais, vale enfatizar que a norma de ampliação do modelo acusatório prevista no novo artigo 3º-A do CPP tem a pretensão de se tornar uma norma geral do processo penal brasileiro, impedindo a atuação inquisitiva nos processos das instâncias ordinárias, que já são naturalmente submetidos a controle judicial por meio dos recursos cabíveis aos Tribunais. No caso do artigo 43 do RISTF, porém, a afronta ao modelo acusatório torna-se mais pungente pelo fato de as decisões proferidas pelo Ministro investigador não poderem sequer ser submetidas à revisão por outros órgãos judiciais.

No julgamento da ADPF 572, o Supremo Tribunal Federal abordou incidentalmente a tensão entre o modelo acusatório e a competência veiculada pelo artigo 43 do RISTF. Alguns Ministros pontuaram que não haveria incompatibilidade, sob o fundamento de que a função regimental implicada seria administrativa, meramente investigatória e atípica, sendo exercida, em outros casos, por instituições igualmente não policiais, como as Casas do Congresso Nacional e pela Receita Federal do Brasil.

Também não traduziria usurpação de competências acusatórias, já que sua finalidade seria instrumental à do Ministério Público, como observou o Ministro EDSON FACHIN:

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 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.

Não haveria ensejo, assim, para confusão entre acusação e julgamento, já que, após a apuração necessária, os elementos informativos seriam encaminhados pelo Ministro Relator às autoridades persecutórias competentes.

Há, quando menos, duas grandes fragilidades dentro dessa argumentação..

Em primeiro lugar, deve-se ter presente que, ainda que se possa falar na adoção, pela Constituição, de uma arquitetura acusatória híbrida ou mitigada (entendimento defendido, p. ex., pelo Ministro CELSO DE MELLO), não se pode desconsiderar que o modelo acusatório exerce uma pressão normativa sobre o sistema de persecução penal que não se esgota na separação pura e simples entre acusação e julgamento, mas na garantia de que o acusado possa exercer plenamente, e com paridade de armas, o seu direito de defesa.

Dada a natureza informal, sigilosa e não adversarial do inquérito policial, o acervo de elementos informativos nele coligido – quando efetivamente utilizado para embasar eventual ação penal – deve ter a sua integridade necessariamente submetida ao escrutínio do processo penal, no qual poderão de ser exercidas pela defesa técnica as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Evidente que, quando a autoridade responsável pela condução da investigação for a mesma a quem caberá o julgamento da futura ação penal, ela terá a sua capacidade cognitiva inevitavelmente afetada pelo fato de exercer as incompatíveis funções de gestão da prova e do controle de sua validade segundo o direito. Inegável, portanto, que a sua aptidão para apreciar alegações de defesa a serem feitas no processo judicial terminará comprometida, o que é terminantemente abrasivo aos princípios processuais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo.

Ora, quando o artigo 43 do RISTF associa a competência para a apuração de delito penal cometido na sede ou dependências do Tribunal à condição subjetiva do implicado (“*se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição*”), atribuindo a responsabilidade da apuração dos fatos necessariamente a um Ministro da Suprema Corte (o Ministro Presidente ou algum outro a ser

designado por delegação), a norma está claramente somando (i) a atuação de polícia judiciária com (ii) a competência prevista constitucionalmente para processar e julgar autoridades com prerrogativa de foro por função (artigo 102, inciso I, alíneas “b” e “c”).

Segundo o comando regimental, a prerrogativa de função demanda não apenas que o investigado nesses casos seja “processado e julgado” pelo Supremo Tribunal Federal, mas também que seja ele “investigado” por Ministro do Supremo Tribunal Federal. Tem-se, com isso, uma irrefutável contaminação do Ministro apurador para a fase do julgamento, contaminação essa que – é importante frisar – não é isolada na pessoa de um magistrado, porquanto a sua participação no julgamento haverá de influir de forma significativa no convencimento dos demais pelo fato de ter sido ele o gestor da prova na fase de investigação.

Mas a aplicação do artigo 43 do RISTF viabiliza uma segunda consequência, ainda mais perversa do que essa. É que o Ministro responsável pelo exercício do poder de polícia regimental acumulará várias vertentes de poder, pois atuará tanto na iniciativa da investigação como na supervisão do inquérito. Isso significa que tanto a iniciativa da gestão da prova quanto a proteção dos direitos fundamentais dos investigados caberão ao mesmo magistrado.

Essa realidade bivalente é semelhante à observada na dinâmica dos inquéritos judiciais envolvendo infrações penais comuns praticadas por autoridades com prerrogativa de foro por função, como dito pela Ministra ROSA WEBER no voto exarado na ADPF nº 572:

No âmbito desta Suprema Corte, notadamente em relação aos inquéritos instaurados para a finalidade inculpada no art. 102, I, b - julgamento das infrações penais comuns envolvendo as autoridades discriminadas no texto constitucional -, a Lei 8.038/1990 3 , o Código de Processo Penal 4 e o Regimento Interno do STF 5 preveem o exercício de poderes por parte de Ministros da Corte que passam ao largo de uma simples

supervisão judicial do procedimento, assemelhando-se às atribuições típicas de juízes de instrução.

Pensamento equivalente foi lançado pelo Ministro GILMAR MENDES:

A linha que separa as atribuições de presidência do inquérito e de supervisão judicial torna-se ainda mais nublada quando o STF exerce suas competências criminais originárias. De fato, em relação aos inquéritos instaurados perante a Suprema Corte, o texto constitucional, a Lei 8.038/1990 e o Regimento Interno do STF contemplam exceções que fogem à rígida divisão das atribuições típicas de presidência do inquérito policial e de mera supervisão judicial.

Realmente, nos inquéritos judiciais de apuração de crimes de aplicado a autoridades com foro, o Supremo Tribunal Federal termina por acumular essas duas funções.

Entretanto, há diferenças sensíveis entre os poderes envolvidos no exercício da competência originária processante e aquele decorrente do poder de polícia regimental. Uma delas reside no fato de que os inquéritos de competência originária são submetidos à livre distribuição⁷, enquanto os inquéritos fundamentados no artigo 43 do RISTF são enviados a um Relator por designação. A outra, na contingência – que vem a ser a do INQ nº 4781 – de que o Ministro investigador poderá atuar velando diretamente pela sua própria honorabilidade, já que ele também é vítima de quaisquer desacatos à Suprema Corte.

Mais do que isso, também importa perceber que o Ministro Relator do artigo 43 do RISTF não acumula apenas duas funções (a de investigação/instrução e a de supervisão do inquérito), mas, na verdade três. Isso porque, segundo registrado por diversos votos na ADPF nº 572, a atuação de

⁷ Interpretação que decorre, a contrario sensu, do artigo 74, § 2º, do RISTF, abaixo reproduzido:

“Art. 74. A ação penal será distribuída ao mesmo Relator do inquérito.

§ 1º O inquérito ou a ação penal, que retornar ao Tribunal por restabelecimento da competência por prerrogativa de foro, será distribuído ao Relator original.

§ 2º Na hipótese anterior, se o relator original já não estiver no Tribunal, o processo será distribuído livremente.”

polícia regimental nessa situação também reflete uma atuação supletiva do Supremo Tribunal Federal, dirigida a suprir a omissão do órgão ministerial competente na promoção de diligências e medidas cautelares.

Eis, por exemplo, o que salientado pelo Ministro EDSON FACHIN, Relator da ADPF nº 572:

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. (grifou-se)

No momento em que o Ministro investigador passa a suprir as atribuições típicas do Ministério Público, entretanto, ele perde de maneira irreversível as condições de exercício da magistratura de supervisão dos direitos fundamentais dos acusados. Afinal, nessa contingência, o Relator esvaziará o valor da palavra do titular da ação penal a respeito da condução da atividade investigativa, tomando-lhe inclusive a prerrogativa de se manifestar conclusivamente sobre o arquivamento do inquérito, como se fez no INQ nº 4781 com a rejeição da promoção da então Procuradora-Geral da República.

Por tudo isso, fica claro que, ao inserir o Ministro designado em uma posição de juiz apurador, supervisor e curador das funções ministeriais, o artigo 43 do RISTF cria, em contraste ao juiz de garantias, a anômala figura do “juiz à margem das garantias”.

Nesse sentido, não há dúvida de que o artigo 43 do RISTF não foi recepcionado pela Constituição de 1988, como tem sido registrado pela valorosa doutrina de Renato Brasileiro de Lima:

(...) é fato que o dispositivo em questão não foi recepcionado pela Constituição Federal. Com efeito, essa concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, *in casu*, no Ministro inquisidor, além de violar a imparcialidade e o devido processo legal, revela-se absolutamente incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito, assemelhando-se à reunião dos poderes de administrar, legislar e julgar em uma única pessoa, o ditador, nos regimes absolutistas⁸.

Fica patente, assim, a violação aos dois princípios que, segundo Afrânio da Silva Jardim, representam o coração da base normativa do processo penal brasileiro:

A nosso juízo, os princípios mais importantes para o processo penal moderno são o da imparcialidade do juiz e do contraditório. Pode-se mesmo dizer que os demais princípios nada mais são do que consectários lógicos destes dois princípios. Assim, o princípio da demanda ou iniciativa das partes, próprio do sistema acusatório, decorre da indispensável neutralidade do órgão julgador. Sem ela, toda a atividade jurisdicional restará viciada. O próprio princípio do “juiz natural”, relativo a jurisdição, tem como escopo assegurar adremente a imparcialidade dos órgãos jurisdicionais. A grande dificuldade do processo penal moderno é compatibilizar este indispensável princípio da imparcialidade do Juiz, com a busca da verdade real ou material, na medida em que a outorga de poderes instrutórios pode, ao menos psicologicamente, atingir a sua necessária imparcialidade, conforme adverte Liebman. Por este motivo, a tendência é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória, devendo a atividade probatória do Juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente ao atuar das partes⁹.

Para além de todas essas violações às garantias processuais dos acusados, o artigo 43 do RISTF discrepa, ainda, da norma do artigo 102, inciso I,

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 201.

⁹ Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/reflexao-teorica-sobre-o-processo-penal-terceira-e-ultima-parte>>, acesso em 17/08/201.

da Constituição Federal.

Isso porque, segundo entendimento atingido ao final do julgamento da ADPF nº 572, o dispositivo regimental em questão poderia ser utilizado como fundamento normativo para embasar de forma extremamente abstrata a instauração de inquéritos de ofício, bastando que se tenha tido notícia de fato atentatório à dignidade da jurisdição da Suprema Corte.

Conforme registrado na manifestação do Ministro GILMAR MENDES na apreciação da ADPF nº 572, o artigo 43 do RISTF não se apegaria à geografia do crime praticado, mas às repercussões dos fatos investigados sobre as funções institucionais da Suprema Corte. Com isso, a partir do momento em que se tenha notícia da prática de crimes contra a honra de Ministros ou de seus familiares, com o objetivo de desacreditizar a integridade institucional da Suprema Corte, o artigo 43 do RISTF pode vir a ser acionado, independentemente do lugar da ocorrência da ofensa e das pessoas que a houverem perpetrado.

Evidentemente que a proteção institucional da Suprema Corte é um bem jurídico de primeira grandeza, que cumpre a todos os que participam da vida democrática no Estado de Direito Constitucional. Mas é preciso encontrar um ponto de equilíbrio reflexivo entre sistema acusatório, devido processo e defesa das instituições, sob pena de, no pretexto de uma legítima defesa de prerrogativas, naturalizar-se o exercício arbitrário das próprias razões.

Ao adotar a interpretação sintetizada acima, o Supremo Tribunal Federal concebeu algo muito distante de um ponto de calibragem. Estabeleceu, ao contrário, uma nova hipótese de competência originária, jamais prevista no Texto Constitucional, fundamentada na prerrogativa de função da vítima (os Ministros do Supremo Tribunal Federal).

Ao fazê-lo, encontrou uma interpretação que é contra a literalidade

do próprio RISTF, que prevê, em artigo específico, o procedimento a ser adotado em hipótese de desacato à Suprema Corte, nos seguintes termos:

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

Mais grave. O Plenário do Supremo Tribunal Federal interpretou o RISTF como se esse fosse superior à Constituição Federal na disposição hierárquica do ordenamento brasileiro. Ao raciocinar dentro dessa hierarquia às avessas, inseriu na Constituição – por um raciocínio de implicitude – uma nova hipótese de prerrogativa de função, centrada, dessa vez, na vítima.

Observação crítica do fato veio externada pelo voto-vencido do Ministro MARCO AURÉLIO na ADPF nº 572, *in verbis*:

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

A ponderação do Ministro Marco Aurélio é de lucidez incontestável. Ao acrescentar ao rol de competências originárias da Constituição Federal uma hipótese regimental de poder de polícia normativamente obsoleta, a consequência é uma mutação informal ilegítima no Texto Constitucional, com inevitável desprezo pelas normas constitucionais de vedação a juízo de exceção (artigo 5º, XXXVII) e do juiz natural (artigo 5º, inciso LIII).

Portanto, o entendimento hoje vigente sobre o artigo 43 do RISTF atenta não apenas contra o texto do RISTF e da Constituição, mas vai de encontro também a uma sólida jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, a qual tem afirmado historicamente que as competências originárias previstas no artigo

102, inciso I, da Lei Maior devem ser compreendidas sob um regime de direito estrito, isto é, como se fossem taxativas.

Eis alguns dos precedentes clássicos na questão:

AGRAVO INTERNO NA PETIÇÃO. PETIÇÃO QUE VEICULA AGRAVO DE INSTRUMENTO EM FACE DE DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A AGRAVO REGIMENTAL QUE INADMITIU RECURSO JUNTO À ORIGEM. COMPLETA INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL. TAXATIVIDADE DO ROL CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **1. A competência originária do Supremo Tribunal Federal é taxativamente prevista no art. 102, I, da CRFB/88.** 2. In casu, o recurso constitui via processual manifestamente incabível, ao veicular pretensão carente de qualquer previsão constitucional ou legal. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (Pet 6085 AgR, Relator Ministro LUIZ FUX; Órgão julgador: Primeira Turma; Julgamento em 04/08/2017) (grifou-se)

PROTESTO JUDICIAL FORMULADO CONTRA MINISTRO DE ESTADO - MEDIDA DESTITUÍDA DE CARÁTER PENAL (CPC, ART. 867) - AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A PRERROGATIVA DE FORO - UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL - NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL. - As medidas cautelares a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), quando promovidas contra Ministro de Estado, não se incluem na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, precisamente porque destituídas de caráter penal. Precedentes. **A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.** - A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em “*numerus clausus*”, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes. O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional

(ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades que, em matéria penal (CF, art. 102, I, “b” e “c”), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, “d”). Precedentes. AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - COMPETÊNCIA DE MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU, QUER SE CUIDE DE OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO, QUER SE TRATE DE TITULAR DE MANDATO ELETIVO AINDA NO EXERCÍCIO DAS RESPECTIVAS FUNÇÕES. - O Supremo Tribunal Federal tem advertido que, tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau. (Pet 4089 AgR, Relator Ministro CELSO DE MELLO; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Julgamento em 24/10/2007; Publicação em 01/02/2013) (grifou-se)

As observações até aqui coligidas são mais do que suficientes para demonstrar que o artigo 43 do RISTF não foi recepcionado pela ordem constitucional de 1988.

Há um contraste desabrido com os princípios acusatório, da imparcialidade, do devido processo legal e do contraditório, tensão que tem sido exuberantemente evidenciada a cada novo episódio de decretação de medidas cautelares no âmbito do INQ nº 4781. Também fica nítida a disposição do Tribunal em assumir as funções ministeriais que entende descumpridas, em clara desavença com o conteúdo do artigo 129, incisos I e VII, da Constituição.

Além de todos esses vícios, também é fora de dúvida que o artigo 102, inciso I, da Constituição não contempla a hipótese de prerrogativa de foro tendo em vista a função da vítima, no caso, a função de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Nem sequer o RISTF dispôs nesse sentido. Os órgãos judiciais nele previstos são o Plenário e as Turmas. Não há previsão, dentro do regimento do Supremo Tribunal Federal, de órgão de controle externo do Ministério Público

ou de delegacia da honorabilidade institucional.

É, portanto, inconstitucional “tout court” a previsão do artigo 43 do RISTF.

III. 2 – Possível adequação constitucional do artigo 43 do RISTF: necessária observância do critério da espacialidade previsto na norma

O subtópico anterior demonstrou que a norma do artigo 43 do RISTF é, na sua essência, causadora de uma variedade tão grande de desencontros com o modelo acusatório prestigiado na Constituição de 1988 que, ao fim, a melhor solução para lidar com o seu teor seria a sua não recepção.

A ser mantida a interpretação proferida na ADPF nº 572, será impossível prevenir e remediar os excessos causados na prolixa investigação em curso no INQ nº 4781. A maioria dos vícios que têm sido observados deriva do fato de o Supremo Tribunal Federal ter avalizado o exercício de competência investigatória atípica para muito além da espacialidade da Corte, o que acabou implicando, por via oblíqua, a criação de um tipo ilegítimo de prerrogativa de foro por função da vítima.

Entretanto, boa parte dos problemas jurídicos suscitados poderia ser contornada caso o Supremo Tribunal Federal entendesse de fixar uma interpretação conforme a Constituição do artigo 43 do RISTF que fosse capaz de reconectá-lo com a sua razão de ser, que é espacial.

As disposições normativas do inseridas no caput e no § 1º do artigo 43 do RISTF imbricam três critérios absolutamente nítidos para a instauração de inquérito de polícia, a saber: (i) um critério jurídico, de infração à lei penal, exigido em qualquer situação; (ii) um critério temporal, estatuído no *caput*, que se refere à “*sede ou dependência do Tribunal*”, como localidade onde ocorrida a infração penal; e (iii) um critério subjetivo, pertinente ao envolvimento de

autoridade diretamente sujeita à jurisdição da Suprema Corte, requisito que não é essencial, pois o § 1º estipula uma cláusula alternativa (“nos demais casos”), que possibilita que fatos praticados por pessoas sem essa qualificação especial sejam remetidos à autoridade competente, para inquérito da sua responsabilidade.

O conjunto dos votos proferidos na ADPF nº 572 entendeu que o critério temporal em questão, o único que realmente estabelecia uma distinção normativa relevante (afinal, o primeiro exige apenas um delito e o último é alternativo), seria, também ele, um critério dispensável, que deveria ser lido dentro do contexto de virtualidade hoje assumida pelas interações pessoais. Em acréscimo, assentou-se que o critério central deveria ser, na verdade, o da ocorrência de *Contempt of Court*.

A interpretação é bastante questionável. De saída, fica evidente que, conforme dito há pouco, a apuração de condutas hostis ao Supremo Tribunal Federal recebeu disciplina em outra previsão do RISTF, do artigo 46, segundo a qual “*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*”.

Todavia, o que causa mais estupefação é a forma como se consentiu com a sublimação do critério de espacialidade como norte para aplicação do poder de polícia regimental.

A limitação dos fatos suscetíveis de investigação àqueles ocorridos na sede ou na dependência do Tribunal está longe de ser um anacronismo do regimento, uma relíquia de um mundo analógico superado pelas redes sociais. Na verdade, o critério é uma implicação lógica do exercício de poder de polícia que embute a necessidade de providências adequadas contra ameaças que possam se

manifestar de modo físico em detrimento dos Ministros e da Suprema Corte.

Tais atos demandam pedido de auxílio (físico) de funcionários de segurança, medida necessária para a contenção de infratores para preservar a incolumidade física de Ministros e do patrimônio do Supremo Tribunal Federal. Por meio dessa atípica função de polícia, o Presidente do Tribunal ou algum outro Ministro por ele encarregado haverá de se ocupar, dentre outras providências, da preservação de evidências no espaço físico do Tribunal, bem como da condução de perícias ou testemunhas da ocorrência.

Agirá, na hipótese, como se fosse autoridade policial, mediante a condução de um processo administrativo qualquer. A lógica da norma está em imputar a tutela da intimidade espacial da Suprema Corte àqueles que são encarregados de administrá-la, os seus Ministros. Essa é a razão de ser desse “poder investigatório”, e é nisso que ele está ligado ao princípio da separação de poderes, que atribui a cada instância a prerrogativa básica de auto-organização.

A universalidade das mídias sociais e o seu poder de difusão não constam do RISTF como causa legitimadora da atividade investigatória de ofício. Não há dúvida de que elas podem causar danos severos à reputação das instituições. Todavia, danos semelhantes poderiam ser causados por manifestações via rádio ou televisão, que não foram tangenciados pelo dispositivo. Também não parece haver, no RISTF, previsão que contemple a substituição das manifestações do órgão acusador por decisões oficiosas.

Desmaterializar por completo o pressuposto fático da incidência do artigo 43 do RISTF, admitindo-a independentemente da qualidade do sujeito investigado, em qualquer lugar do país, é algo que simplesmente não se coaduna com a Constituição Federal. O paralelo com o poder de investigação das polícias legislativas aqui se faz sumamente esclarecedor. A autonomia do Poder Legislativo, do modo como enunciada na Constituição, também acolheria a

possibilidade de investigação de qualquer pessoa, em qualquer lugar do país, que use redes sociais para expressar atos hostis ao Congresso Nacional?

O tema adquire complexidade maior no que toca à competência regimental da Suprema Corte por uma implicação antes aventada, relativa ao acúmulo de poderes na pessoa de um mesmo Ministro (algo que não tem paralelo no Legislativo). A sublimação do critério territorial do artigo 43 do RISTF tem possibilitado que a autoridade judiciária decreta as cautelares que entender pertinentes, contra quaisquer pessoas, mesmo à revelia do controle do Ministério Público, realidade ostensivamente incompatível com o Estado Democrático de Direito.

De modo bastante estável, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre tratou o alcance de suas competências com absoluto comedimento.

Nesse sentido calha lembrar, por pertinente, a Questão de Ordem na AP nº 937, Relator Ministro Barroso, em que se operou a limitação das normas de prerrogativa de foro apenas atos exercidos durante o mandato, e relacionados à função. É desconcertante que uma diretriz interpretativa aplicada de forma tão consistente e generalizada como essas, da taxatividade ou da redução teleológica, tenham sido eclipsadas de modo fulminante para dar elastecimento inaudito a uma norma de origem regimental.

Em decorrência de todas essas considerações, que demonstram o caráter excepcional da norma regimental e a longevidade dos padrões decisórios de interpretação estrita que a Suprema Corte aplica a suas competências originárias, a norma do artigo 43 do RISTF somente pode ser entendida como consentânea com a Constituição caso se limite a investigar atos que ocorram dentro do perímetro espacial do Tribunal.

Assim, caso o artigo 43 do RISTF seja tido como recepcionado, pede-se seja fixada interpretação conforme a Constituição que limite a sua incidência ao seu campo de excepcionalidade, tendo-o como acionável tão somente quando concretizada a situação espacial nele referida, isto é, o cometimento de infrações na sede ou nas dependências do Supremo Tribunal Federal.

III. 3 – Proposta de interpretação conforme a Constituição do artigo 43 do RISTF mediante incorporação de padrões procedimentais não contemplados na ADPF nº 572

Todavia, na eventualidade de que essa Suprema Corte venha a concluir pela recepção constitucional do artigo 43 do RISTF, mantendo quanto a ele o padrão interpretativo vigente, será necessário veicular ainda um último pedido de interpretação conforme, dessa vez de sentido aditivo, para que se fixem algumas condicionantes não sublinhadas na ADPF nº 572, que se mostram imprescindíveis à reparação da ordem constitucional.

Isso é necessário tendo em vista as perplexidades capturadas em diversos atos praticados na condução do INQ nº 4781, dentre as quais: (i) a formalização abstrata dos motivos de instauração do inquérito; (ii) a distribuição concentrada de notícias de fato sem nexo de conexão concreta aparente com a investigação originária; (iii) a minimização da posição institucional do Ministério Público, sobretudo nas decisões pertinentes a decretação de medidas cautelares sujeitas a reserva de jurisdição; (iv) a ausência de meios de controle de eventuais vícios surgidos na investigação; e (v) a possibilidade de participação do Ministro Instrutor/Relator no julgamento de autoridades com foro por prerrogativa de função.

Cada um desses pontos será apreciado individualmente a seguir, para, ao final, subsidiar a proposta de interpretação conforme a Constituição do

artigo 43 do RISTF.

a) Formalização excessivamente abstrata dos motivos de instauração do INQ nº 4781;

As perplexidades acima indicadas decorrem, em pelo menos alguma medida, da maneira como as condutas passíveis de investigação são delimitadas no âmbito dos atos de instauração do inquérito previsto no artigo 43 do RISTF.

É pertinente recordar os atos referentes ao INQ nº 4781 que delimitaram o alcance das atribuições investigatórias em andamento naquela sede. Em primeiro lugar desponta a Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019, da Presidência do Supremo Tribunal Federal, que citou “*a existência de notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus calumniandi, diffamandi e injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares*”.

Logo após, em despacho inicial formalizado em 19 de março de 2019, o Ministro ALEXANDRE DE MORAES, designado Relator pela Presidência, assim definiu o seu objeto de trabalho:

O objeto deste inquérito é 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 atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o 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.

Da leitura desses dois atos não se extrai referência a nenhum,

absolutamente nenhum, fato concreto. Eles se contentam em distinguir alguns bens jurídico-penais (honra e dignidade da jurisdição), pontuando um intuito específico (lesar ou ameaçar a independência do Poder Judiciário), alguns modos de ação delituosa (de maneira organizada) e alguns meios empregados para essas ações (uso de desinformação e de vazamentos).

Com a devida vênia, esse modelo descritivo abstrato é completamente incompatível com diversos preceitos básicos do sistema processual penal, sobretudo os do devido processo legal, da ampla defesa e da segurança jurídica.

Não há dúvida de que, regra geral, a instauração do inquérito submete-se a requisitos de justa causa muito mais singelos do que aqueles pertinentes à ação penal. Conforme pontuado pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI (HC 190.873 AgR, DJe de 22/19/2020), *“Para a requisição ou instauração do inquérito policial, basta o indício de que um fato criminoso tenha ocorrido, sem a necessidade de que seja apontada a mera suspeita de quem tenha sido o seu autor”*.

A despeito disso, há uma exposição fática mínima sem a qual o investigado sequer pode vir a ter conhecimento das razões pelas quais o poder repressivo do Estado foi instaurado contra ele. Não é demais alguma relembrar que a mera instauração de investigação penal já é, de per si, uma condição gravosa para o indivíduo, que passa a ter de responder a uma série de atos típicos desse procedimento policial.

Nesse sentido, a lição lapidar de Ferrajoli:

É indubitável que a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena (...), mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje pode-se falar de um valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser

associado não tanto à pena mas, verdadeiramente, ao processo e mais exatamente à acusação e à ampliação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão. Desta forma retomou-se nos nossos dias a antiga função infamante da intervenção penal que caracterizou o direito pré-moderno, onde a pena era pública e o processo corria em segredo. Apenas que a berlinda e o colar de ferro hoje foram substituídos pela exibição pública do acusado nas primeiras páginas de jornais ou na televisão, e isto não após a sua condenação mas após a sua incriminação, ainda quando o imputado é presumido inocente¹⁰.

Não por outra razão, o próprio Supremo Tribunal Federal exhibe um considerável acervo de precedentes nos quais afirma a possibilidade de arquivamento judicial de inquéritos que possuam lastro informativo precário, insuficiente para caracterizar a necessidade de investigação. A inexistência de fontes indiciárias críveis pode vir a ser motivo até mesmo da recusa à instauração de inquérito.

Pela pertinência, cumpre transcrever duas ementas contudentes quanto ao ponto:

Agravo regimental. Pedido de instauração de inquérito indeferido. Declarações do colaborador e outros elementos informativos. Narrativa genérica. Ausência de elementares do tipo. **Inexistência de base empírica idônea para a abertura de investigação. Necessidade de controle da legalidade da persecução penal pelo Poder Judiciário. Recurso não provido.** 1. Não há na narrativa do colaborador fato propriamente criminoso, assim entendido aquele que reúne todas as elementares do tipo, mas sim afirmativas genéricas descrevendo suposto esquema de corrupção destinado à aprovação de atos legislativos conforme interesses privados de empresas específicas. 2. **A instauração de inquérito pressupõe a notícia de prática, em tese, de fato típico e ilícito. Essa notícia, a meu ver, definitivamente, não está contida nas declarações do colaborador. Ademais, os e-mails referidos pela Procuradoria-Geral da República, conquanto revelem contato próximo com a Hypermarchas, não caracterizam, por si sós, inequívoco caráter ilícito.** 3. Assim como se admite o trancamento de inquérito policial, por falta de justa causa, diante da ausência de elementos indiciários mínimos demonstrativos da

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 588.

autoria e materialidade, há que se admitir que, em seu nascedouro, seja coarctada a instauração de procedimento investigativo quando inexistir base empírica idônea para tanto e indicação plausível do fato delituoso a ser apurado. Precedentes. 4. Recurso não provido. (Pet 7474 AgR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI; Órgão julgador: Segunda Turma; Publicação em 20/11/2020) (gridou-se)

Agravo regimental. Inquérito. Arquivamento de ofício pelo colegiado. Admissibilidade (vencido o Relator que admite o arquivamento até mesmo por decisão monocrática). Ausência de elementos informativos mínimos que autorizem sua instauração. Denúncia anônima e notícias genéricas extraídas da internet que não descrevem nenhum fato concreto. **Inexistência de base empírica idônea para a abertura de investigação com relação ao detentor de prerrogativa de foro. Necessidade de controle de legalidade da persecução penal pelo Poder Judiciário.** Recurso não provido. 1. A titularidade da ação penal pública e a atribuição para requerer o arquivamento do inquérito policial (art. 28 do Código de Processo Penal) não significam que todo e qualquer requerimento de instauração de inquérito formulado pela Procuradoria-Geral da República deva ser incondicionalmente atendido pelo Supremo Tribunal Federal. **2. Ao Poder Judiciário, na sua precípua função de garantidor de direitos fundamentais, cabe exercer rígido controle de legalidade da persecução penal. 3. Assim como se admite o trancamento de inquérito policial, por falta de justa causa, diante da ausência de elementos indiciários mínimos demonstrativos da autoria e materialidade, há que se admitir – desde o seu nascedouro - seja coarctada a instauração de procedimento investigativo, uma vez inexistentes base empírica idônea para tanto e indicação plausível do fato delituoso a ser apurado.** 4. Agravo regimental não provido. (Inq 3847 AgR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI; Órgão julgador: Primeira Turma; Publicação em 08/06/2015) (grifou-se)

Para que o magistrado responsável pela supervisão judicial de inquéritos originários possa exercer sua atribuição, de modo a proteger os direitos fundamentais do acusado pelo controle da base fática existente, é indispensável que exista um certo grau de transparência a respeito dos elementos concretos que motivaram a persecução.

É precisamente por isso, aliás, que o artigo 5º, § 1º, do Código Penal preconiza que, sempre que possível, o requerimento de instauração de inquérito contemplará a narração do fato, com todas as circunstâncias, a individualização do indiciado e as razões de presunção de ser ele o autor da infração e a nomeação

das testemunhas.

Embora a autoria e a indicação de testemunhas sejam elementos acidentais, a narração do fato, com as circunstâncias observadas, é um elemento indispensável de atos formais de instauração de inquérito, sejam eles provenientes dos delegados de polícia, de comissões parlamentares de inquérito ou de ofício pelo Poder Judiciário.

Voltando à situação tratada nessa inicial, os atos de instauração de inquérito fundados no artigo 43 do RISTF devem – sempre e indeclinavelmente – ser circunstanciados o bastante para permitir, quando menos, a intelecção dos elementos atrativos da competência da Suprema Corte. Esses aspectos não podem se resumir a caracteres abstratos, meramente normativos, demandando uma exposição com contornos concretos do que exatamente foi praticado. Vale ressaltar que os procedimentos investigatórios são cadastrados para a investigação de “fatos específicos”, e não de classes de fatos.

Essa exigência é uma condição de possibilidade para que o procedimento possa ser compreendido pelos acusados e, eventualmente, contestado. É essencial, portanto, para a efetivação da ampla defesa, do devido processo legal e da segurança jurídica. Afinal, não foram poucas as ocasiões em que medidas cautelares drásticas foram concedidas logo após o encaminhamento de notícias de fato ao Ministro Instrutor/Relator no âmbito do INQ 4781.

Sem uma exposição dos fatos que despertaram a abertura de um inquérito, sequer é possível avaliar se a futura inclusão de novos investigados pode ser justificada pelo contexto fático. É nesse sentido que os atos instauradores do INQ 4781 são inválidos, por não terem circunstanciado nenhum fato, mas apenas classes de fatos, ensejando, assim, que uma miríade de fatos futuros venha a ser posteriormente absorvida ou capturada para o inquérito original.

A prevalecer esse modelo precário de formalização de investigações, basta indicar uma tipificação para que o aparato policial administrado pelo Supremo Tribunal Federal do Estado seja acionado oficiosamente, e com todo o seu vigor, contra quem quer que seja.

b) Distribuição concentrada de notícias de fato pertinentes à mesma classe abstrata de fatos;

A referência a fatos concretos nos atos de instauração de inquéritos judiciais tombados a partir do artigo 43 do RISTF é, portanto, essencial para desdobramentos cruciais do processo.

Um desses aspectos vem a ser a definição do juízo responsável pela investigação, uma vez que o RISTF estabelece tratamento excepcional para a distribuição desses procedimentos. Por ser um processo considerado “administrativo”, ele é remetido aos cuidados de um Ministro Instrutor/Relator, de forma dirigida. Contorna-se, com isso, a livre distribuição que se aplica aos inquéritos judiciais.

Por ocasião do julgamento da ADPF nº 572, alguns Ministros registraram que esse tipo de distribuição por designação não é ilegítimo, uma vez que decorreria do regimento que, por sua vez, seria a espécie normativa com autoridade para a definição dessa questão, tendo em vista o teor do artigo 2º da Lei nº 8.038/1990. Ademais, por se tratar de uma fase pré-processual, não se poderia suscitar a ocorrência de violação ao juiz natural ou à norma de vedação a tribunal de exceção.

Os fundamentos em questão não convencem. Em primeiro lugar, porque incidem no equívoco de interpretar a Constituição a partir do RISTF. O fato de ser o regimento valorado normativamente de forma equiparada à lei em nada modifica a questão. O que se questiona, com toda razoabilidade, é a

legitimidade dessa designação dirigida à luz dos princípios constitucionais.

Em segundo lugar, porque, embora o procedimento seja “administrativo” ou “pré-judicial”, o Ministro Instrutor/Relator acumula um leque extremamente amplo de prerrogativas contraditórias em seu poder, atuando ora como gestor de provas, ora como garante de direitos fundamentais e ora como suplente da omissão do Ministério Público.

Como se tem visto com exuberância de exemplos, essa confusão tem causado inúmeros questionamentos quanto à legitimidade de medidas cautelares concedidas de ofício, à revelia ou contra a manifestação da PGR.

Ora, se os poderes do Ministro são poderes judiciais, a envolver a quebra ocasional de liberdades fundamentais protegidas no artigo 5º da Constituição, a sua atribuição produz consequências processuais para o acusado tão gravosas quanto qualquer processo judicial criminal.

Não faz diferença, portanto, que o inquérito seja considerado administrativo. Na medida em que abrangem medidas potencialmente onerosas sobre direitos fundamentais reservados ao crivo da jurisdição, os inquéritos formados com base no artigo 43 do RISTF devem se submeter às regras processuais gerais de distribuição.

Até porque, conforme consolidado em julgado eloquente dessa Suprema Corte, não há juízos criminais universais:

Questão de ordem no inquérito. Processual Penal. Crimes relacionados ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Indícios de participação de Senadora da República em ilícito penal. Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. Desmembramento do feito em relação a investigados não detentores de prerrogativa de foro. Possibilidade. Inexistência de prejuízo para a causa. Precedentes. Prevenção de Ministro da Corte que supervisiona as investigações de crimes relacionados à Petrobras. Inexistência. Ausência de conexão entre os fatos reconhecida pela Presidência da Corte. Imbricação da matéria com o desmembramento do feito e seus consectários.

Necessidade de seu exame para a determinação do juízo de primeiro grau competente para processar e julgar o feito desmembrado. Crimes de organização criminosa, lavagem de dinheiro, falsidade ideológica e corrupção passiva. Colaboração premiada. Delação de crimes não conexos com a investigação primária. Equiparação ao encontro fortuito de prova. Aplicação das regras de determinação, de modificação e de concentração da competência. Inexistência de prevenção, pelas mesmas razões, tanto de Ministro da Corte quanto de juízo de origem. Crimes que, em sua maioria, se consumaram em São Paulo. Circunstância que justifica a sua atração para a Seção Judiciária daquele estado. Ressalva quanto à posterior apuração de outras infrações conexas que, por força das regras do art. 78 do Código de Processo Penal, justifiquem conclusão diversa quanto ao foro competente. Remessa do feito desmembrado à Seção Judiciária de São Paulo para livre distribuição, independentemente da publicação do acórdão. Intangibilidade dos atos praticados na origem, tendo em vista a aplicação da teoria do juízo aparente. Precedente. **1. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o desmembramento do feito em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade da competência racione muneris, ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante. Precedentes. 2. Ausente potencial e relevante prejuízo que justifique o simultaneus processus, impõe-se o desmembramento do inquérito em relação a todos os investigados que não detêm prerrogativa de foro, a fim de que a investigação prossiga perante a Suprema Corte tão somente em relação à Senadora da República. 3. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência. 4. A competência para processar e julgar os crimes delatados pelo colaborador que não sejam conexos com os fatos objeto da investigação matriz dependerá do local em que consumados, de sua natureza e da condição das pessoas incriminadas (prerrogativa de foro). 5. Os elementos de informação trazidos pelo colaborador a respeito de crimes que não sejam conexos ao objeto da investigação primária devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica. 6. A prevenção, essencialmente, não é um critério primário de determinação da competência, mas sim de sua concentração, razão por que, inicialmente, devem ser observadas as regras ordinárias de determinação da competência, tanto racione loci (art. 70, CPP) quanto racione materiae. 7. Nos casos de infrações conexas, praticadas em locais diversos, hão de ser observadas as regras de determinação do foro prevalente previstas no art. 78 do Código de Processo Penal, uma vez que a conexão e a continência importam em unidade de processo e julgamento. 8. A prevenção, nos termos do art. 78, II, c, do Código de Processo Penal, constitui critério residual de aferição da competência. (...). 12. Os ilícitos em apuração nos procedimentos encaminhados pelo juízo da 13ª Vara da Seção Judiciária do Paraná se referem, dentre outros fatos, a repasses de**

valores por empresa prestadora de serviços de informática na gestão de empréstimos consignados de servidores federais, no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a utilização, em tese, de notas fiscais falsas e de empresas de fachada. 13. Não há relação de dependência entre a apuração desses fatos e a investigação de fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras, a afastar a existência de conexão (art. 76, CPP) e de continência (art. 77, CPP) que pudessem ensejar o *simultaneus processus*, ainda que os esquemas fraudulentos possam eventualmente ter um operador comum e destinação semelhante (repasse de recursos a partido político ou candidato a cargo eletivo). 14. O fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem de “fases da operação Lava-jato” uma sequência de investigações sobre crimes diversos - ainda que sua gênese seja a obtenção de recursos escusos para a obtenção de vantagens pessoais e financiamento de partidos políticos ou candidaturas - não se sobrepõe às normas disciplinadoras da competência. **15. Nenhum órgão jurisdicional pode-se arvorar de juízo universal de todo e qualquer crime relacionado a desvio de verbas para fins político-partidários, à revelia das regras de competência.** 16. A mesma razão (inexistência de conexão) que motivou o não reconhecimento da prevenção de Ministro da Suprema Corte que supervisiona a investigação de crimes relacionados à Petrobras estende-se ao juízo de primeiro grau. (...). 20. A questão de ordem se resolve no sentido do desmembramento do feito, a fim de que a investigação prossiga perante a Suprema Corte somente em relação à autoridade com prerrogativa de foro, com a consequente remessa de cópia dos autos à Seção Judiciária do Estado de São Paulo, independentemente da publicação do acórdão, para livre distribuição, preservada a validade dos atos praticados na origem, inclusive medidas cautelares, dentre as quais a prisão preventiva de um dos investigados, tendo em vista a aplicação da teoria do juízo aparente (HC nº 81.260/ES, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19/4/02).(Inq 4130 QO, Relator Ministro DIAS TOFFOLI; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Julgamento em 23/09/2015; Publicação em 03/02/2016) (grifou-se)

Essencial, portanto, que os inquéritos atípicos instaurados nesse Supremo Tribunal Federal a partir da autorização regimental sejam disciplinados pelas mesmas diretrizes de distribuição que se aplicam rotineiramente nos demais casos de competência originária atribuídos pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal.

A subsistir a atual dinâmica de distribuição por prevenção baseada em “classes abstratas de fatos”, concentrar-se-á na relatoria do INQ nº 4781 um sem número de condutas sem qualquer conexão legítima com os fatos sob

apuração na origem. É o que se tem visto reiteradamente no curso desse procedimento, que viola, assim, os preceitos do devido processo legal, do juiz natural e da vedação à instalação de tribunal de exceção.

c) Minimização da posição institucional do MP na decisão sobre a necessidade e adequação de medidas cautelares sujeitas a reserva de jurisdição;

Ao investir-se da tríplice autoridade (instrução/supervisão/curadoria) consentida pelo artigo 43 do RISTF, tornando-se um “juiz à margem de garantias”, o Ministro Relator designado para o exercício do INQ 4781 tem procedido à decretação de um vasto número de medidas cautelares, inclusive aquelas submetidas à reserva de jurisdição, como buscas e apreensões em domicílios (artigo 5º, inciso X), quebra de sigilos (artigo 5º, inciso XI) e prisões.

Há que se reconhecer que o Ministério Público tem participado do processo, fato que não se questiona. Essa participação, todavia, tem assumido caráter subalterno, secundário e de pouca relevância. Em muitas das decisões de decretação de cautelares, o Ministro Instrutor/Relator tem procedido mesmo quando ainda não há manifestação do órgão ministerial, ou mesmo contra o sentido dessa manifestação, prestigiando iniciativas da autoridade policial.

No tocante à divisão de competências entre os órgãos de persecução penal, o RISTF assim dispõe:

Art. 230-C. Instaurado o inquérito, a autoridade policial deverá em sessenta dias reunir os elementos necessários à conclusão das investigações, efetuando as inquirições e realizando as demais diligências necessárias à elucidação dos fatos, apresentando, ao final, peça informativa.

§ 1º O Relator poderá deferir a prorrogação do prazo sob requerimento fundamentado da autoridade policial ou do Procurador-Geral da República, que deverão indicar as diligências que faltam ser concluídas.

§ 2º Os requerimentos de prisão, busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico, bancário, fiscal, e telemático, interceptação telefônica, além

de outras medidas invasivas, serão processados e apreciados, em autos apartados e sob sigilo, pelo Relator.

Art. 231. Apresentada a peça informativa pela autoridade policial, o Relator encaminhará os autos ao Procurador-Geral da República, que terá quinze dias para oferecer a denúncia ou requerer o arquivamento.

É certo que a manifestação do Procurador-Geral da República não tem um sentido conclusivo em todos os casos.

Como consta de precedentes já citados nessa peça, o Ministro Relator pode, quando entender que não há justa causa para o prosseguimento de qualquer investigação, determinar o arquivamento dos feitos. Nesse sentido, aliás, o teor do artigo 231, § 4º, do RISTF (“*O Relator tem competência para determinar o arquivamento, quando o requerer o Procurador-Geral da República ou quando verificar*”).

Todavia, certos pronunciamentos do órgão máximo do Ministério Público desfrutam de um grau de terminatividade que deveria ser absoluto, na medida em que é este o órgão que a Constituição Federal elegeu como titular do destino da ação penal pública (artigo 129, inciso I), capacitando-o, ainda, como um gestor qualificado das diligências necessárias para a promoção da repressão penal (artigo 129, inciso VII).

Se o Ministério Público não chega a ser o titular privativo das diligências investigativas em geral, é certo que, dada a sua posição institucional de destaque na arquitetura da Constituição Federal, o seu posicionamento deve ser valorizado de modo diferenciado em relação a outros órgãos que atuam na persecução.

Como foi citado mais acima, os precedentes do Supremo Tribunal Federal respaldam fortemente o valor determinativo das manifestações do PGR. Até o julgamento da ADPF nº 572, a jurisprudência desta Suprema Corte endossava enfaticamente a conclusividade da manifestação do PGR a respeito das

diligências pertinentes à ação penal pública, como exemplificado a seguir:

Inquérito policial: arquivamento requerido pelo chefe do Ministério Público por falta de base empírica para a denúncia: irrecusabilidade. 1. No processo penal brasileiro, o motivo do pedido de arquivamento do inquérito policial condiciona o poder decisório do juiz, a quem couber determiná-lo, e a eficácia do provimento que exarar. 2. Se o pedido do Ministério Público se funda na extinção da punibilidade, há de o juiz proferir decisão a respeito, para declará-la ou para denegá-la, caso em que o julgado vinculará a acusação: há, então, julgamento definitivo. 3. Do mesmo modo, se o pedido de arquivamento - conforme a arguta distinção de Bento de Faria, acolhida por Frederico Marques -, traduz, na verdade, recusa de promover a ação penal, por entender que o fato, embora apurado, não constitui crime, há de o Juiz decidir a respeito e, se acolhe o fundamento do pedido, a decisão tem a mesma eficácia de coisa julgada da rejeição da denúncia por motivo idêntico (C.Pr.Pen., art. 43, I), impedindo denúncia posterior com base na imputação que se reputou não criminosa. 4. Diversamente ocorre se o arquivamento é requerido por falta de base empírica, no estado do inquérito, para o oferecimento da denúncia, de cuja suficiência é o Ministério Público o árbitro exclusivo. 5. Nessa hipótese, se o arquivamento é requerido por outro órgão do Ministério Público, o juiz, conforme o art. 28 C.Pr.Pen., pode submeter o caso ao chefe da instituição, o Procurador-Geral, que, no entanto, se insistir nele, fará o arquivamento irrecusável. 6. Por isso, se é o Procurador-Geral mesmo que requer o arquivamento - como é atribuição sua nas hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal - a esse não restará alternativa que não o seu deferimento, por decisão de efeitos rebus sic stantibus, que apenas impede, sem provas novas, o oferecimento da denúncia (C.Pr.Pen., art. 18; Súmula 524). 7. O mesmo é de concluir, se - qual sucede no caso -, o Procurador-Geral, subscrevendo-o, aprova de antemão o pedido de arquivamento apresentado por outro órgão do Ministério Público.

(Inq. 1604 QO, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Julgamento em 13/11/2002; Publicação em 13/12/2002)

INQUÉRITO E PEÇAS CONSUBSTANCIADORAS DE "NOTITIA CRIMINIS" - ARQUIVAMENTO REQUERIDO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, QUE NÃO VISLUMBRA A OCORRÊNCIA DE ILÍCITO PENAL - IMPOSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DA "OPINIO DELICTI" - IRRECUSABILIDADE DESSE PEDIDO DE ARQUIVAMENTO - DECISÃO DO RELATOR QUE DEFERE A POSTULAÇÃO DEDUZIDA PELO CHEFE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ATO DECISÓRIO IRRECORRÍVEL - RECURSO NÃO CONHECIDO. O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL, MOTIVADO PELA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE PERMITAM AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA FORMAR A "OPINIO DELICTI", NÃO PODE SER RECUSADO

PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - Se o Procurador-Geral da República requer o arquivamento de inquérito policial, de peças de informação ou de expediente consubstanciador de "notitia criminis", motivado pela ausência de elementos que lhe permitam formar a "opinio delicti", por não vislumbrar a existência de infração penal (ou de elementos que a caracterizem), essa promoção não pode deixar de ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, em tal hipótese, o pedido emanado do Chefe do Ministério Público da União é de atendimento irrecusável. Doutrina. Precedentes. IRRECORRIBILIDADE DA DECISÃO DO RELATOR, QUE, NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DEFERE O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL FORMULADO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. - O ato judicial que ordena, no Supremo Tribunal Federal, o arquivamento do inquérito ou de peças de informação, a pedido do Procurador-Geral da República, motivado pela ausência de "opinio delicti" derivada da impossibilidade de o Chefe do Ministério Público da União identificar a existência de elementos que lhe permitam reconhecer a ocorrência de prática delituosa, é insuscetível de recurso (RT 422/316), embora essa decisão - por não se revestir da autoridade da coisa julgada (RT 559/299-300 - RT 621/357 - RT 733/676) - não impeça a reabertura das investigações penais, desde que (a) haja provas substancialmente novas (RTJ 91/831 - RT 540/393 - RT 674/356 - RT 710/353 - RT 760/654) e (b) não se tenha consumado, ainda, a prescrição penal. Doutrina. Precedentes. (Pet 2509 AgR, Relator Ministro CELSO DE MELLO; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Julgamento em 18/02/2004; Publicação em 25/06/2004)

Sabe-se que há alguma controvérsia jurídica sobre a viabilidade de que autoridades policiais venham a requer diretamente ao Poder Judiciário, no curso de inquéritos, a decretação de medidas cautelares de restrição de direitos.

Conforme distinção estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 572, a titularidade da ação penal do Ministério Público não se confunde com a prerrogativa de requerimento de diligências em geral. Sob esse entendimento, essa última poderia ser exercitada por iniciativa de órgãos policiais, em qualquer caso.

Contudo, essa premissa merece temperamentos. Afinal, embora, a rigor, não se possa falar que as autoridades policiais são destituídas de capacidade postulatória de diligências, é necessário deduzir a legitimidade para a postulação

das medidas pertinentes à fase pré-processual tendo em vista a gravidade das providências requeridas e a posição de cada instituição de persecução penal.

É indubitável que, por imperativo do artigo 129, inciso I, da Constituição, o Ministério Público é o responsável pelo convencimento acusatório, figurando, por isso, como destinatário final dos elementos de convicção colhidos durante a apuração de crimes.

Sendo o Ministério Público legitimado exclusivo para levar a pretensão acusatória a juízo, deve competir a esse órgão, também de modo exclusivo, a atribuição de requerer medidas cautelares que objetivem assegurar a utilidade final do processo crime, sobretudo quando essas impliquem restrições de direitos que a Constituição submete à reserva de jurisdição.

Assim, embora autoridades policiais tenham prerrogativa de requerer diligências para a colheita de elementos de convicção sobre a materialidade e autoria de um fato criminoso, somente o Ministério Público detém a prerrogativa de demandar a decretação das medidas eminentemente investigatórias que demandam autorização judicial, seja em razão da garantia da inviolabilidade de domicílio (artigo 5º, inciso XI), do direito à intimidade (artigo 5º, inciso X) ou, por disposição expressa, da quebra de sigilo telefônico (artigo 5º, inciso XII).

Não obstante, o que se tem observado na prática decisória do INQ 4781 é uma reiterada minimização do papel institucional da Procuradoria-Geral da República. Além de ter tido um pedido de arquivamento sumariamente recusado, a manifestação da Procuradoria-Geral tem sido superada quando da decretação de cautelares submetidas a reserva de jurisdição, que são concedidas a partir de pedidos isolados das autoridades policiais.

Essa contingência motivou o Procurador-Geral da República a propor a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 847, no qual

veicula impugnação “ao art. 2º, caput, da Lei 8.038/1990, c/c o art. 230-C, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na redação da Emenda Regimental 44/2011, para assentar que a determinação judicial das medidas cautelares ali previstas, quando não requeridas pelo Ministério Público, há de ser submetida ao Procurador-Geral da República previamente à sua decretação”.

Tendo em vista as relevantes implicações institucionais para a posição institucional do Ministério Público, o ponto também deve ser objeto de um condicionamento normativo, de modo a garantir a participação prévia do Procurador-Geral da República em relação à decretação de medidas cautelares submetidas a reserva de jurisdição no âmbito dos procedimentos investigativos.

d) ausência de instrumentos de controle de eventuais vícios da investigação;

Para além de incompatível com a Constituição de 1988 e com o arquétipo acusatório nela estabelecido, o procedimento investigatório oficioso previsto no artigo 43 do RISTF é também extremamente lacunoso.

Esse laconismo agrava de forma intolerável a violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e da segurança jurídica. Afinal, como visto, medidas cautelares invasivas como aquelas previstas no artigo 230-C, § 2º, do RISTF¹¹ vem sendo deferidas pelo Ministro Instrutor/Relator mesmo sem prévia manifestação aquiescente do titular da ação

¹¹ “Art. 230-C. Instaurado o inquérito, a autoridade policial deverá em sessenta dias reunir os elementos necessários à conclusão das investigações, efetuando as inquirições e realizando as demais diligências necessárias à elucidação dos fatos, apresentando, ao final, peça informativa.

(...)

§ 2º Os requerimentos de prisão, busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico, bancário, fiscal, e telemático, interceptação telefônica, além de outras medidas invasivas, serão processados e apreciados, em autos apartados e sob sigilo, pelo Relator.”

penal, a partir de requerimentos isolados da autoridade policial.

Além de dificultar o exercício da posição institucional do Ministério Público nos procedimentos investigatórios, a falta de uma disciplina normativa melhor acabada também impede que as pessoas afetadas por medidas cautelares penais concedidas de forma atípica tenham acesso a meios de impugnação suficientemente efetivos. A atipicidade decorre da posição funcional do Ministro Instrutor/Relator, que – além de potencial vítima dos delitos apurados – oficia sob a tríplice condição de gestor probatório, garante de direitos fundamentais dos acusados e curador da atuação omissiva do Ministério Público.

Sabe-se que a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal é historicamente resistente à viabilidade de conhecimento de habeas corpus direcionado contra ato de Ministro, contemplando essa possibilidade tão somente em casos de teratologia. Soma-se a isso a ausência de previsão de um órgão regimental que possa ser acionado por investigados para buscar a apreciação de pedido de reversão de medidas cautelares excessivas.

Tudo isso conforma um quadro de absoluta depleção dos princípios processuais que sustentam o exercício da defesa técnica, deficiência que exige uma atuação normativa dessa Suprema Corte.

Assim, para incrementar a perspectiva de controlabilidade jurídica dos procedimentos instaurados a partir do artigo 43 do RISTF, é necessário endossar e estender o pedido apresentado pelo Procurador-Geral da República no âmbito da ADFP nº 847, para que esse Supremo Tribunal Federal assente, ao menos em relação às medidas cautelares sujeitas à reserva de jurisdição, que devem ser elas (i) condicionadas à prévia oitiva do Procurador-Geral da República; e (ii) submetidas a referendo imediato por órgão colegiado fracionário do Supremo Tribunal, garantindo-se a viabilidade de recurso ao Plenário.

e) possibilidade de participação do Ministro Instrutor/Relator no julgamento de autoridades com foro por prerrogativa de função.

Por último, é indispensável recordar que o artigo 43 do RISTF estabelece uma conexão normativa entre a competência investigatória atípica por delitos cometidos na ambiência do Supremo Tribunal Federal e a condição subjetiva dos suspeitos de cometimento do delito, exigindo que, caso o fato envolva “*autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição*”, o inquérito correspondente seja necessariamente processado por Ministro da Suprema Corte.

Como tantas vezes enfatizado nessa manifestação, há uma extravagante possibilidade normativa de que, em caso de ajuizamento de ação penal contra autoridades com prerrogativa de foro junto ao Supremo Tribunal Federal, o mesmo Ministro Instrutor/Relator venha a participar do julgamento.

Poder-se-ia sustentar que isso não configura problema algum, fazendo um paralelo com o que acontece com o julgamento dos inquéritos judiciais que correm ordinariamente nessa Suprema Corte, em que os Ministros relatores dos inquéritos são também os responsáveis pela relatoria da ação penal. Ocorre que a hipótese do artigo 43 do RISTF é cercada de todas as excepcionalidades até aqui discernidas, nas quais Relator acumula funções inevitavelmente contraditórias.

Assim é que, para preservar o mínimo de imparcialidade, deve ser reconhecida hipótese específica de impedimento, a obstar a participação do Ministro Instrutor/Relator no julgamento de eventuais ações penais futuramente propostas contra autoridades com prerrogativa de foro junto ao Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um patamar imprescindível de legitimidade judicante, sem o qual não é possível cogitar da existência de devido processo legal.

Nesse sentido, o pedido derradeiro que se formula nesta ação é para

que, na hipótese de ser validado o conteúdo do RISTF, sem qualquer limitação ao critério espacial por ele exigido, que seja a sua aplicação necessariamente condicionada à observância: (i) da descritividade concreta dos atos formais de instauração; (ii) da submissão à livre distribuição das notícias de fato que não possuam nexos concretos aparentes com as investigações já instauradas; (iii) da exigência de prévia manifestação do PGR quanto às cautelares penais sujeitas à reserva de jurisdição, sendo insuficiente, para a concretização dessas medidas, a manifestação isolada de autoridade policial; (iv) da submissão das cautelares penais ao referendo de órgão fracionário dessa Suprema Corte, com possibilidade de recurso ao Plenário; e (v) do reconhecimento de hipótese de impedimento a incidir sobre o Ministro Instrutor/Relator, ficando ele afastado do julgamento de futuras ações penais que venham a ser instauradas contra autoridades investigadas que detenham prerrogativa de foro junto a essa Suprema Corte.

III – DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR

É sabido que, para a concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, assim como nas medidas cautelares em geral, faz-se necessária a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Quanto ao primeiro requisito, tem-se que a verossimilhança das alegações expostas na presente inicial restou satisfatoriamente demonstrada, considerando-se a existência de consistente respaldo jurisprudencial em prol da observância dos princípios processuais constitucionais que fundamentam essa ação.

Quanto ao perigo com a demora, é preciso enfatizar a premência para a concessão da medida cautelar, com fundamento no artigo 5º da Lei nº 9.882/1999, para a suspensão do dispositivo regimental aqui impugnado. Isso porque, como é notório, a prática decisória estabelecida como consequência da

aplicação incondicionada do artigo 43 do RISTF tem dado origem a uma série de violações aos direitos fundamentais das pessoas implicadas nas investigações.

Há, ainda, ameaça de futuras violações pois, como antes demonstrado, os atos instrutórios do INQ 4781 não ostentam descritividade concreta, tendo apenas descrito “classes de fatos” sujeitos à investigação, o que tem causado incessante absorção de novos fatos no mesmo procedimento. Tudo isso sob a condução de um único Ministro, que acumula as inconciliáveis funções de gestão probatória, de supervisão dos direitos fundamentais e de curador da atuação do Ministério Público, sem que exista – no RISTF – uma disciplina apta a oferecer aos investigados atingidos por medidas gravosas oportunidades de exercício da ampla defesa e do contraditório.

A gravidade da prática processual é tão acentuada que pode ser enquadrada como espécie de estado de coisas inconstitucional no tratamento de procedimentos instaurados a partir do artigo 43 do RISTF.

Afinal, há violação persistente e difusa de direitos fundamentais dos acusados, há uma omissão do Supremo Tribunal Federal em neutralizar os atos destoantes dos preceitos fundamentais e há um claro bloqueio institucional para o aperfeiçoamento da temática, já que alteração regimental é dependente da iniciativa da Suprema Corte, razão pela qual somente ela pode reparar as violações constitucionais em andamento.

Evidencia-se, destarte, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, razão pela qual se requer a concessão de medida liminar para fixar a suspensão do artigo 43 do RISTF, até o final julgamento do feito.

IV – DO PEDIDO

Com base nas razões que se vem de expor, que evidenciam a

relevância do interesse público a ser tutelado na presente arguição e os elementos de risco concretamente presentes para preceitos fundamentais, pede-se:

- a) liminarmente, **seja determinada a suspensão da eficácia do artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**, até o julgamento do mérito da presente causa pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a grave e persistente desavença existente entre a prática decisória fundada na aplicação dessa norma regimental e os preceitos fundamentais aqui apontados, bem como as ameaças para os direitos fundamentais dos acusados nos procedimentos inquisitórios dele derivados;
- c) sejam colhidas as informações do Congresso Nacional e ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República;
- d) **seja julgado procedente o pedido, declarando-se a não recepção do artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**, ou *subsidiariamente*;
- e) **seja conferida interpretação conforme a Constituição ao RISTF, para fixar que a legitimidade de sua aplicação depende necessariamente da observância do critério espacial nele discernido**, atingindo apenas crimes eventualmente praticados dentro “*da sede ou dependências*” do Supremo Tribunal Federal; ou, ainda;
- f) **seja conferida interpretação conforme a Constituição ao RISTF, para fixar que a legitimidade de sua aplicação exige que os procedimentos investigatórios observem, além das condicionantes fixadas na ADPF nº 572, os padrões**

procedimentais assinalados na parte final da peça, dentre os quais (i) a descritividade concreta dos atos formais de instauração; (ii) a submissão à livre distribuição das notícias de fato que não possuam nexos concretos aparentes com as investigações já instauradas; (iii) a exigência de prévia manifestação do PGR quanto às cautelares penais sujeitas à reserva de jurisdição, sendo insuficiente, para a concretização dessas medidas, a manifestação isolada de autoridade policial; (iv) a submissão das cautelares penais ao referendo de órgão fracionário dessa Suprema Corte, com possibilidade de recurso ao Plenário, e (v) o reconhecimento de hipótese de impedimento a incidir sobre o Ministro Instrutor/Relator, ficando ele afastado do julgamento de futuras ações penais que venham a ser instauradas contra autoridades investigadas que detenham prerrogativa de foro junto a essa Suprema Corte.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, de agosto de 2021.

JAIR MESSIAS BOLSONARO

Presidente da República

BRUNO BIANCO LEAL

Advogado-Geral da União