



COLÉGIO DE PRESIDENTES  
DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS  
DO BRASIL

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O  
INQUÉRITO Nº 4781

ADFP 572

PARECER: Professor RENÉ ARIEL DOTTI

2019

## DEI DELITTI E DELLE PENE

Cesar Beccaria



*Cesar Beccaria*

### XV. ACUSAÇÕES SECRETAS

Desordens evidentes, mas consagradas, e em muitas nações tornadas necessárias pela fraqueza da constituição, eis o que são as acusações secretas. Um tal costume torna os homens falsos e fingidos. Qualquer que pode suspeitar ver no outro um delator, vê nele um inimigo. Os homens, então, habituem-se a mascarar os próprios sentimentos e, com a prática de escondê-los dos outros, acabam enfim por escondê-los de si mesmos. Infelizes os homens quando chegam a este ponto: erram, sem princípios claros e imutáveis que os guiem, perdidos e flutuantes no vasto mar de opiniões, sempre ocupados com salvar-se dos monstros que o ameaçam; vivem o momento presente sempre amargurados pela incerteza do futuro; privados dos duradouros prazeres da tranquilidade e da segurança, apenas uns raros momentos de prazer, dispersos aqui e além na sua triste vida, devorados a toda a pressa e na desordem, os consolam de ter vivido. E é destes homens que nós faremos os intrépidos soldados defensores da pátria ou do trono? E é entre eles que encontraremos os incorruptos magistrados que com livre e patriótica eloquência sustentem e desenvolvam os verdadeiros interesses do soberano, que levam ao trono, com os tributos, o amor e as bençãos de todas as classes de homens, e que assim deem aos palácios às cabanas a paz, a segurança e a laboriosa esperança de melhorar a sorte, fermento útil e vida dos estados? Quem pode defender-se da calúnia, quando ela está armada com o mais forte escudo da tirania: o *segredo*? Que espécie de governo é aquele onde quem reina suspeita em todo o seu súbdito um inimigo e é constrangido, em nome da tranquilidade pública, a retirar a tranquilidade a cada um?

Quais são os motivos com que se justificam as acusações e as penas secretas? A saúde pública, a segurança e a conservação da forma de governo? Mas que estranha constituição essa onde quem detém o poder e a opinião, mais eficaz ainda, receia cada cidadão! A incolumidade do acusador? As leis então não o defendem o suficiente. E haveria súbditos mais fortes do que o soberano! A infâmia do delator? Então permite-se a calúnia secreta e pune-se a pública! A natureza do delito? Se as acções indiferentes, se até as que são úteis ao público se chamam delitos, as acusações e os julgamentos nunca são suficientemente secretos. Pode haver delitos, isto é, ofensas públicas, e ao mesmo tempo não ser do interesse de todos a publicidade do exemplo, ou seja, a publicidade do julgamento? Eu respeito todos os governos, e não falo de nenhum em particular; as circunstâncias por vezes

A handwritten signature in black ink, located in the bottom right corner of the page. The signature is stylized and appears to be a cursive representation of the author's name.

são de tal natureza que pode considerar-se como a pior das coisas a tirar um mal quando ele é inerente ao sistema de uma nação; mas se eu tivesse que ditar novas leis, em qualquer canto abandonado do universo, antes de autorizar uma tal prática, a minha mão tremeria, e teria toda a posteridade diante dos olhos. Montesquieu já o disse: as acusações públicas são mais conformes à república onde o bem público deveria ser a primeira paixão dos cidadãos, do que à monarquia, onde este sentimento é extremamente fraco devido à própria natureza do governo, onde a melhor instituição consiste em nomear comissários que em nome de todos acusem os infractores das leis. Mas qualquer governo, republicano ou monárquico, deve infligir ao caluniador a pena que caberia ao acusado.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Revisão de Primola Vingiano. Ensaio introdutório de José de Faria Costa e Giorgio Marinucci. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 90-92.

# DOS DELITOS E DAS PENAS

---

Cesare Beccaria

Tradução de  
JOSÉ de FARIA COSTA

Revista por  
PRIMOLA VINGIANO

Com dois ensaios introdutórios de  
JOSÉ de FARIA COSTA e GIORGIO MARINUCCI



SERVIÇO DE EDUCAÇÃO  
FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN

Tradução do original italiano intitulado  
DEI DELITTI E DELLE PENE  
de  
CESARE BECCARIA

Edição de Harlem, Livorno, 1766

---

Reservados todos os direitos  
de harmonia com a lei

Edição da Fundação Calouste Gulbenkian  
Av. de Berna | Lisboa  
1998

ISBN 972-31-0816-X

## SUMÁRIO

|      |  |    |
|------|--|----|
| (1)  | Os atos ilegais e abusivos.....  | 2  |
| (2)  | Abertura.....  | 2  |
| (3)  | Introdução.....  | 3  |
| (4)  | Um teatro do absurdo .....   | 5  |
| (5)  | Fundamentos jurídicos (I).....   | 6  |
| (6)  | Fundamentos jurídicos (II).....  | 7  |
| (7)  | Fundamentos jurídicos (III).....   | 11 |
| (8)  | Intolerável contrariedade a dispositivos constitucionais .....   | 15 |
| (9)  | A repercussão geral .....  | 16 |
| (10) | Ética na magistratura e desvio de finalidade na aplicação da lei.....                                  | 18 |
|      | A. <i>A Ética na magistratura</i> .....  | 18 |
|      | B. <i>O código de conduta nos Estados Unidos</i> .....   | 19 |
|      | C. <i>O Código de Ética do reino inglês</i> .....  | 20 |
|      | D. <i>O Código de Ética da Magistratura nacional</i> .....   | 21 |
|      | E. <i>Exemplo histórico de Ética na Magistratura</i> .....   | 21 |
|      | F. <i>O abuso de poder na aplicação da lei</i> .....   | 22 |
|      | G. <i>O desvio de finalidade na aplicação da lei</i> .....   | 23 |
| (11) | Considerações gerais.....  | 24 |
|      | A. <i>Dever de zelar pela respeitabilidade e credibilidade do Poder Judiciário</i> .....               | 24 |
|      | B. <i>O chamado “ativismo judicial”</i> .....  | 25 |
|      | C. <i>A liberdade de expressão popular</i> .....   | 28 |
|      | D. <i>As redes sociais como autênticos instrumentos democráticos de comunicação e informação</i> ..... | 28 |
|      | E. <i>Um direito penal do terror</i> .....   | 29 |
|      | F. <i>Inconstância e insegurança</i> .....   | 30 |
|      | G. <i>Quais são, na verdade, os recursos que “afogam” a pauta do STF?</i> .....                        | 32 |
|      | H. <i>Uma deplorável sequência de paradoxos</i> .....  | 33 |
|      | I. <i>A necessidade da resistência popular aos mitos do poder</i> .....                                | 34 |

René Ariel Dotti

### PARECER

“Desordens evidentes, mas consagradas, e em muitas nações tornadas necessárias pela fraqueza da constituição, eis o que são as acusações secretas. Um tal costume torna os homens falsos e fingidos. Qualquer que pode suspeitar ver no outro um delator, vê nele um inimigo. Os homens, então, habituam-se a mascarar os próprios sentimentos e, com a prática de escondê-los dos outros, acabam enfim por escondê-los de si mesmos. Infelizes os homens quando chegam a este ponto: erram, sem princípios claros e imutáveis que os guiem, perdidos e flutuantes no vasto mar de opiniões, sempre ocupados com salvar-se dos monstros que o ameaçam; vivem o momento presente sempre amargurados pela incerteza do futuro; privados dos duradouros prazeres da tranquilidade e da segurança, apenas uns raros momentos de prazer, dispersos aqui e além na sua triste vida, devorados a toda a pressa e na desordem, os consolam de ter vivido”.<sup>1</sup>

CESARE BECCARIA (1764)

O COLÉGIO DE PRESIDENTES DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS DO BRASIL, representado pelo seu ilustre presidente, Doutor HÉLIO GOMES COELHO JÚNIOR, solicita-me a elaboração de um **Parecer** para instruir manifestação como *amicus curiae* habilitado na **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental** (ADPF nº 572) proposta pelo partido político **Rede Sustentabilidade** (Rel. Min. EDSON FACHIN). A iniciativa judicial questiona a validade jurídica do *Inquérito nº 4781*, aberto por iniciativa do Presidente do Supremo Tribunal, Ministro DIAS TOFFOLI (Portaria GP nº 69, de 14.03.2013), e distribuído diretamente ao Ministro ALEXANDRE DE MORAES para conduzi-lo.

---

<sup>1</sup> BECCARIA, Cesare (1738 - 1794). *Dos Delitos e das penas*, Cap. XV: “ACUSAÇÕES SECRETAS”, tradução do original italiano *Dei delitti e delle pene*, tradução de José de Faria Costa e revisão de Primola Vingiano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 90-92.

René Ariel Dotti

**(1) OS ATOS ILEGAIS E ABUSIVOS**

Diz a Portaria GP nº 69:

O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno,

CONSIDERANDO que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 13, I),

CONSIDERANDO a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), 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,

RESOLVE, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda a sua dimensão,

Designo para a condução do feito o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução.

**(2) ABERTURA**

O COLÉGIO DOS PRESIDENTES DOS INSTITUTOS DOS ADVOGADOS DO BRASIL nasceu do interesse e da necessidade dos Presidentes dos Institutos dos Advogados nos Estados de dialogar e trocar ricas experiências, considerando-se também o fato de que muitos Institutos são centenários e berço da Ordem dos Advogados do Brasil de cada um em suas respectivas unidades federativas.



René Ariel Dotti

A primeira iniciativa do Colégio ocorreu em 19 de setembro de 2007, no Rio de Janeiro, na sede do Instituto dos Advogados Brasileiros, sob a presidência da Dra. MARIA ADÉLIA CAMPELLO RODRIGUES PEREIRA.

Dentre as atividades do Colégio dos Presidentes, destaca-se a edição de obras jurídicas que reúnem o pensamento dos juristas de todo o Brasil. Os temas tratados pela entidade revelam a preocupação com os pilares das carreiras do Direito e da Justiça, além das atividades de pesquisa e difusão de conhecimentos jurídicos no interesse acadêmico e da sociedade em geral. O COLÉGIO DOS PRESIDENTES mantém os ideais, as lutas e as conquistas do memorável INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, fundado no ano de 1843 e que revela uma caminhada que se confunde com a própria história do Brasil.

Presidido por FRANCISCO GÊ ACAIABA DE MONTEZUMA, o IAB nasceu tendo como principal objetivo a criação da Ordem dos Advogados e tem sido, desde então, o guardião das liberdades públicas, dos direitos e das garantias fundamentais.

Até a criação da Ordem dos Advogados, a “Casa de Montezuma”, como o IAB é também chamado por seus sócios, congregava todos os bacharéis residentes na corte e nas províncias, competindo-lhes a elaboração do ordenamento jurídico e a organização legislativa e judiciária no Brasil Império.

Ao longo de sua história, participaram do Instituto ilustres juristas vinculados à formação do pensamento jurídico brasileiro e de nossas instituições públicas, dentre eles: TEIXEIRA DE FREITAS, RUY BARBOSA, NABUCO DE ARAÚJO, CLOVIS BEVILÁQUA e ANDRÉ FARIA PEREIRA.

### (3) INTRODUÇÃO

O **Juiz** (*em nome do Tribunal*) determina, de ofício, a abertura de um inquérito criminal e escolhe um **Juiz** de sua confiança<sup>2</sup> para conduzir o

---

<sup>2</sup> Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, Capítulo III Da Distribuição. “**Art. 66. A distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado,**



feito. Ao **Juiz-investigador** foram deferidas amplas atribuições para: (a) decretar o segredo das averiguações;<sup>3</sup> (b) ordenar medidas cautelares de restrição à liberdade; (c) determinar o sigilo dos autos<sup>4</sup>; (d) autorizar buscas e apreensões domiciliares e pessoais<sup>5</sup>; (e) permitir a interceptação de comunicações telefônicas<sup>6</sup>; (f) valer-se de meios para obtenção de prova relativos às hipóteses de organização criminosa<sup>7</sup>; (g) restaurar a malsinada censura prévia, como um dos instrumentos do regime autoritário dos governos militares (1º. 04. 1964 -15.01.1985)<sup>8</sup>, e dirigi-la contra a revista digital jornalística **Crusoé** para impedir a divulgação do artigo “*O amigo do amigo de meu pai*”. Ocorre que, antes mesmo da revogação do ato por seu próprio signatário, a matéria proibida foi difundida intensamente nas redes sociais, em emissoras de rádio e de televisão, em manchetes de inúmeros jornais e ganhou vários minutos no *Jornal Nacional*, principal noticiário da Rede Globo, além de outras plataformas de ressonância coletiva.

A exumação da **censura prévia**, expressamente vedada pela Carta Política de 1988,<sup>9</sup> efetivamente permite constatar que ela chegou sim a “contrariar dispositivo desta Constituição”<sup>10</sup>. E que o (eventual) *arrependimento não foi eficaz*, porque a consumação da censura prévia já havia ocorrido há vários dias (13-18, abr.).

A prevalecer em seu caminho errante, o teratológico Inquérito nº 4781 deverá ser relatado pelo **Juiz-investigador**. E depois? Os autos serão remetidos ao Ministério Público Federal para os devidos fins? Quais seriam eles, se a chefe do *parquet* já se manifestou pela nulidade *ex radice* do procedimento?

---

**acionado automaticamente**, em cada classe de processo”. (Redação dada pela Emenda Regimental nº38, de 11 de fevereiro de 2011). (Negritos meus).

<sup>3</sup> CPP, art. 20.

<sup>4</sup> Em flagrante desrespeito à Súmula Vinculante STF nº 14 e art. 23 da Lei nº 12.852/2013.

<sup>5</sup> CPP, art. 240 e ss.

<sup>6</sup> Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

<sup>7</sup> Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (art. 3º).

<sup>8</sup> Eleição de TANCREDO NEVES (1910-1985), Presidente da República Federativa do Brasil.

<sup>9</sup> CF, art. 220. (...). § 1º (...). § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

<sup>10</sup> CF, art. 102, III, **a**.

René Ariel Dotti

Complementos: (a) a portaria não menciona indiciados<sup>11</sup>; (b) não indica o tempo e o lugar os fatos objeto da investigação; (c) o Ministério Público não participa da investigação; (d) o Ministério Público opinou pelo arquivamento dos autos; (e) a manifestação foi indeferida.

#### (4) UM TEATRO DO ABSURDO

O chamado *Teatro do Absurdo* foi produzido por geração de dramaturgos surgidos após a II Guerra Mundial, a exemplo de BECKETT (*Esperando Godot, Happy Days*) IONESCO (*O rinoceronte, As cadeiras*) e ARTHUR ADAMOV (*A invasão, Todos contra todos*) e constitui uma legítima e autêntica forma de criação e de expressão da liberdade anárquica. Assim, e coerentemente, no Teatro do Absurdo, a *plot* traduz verdades que estão submersas do consciente coletivo. Nessa recriação do mundo, da vida e do homem o tema é (aparentemente) absurdo, assim como o texto, o diretor, os intérpretes, o cenógrafo. Mas a identificação como “*absurdo que se passa no palco*” é do espectador. O juiz determina o inquérito, outro juiz investiga e o tribunal julga. Um processo de tal natureza é uma aberração forense e seus atos são característicos do *absurdo* no processo penal.

A perseguição judicial movida pelas autoridades já nominadas tem um inequívoco componente de nostalgia do regime dos governos militares. Com efeito, para (tentar) evitar o texto, a caricatura e o humor como expressões inteligentes de crítica ao abuso de poder, os generais e os censores invadiram a redação do *Pasquim*<sup>12</sup> com o propósito de empastelá-lo e prenderam alguns de seus talentosos e prestigiados jornalistas.

Há mais um detalhe para confirmar a absurdidade. Um precedente específico da Corte Maior, relatado pelo próprio condutor do procedimento em análise, desnuda o paradoxo e serve como singular modelo de contradição. *Verbis*:

---

<sup>11</sup> CPP, art. 6º, inc., V.

<sup>12</sup> O *hebdomadário* (26.06.1969-11.11.1991) foi o destaque jornalístico contra a ditadura militar, principalmente após a edição do AI nº 5 (13.12.1968). O *Pasquim* passou, então, “a ser porta-voz da indignação social brasileira”. Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/O\\_Pasquim](https://pt.wikipedia.org/wiki/O_Pasquim) (Acesso em 19.07.2019).

“CONSTITUCIONAL (...) procedência. 1. O sistema acusatório 1. O sistema acusatório consagra constitucionalmente a titularidade privativa da ação penal *ao Ministério Público (CF, art. 129, I), a quem compete decidir pelo oferecimento de denúncia ou solicitação de arquivamento do inquérito ou peças de informação, sendo dever do Poder Judiciário exercer a ‘atividade de supervisão judicial’* (STF, Pet. 3.825/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES), fazendo cessar toda e qualquer ilegal coação por parte do Estado-acusador (HC 106.124, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, DJe de 10/9/2013). 2. **Flagrante inconstitucionalidade do artigo 379, parágrafo único do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, que exclui a participação do Ministério Público na investigação e decisão sobre o arquivamento de investigação** contra magistrados, dando ciência posterior da decisão.<sup>13</sup> 3. Medida Cautelar confirmada. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente”.<sup>14</sup>

No caso concreto, o “espectador” é composto pelo imenso número de operadores do sistema criminal (advogados, membros do Ministério Público, juízes, professores e estudantes de Direito que se mostram totalmente surpresos e profundamente decepcionados com as erronias monocráticas e coletivas do Tribunal.

**Nunca um inquérito criminal sigiloso tornou-se tão comentado nacionalmente!**

## **(5) FUNDAMENTOS JURÍDICOS (I)**

A petição inicial é de uma clareza de sol mediterrâneo. Como síntese, vale transcrever:

“Os artigos 43 e ss. do Regimento Interno do STF (RISTF), como invocados pela Portaria GP nº 69/2019, trata (*sic*) do poder de polícia nas dependências do STF e foram regulamentados pela Resolução nº 564, de 6 de novembro de 2015, editada pela Presidência do STF e publicada no DJe de 9/11/2015.

<sup>13</sup> Os destaques são meus.

<sup>14</sup> STF, (ADI 4693, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 29-10-2018 PUBLIC 30-10-2018) (Os destaques são meus).

René Ariel Dotti

O artigo 43 do RISTF prevê: 'Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependências do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro'.

A Resolução nº 564/2015, em seu art. 1º, parágrafo único, diz que o exercício de poder de polícia 'destina-se a assegurar a boa ordem dos trabalhos no Tribunal, proteger a integridade de seus bens e serviços, bem como a garantir a incolumidade dos ministros, juízes, servidores e demais pessoas que o frequentam'.

Mais do que claro, então, que o poder de polícia a que se refere os artigos 43 e ss do RISTF se destina, exclusivamente, a garantir a ordem nas dependências do STF.

Caso ocorra uma infração à lei penal **na sede ou dependência do Tribunal**, o art. 2º da Resolução nº 564/2015 prevê que 'o Presidente instaurará inquérito se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro ministro'.

Os requisitos, então, para a aplicação dos artigos 43 e ss. do RISTF, e possibilidade de instauração de ofício do 'inquérito interno', como bem esclarece a Resolução nº 564/2015, na hipótese de infração à lei penal é (1) o fato ocorrer na sede ou dependência do Tribunal; (2) envolver autoridade ou pessoa sujeita à jurisdição do STF.

E o §2º do art. 2º da referida Resolução sepulta qualquer dúvida que poderia ainda permanecer: '*Nas demais hipóteses, o Presidente poderá requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente*', no caso a polícia judiciária ou o Ministério Público, que também detém poder investigatório.

Cristalino, Exmo. Sr. Ministro, que o sistema previsto nos arts. 43 e ss., conjugados com a Resolução nº 564/2015, não pode ser utilizado para crimes praticados fora da sede e dependências do STF, muito menos quando o 'autor do fato' não tiver sujeito à jurisdição do STF".<sup>15</sup>

## **(6) FUNDAMENTOS JURÍDICOS (II)**

O Direito Processual Penal chegou ao novo século afastando-se do modelo inquisitivo de outrora. Não há mais unidade entre julgador e acusador; a prisão processual não é a regra; a publicidade do procedimento garante sua transparência e a ampla defesa e o contraditório permitem um processo justo. Vive-se, pois, a era de um processo penal democrático,

---

<sup>15</sup> Petição inicial, p. 4 e 5.

iluminado pelos preceitos constitucionais e embebido do sistema acusatório.

Com efeito, no infindável debate entre os sistemas inquisitivo e acusatório, é elementar que apenas este é compatível com um processo penal democrático e constitucional. Conforme ALBERTO BOVINO<sup>16</sup>: “(...) *la única opción posible, si pretendemos establecer un procedimiento penal que no vulnere las exigencias mínimas del Estado de derecho, consiste en la transformación de las prácticas de la justicia penal a través de la realización de los principios sustanciales derivadas del sistema acusatorio.*”

O sistema acusatório tem por base o princípio dialético. Suas principais características, segundo PAOLO TONINI<sup>17</sup>, são a iniciativa probatória das partes, o contraditório, a oralidade, o limite de admissibilidade das provas, a presunção de inocência e o limite à custódia cautelar. Além destas, JOSÉ ANTÔNIO BARREIROS acrescenta a imparcialidade do julgador e a publicidade.<sup>18</sup> Talvez a mais importante de todas as características é lembrada por ROBERTO FALCONE: “(...) *la rígida separación del juez de la acusación.*”<sup>19</sup>

Em notável síntese, FRANCO CORDERO<sup>20</sup> afirma que o referido sistema “es un espectáculo dialéctico, una lucha atlética, un combate abierto”, no qual “el proceso se presenta insensible a la sobrecarga ideológica de donde se deriva la observación inquisitorial.” Por isso, é a estrutura acusatória – democrática e de base constitucional – que permite um processo penal garantista, apto a tornar efetivos os direitos e garantias fundamentais.<sup>21</sup>

O processo penal brasileiro adota o sistema acusatório. Com efeito, o art. 5º, § 2º da Constituição declara:

---

<sup>16</sup> BOVINO, Alberto. *Los principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 38. Os destaques em itálico são meus.

<sup>17</sup> TONINI, Paolo. *Lineamenti di Diritto processuale penale*. 5. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 4-5.

<sup>18</sup> BARREIROS, José Antônio. *Processo Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p. 12.

<sup>19</sup> FALCONE, Roberto A. *Las garantías del imputado frente a la persecución penal estatal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 53. (Destaques em itálico são meus).

<sup>20</sup> CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 86. (Destaques em itálico são meus).

<sup>21</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A reforma do Código de Processo Penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 31, jul./set. 2000, p. 65-66.

René Ariel Dotti

*“Os direitos e as garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”*

No caso concreto, serve de paradigma que se ajusta ao dispositivo o art. 32º, item 5, da Constituição da República Portuguesa, que especifica as garantias de processo criminal:

*“O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”.*<sup>22</sup>

Considerando-se a aparente superposição das condições de julgador e de vítima, torna-se elementar as releituras sobre (a) a isenção do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXVII) (b) o Código de Ética da Magistratura Nacional, art. 8º; (c) a distribuição constitucional de competências quanto ao exercício de poderes persecutórios (CF, art. 129, VIII e art. 144, §1º, IV).

O Juiz tem o dever de impulsionar um procedimento criminal na hipótese do art. 40 do Código de Processo Penal<sup>23</sup>, mas não pode usurpar o exercício da função do titular da investigação<sup>24</sup> ou da ação penal (CF, art. 29, I). A *impessoalidade* dos atos é uma das exigências fundamentais dentre os princípios reguladores da administração pública (CF, art. 37, *caput*). É de se tolerar a emulação de atividade típica de terceiro quando o Judiciário deparar com grave deficiência de atuação da instituição organicamente encarregada, ou nos casos expressamente previstos em lei, como, p.ex., investigação por juiz/tribunal quando houver indício de crime cometido por magistrado<sup>25</sup>. Porém, desafia o primado da subsidiariedade o voluntarioso e exclusivo exercício de poder instrutório pelo Juiz, independentemente de falta da atuação do órgão adequado (Polícia Judiciária ou Ministério

<sup>22</sup> VII Revisão Constitucional (2005).

<sup>23</sup> “Quando em autos ou papéis de que conhecerem, os juizes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”.

<sup>24</sup> Sobre o poder de investigação pelo Ministério Público: STF, RE 593727, Rel. p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 4.9.15.

<sup>25</sup> Lei Complementar nº 35/1979 (LOMAN), art. 29.

Público). A ausência de complementaridade na atuação judicial, portanto, é indício suficiente da subversão de funções, em especial porque nada sugere que as instituições apropriadas não poderiam fazê-lo; antes o contrário: a PGR, em sua manifestação, expôs suas tentativas frustradas de *avocar* o procedimento.

A decretação de sigilo absoluto da investigação sem delimitação razoável do seu objeto, sem explicitação da base empírico-factual para a restrição aguda de publicidade<sup>26</sup> é absolutamente inédita na rotina do processo penal brasileiro. É de elementar sapiência que, mesmo nas hipóteses de apuração dos mais graves crimes, a defesa não pode ser interdita. É exemplar a regra do art. 23 da Lei nº 12.852/2013: ***“O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade policial competente, para garantia da celeridade e da eficiência das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvando-se os referentes às diligências em andamento”***. A esse respeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já é consagrada pela **Súmula Vinculante nº 14: *“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados, em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”***.

Nunca é demasiada a releitura do iluminado texto de JOÃO MENDES sobre as relações entre Constituição e o processo penal. Vale transcrever:

*“O processo criminal, tem seus princípios, suas regras, suas leis; princípios fundamentalmente consagrados nas constituições políticas; regras cientificamente deduzidas da natureza das cousas; leis formalmente dispostas para exercer sobre os juizes um despotismo salutar, que lhes imponha, quasi mecanicamente a imparcialidade. Por isso, todas as constituições políticas consagram, na declaração dos direitos do homem e do cidadão, o solemne compromisso de que ninguém será sentenciado sinão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada. As leis do processo são o complemento necessario das leis*

<sup>26</sup> *Verbi gratia*: CPP, art. 20; CPC, art. 189; Lei nº 21.850/2013.

constitucionaes; as formalidades do processo são as actualidades das garantias constitucionaes. Si o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discricção dos juizes, a justiça marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbitrios, seria uma occasião constante de desconfianças e surpresas.”<sup>27</sup>

## (7) FUNDAMENTOS JURÍDICOS (III)

O Parecer emitido pela Procuradora-Geral da República RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE constitui autêntica lição de Direito para colocar o assunto no plano da racionalidade e do bom senso. A correta leitura da Constituição, o rigor doutrinário e a indicação de precedentes absolutamente adequados lembram-me da leitura de uma antológica *Oração de Sapiência* proferida pelo Mestre MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE na abertura do curso de Direito em Coimbra.<sup>28</sup> Embora parcialmente, é oportuno transcrever a opinião ministerial:

### “II.a. Afronta ao sistema penal acusatório instituído pela Constituição

O Inquérito 4781, em matéria de competência para instauração e condução, fere o sistema penal acusatório instituído na Constituição de 1988, em seus pilares fundamentais.

Com efeito, a Constituição de 1988, ao estabelecer o primado da democracia<sup>29</sup>, também instituiu o sistema penal acusatório e um conjunto de garantias individuais necessárias para assegurar um julgamento penal justo,

<sup>27</sup> JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR, *O Processo Criminal Brasileiro*, Rio de Janeiro: Typografia Baptista de Souza, 3. ed., 1920, vol. I, p. 8/ 9. (Ortografia do original).

<sup>28</sup> “Sentido e valor da jurisprudência”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*: Coimbra Editora Ltda, 1973, p. 38.

<sup>29</sup> “Os sistemas processuais penais adotados em cada país – em sua maioria, sistema penal inquisitorial e sistema penal acusatório – refletem o nível de garantias de um julgamento justo para o investigado: regimes totalitários oferecem reduzidas garantias individuais durante a investigação e a ação penal, e historicamente adotam o modelo inquisitorial; enquanto regimes democráticos adotam o modelo acusatório, que separa as funções de acusar, defender e julgar; além de oferecer contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

A razão para estas opções históricas parece estar no fato que Estados totalitários alcançam seus fins valendo-se das características próprias do sistema inquisitorial, em especial a concentração das funções de investigar e julgar, no processo penal, nas mãos de um só agente do Estado, no caso, os magistrados.

Daí que, para servir aos ideais dos regimes totalitários, o sistema inquisitorial é marcado pela reunião das funções de acusar e julgar em um só sujeito, o magistrado inquisidor”.



## René Ariel Dotti

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

(...)

A razão de ser do sistema acusatório, baseado na separação de funções estatais, é muito relevante: se o órgão que acusa é o mesmo que julga, não há garantia de imparcialidade e haverá tendência em condenar o acusado, o que estabelece a posição de desvantagem do acusado na partida da ação penal. Por mais que se lhe assegure o direito de defesa, o modelo inquisitorial diminui a confiança e a credibilidade no sistema de justiça. O viés de o juiz confirmar, na sentença, a sua própria acusação é uma variável que não pode ser descartada no sistema inquisitorial. Daí logo se percebe que a finalidade que alimenta o sistema acusatório é a necessidade de se garantir que investigados e acusados em processo penal sejam julgados por um juiz **neutro e imparcial**<sup>30</sup>, livre de pré compreensões decorrentes da sua prévia atividade de preparar a investigação ou a acusação.

Para que o princípio central que anima o sistema acusatório seja realmente alcançado (garantir julgamentos por juízes **imparciais e neutros**), não basta que o juiz que julgue não seja o mesmo que acuse, é necessário também que o juiz que julgue não seja o mesmo que investigue os fatos que, a seguir, constarão da acusação. É que o juiz que investiga se vincula, ainda que inconscientemente, aos resultados da sua investigação, o que lhe diminui a

---

<sup>30</sup> Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema acusatório e papel institucional do Ministério Público. (...)2. "A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes." (...) (ADI 5104 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2014)".

## René Ariel Dotti

capacidade de avaliar com distanciamento a acusação posteriormente feita por outro órgão<sup>31</sup>.

Justamente por isso um pilar do sistema penal acusatório é a baliza de que juízes devem **se manter distantes** da fase pré-processual de coleta das provas necessárias à formação da *opinio delicti* e à formulação da acusação, **nela atuando apenas quando provocados** pelas partes (princípio do *ne procedat iudex ex officio*, ou *nemo iudex sine actore*); e, ainda assim, apenas para decidir questões legais, jamais para análise da linha investigativa, ou da conveniência ou oportunidade na produção probatória. Como decorrência desse pilar central do sistema acusatório, para que o sistema processual penal seja genuinamente acusatório, (a) magistrados não devem instaurar investigações sem prévia provocação dos órgãos de persecução penal e (b) na fase de investigação, magistrados não devem ter iniciativa probatória, cabendo essa atividade ao órgão de acusação (no Brasil, ao Ministério Público), destinatário da prova produzida.

Descumpridos tais preceitos, traços do sistema inquisitorial revelam-se enodoando o sistema penal acusatório.

É precisamente o que ocorre no Inquérito 4781, cuja instauração foi feita por magistrado e cuja condição investigatória está sendo feita por magistrado, sem participação do Ministério Público, em afronta à Constituição e ao sistema acusatório.

(...)

Nas informações que prestou ao Ministro Edson Fachin nestes autos, o Ministro Dias Toffoli justificou o uso do art. 43 do RISTF para instaurar de ofício do Inquérito 4781 argumentando que *'os Ministros do Supremo Tribunal Federal têm jurisdição em todo o território nacional (CF, art. 92, §2º) e o representam em todo o país. Ao praticar infração contra os Ministros, ofende-se o próprio STF, já que eles são órgão do Tribunal'*.

Esta 'interpretação' do art. 43 do RISTF não se coaduna com a norma, que não equipara *'sede ou dependência do Tribunal'* a *'Ministros do Tribunal'*. Há uma extrapolação das possibilidades semânticas das expressões contidas na

<sup>31</sup> Justamente por isso, não há como concordar com o argumento utilizado pelo Ministro ALEXANDRE DE MORAES para rejeitar a promoção de arquivamento do Inquérito 4781 formulada pela PGR, no sentido de que "o sistema acusatório de 1988 concedeu ao Ministério Público a privatividade da ação penal pública, porém não a estendeu às investigações penais, mantendo a presidência dos inquéritos policiais junto aos delegados de Polícia Judiciária e, excepcionalmente, no próprio Supremo Tribunal Federal, por instauração e determinação de sua Presidência, nos termos do 43 do Regimento Interno – como se o fato de o juiz realizar atos de investigação, mas não formular a acusação, fosse suficiente a satisfazer as exigências do sistema acusatório".

René Ariel Dotti

norma que esbarra na Constituição e em seu sistema penal acusatório: este é o ponto nodal desta manifestação.

É extremamente relevante zelar pela integridade Corte e de seus juízes (art. 13-I do RISTF). Todavia, sem ampliar a incidência da norma regimental para situações que possam ferir a Constituição.

(...)

Seguindo essa linha, em histórico julgamento, o STF definiu que a **iniciativa do procedimento investigatório originário cabe exclusivamente à PGR**, que deve requerer a sua instauração àquela Corte Suprema. Tal iniciativa não cabe sequer à Polícia, segundo decidido nesse mesmo julgamento. Confira-se:

Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. **A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF. 10. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF).** No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, 'b' c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*. 11. Segunda Questão de Ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado. 12. Remessa ao Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso para a regular tramitação do feito<sup>32</sup>.

Em decisão proferida nos autos do Inquérito 2285, o Ministro Gilmar Mendes destacou a impossibilidade de instauração de ofício de Inquéritos por Ministros do STF:

'Não cabe a esta Corte 'determinar' a instauração de inquérito policial para a apuração de crime de ação pública incondicionada, ressalvados aqueles

---

<sup>32</sup> "Pet 3825 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2007".

praticados no âmbito da própria Corte e que possam dizer respeito ao exercício de sua própria competência, constitucional ou legal (RISTF, art. 8º, inciso IV)<sup>33</sup>.

Dessa forma, o Inquérito 4781 não encontra respaldo no art. 43do RISTF, e afronta as regras do Regimento do STF que dispõem sobre as formas de instauração de Inquéritos originários. O mais importante é que tal investigação, instaurada de ofício por magistrado, ofende o sistema acusatório previsto na Constituição, o qual exige que magistrados mantenham-se distantes da fase pré-processual de colheita de provas, como forma de garantir a sua imparcialidade e neutralidade, estas também garantias individuais constitucionalmente asseguradas<sup>34</sup>.

#### **(8) INTOLERÁVEL CONTRARIEDADE A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS**

A proibição imposta pelo **juiz-investigador**, alijando, abusivamente, o Ministério Público do cenário dos fatos e do Direito transcende os limites da ciência jurídica para se transformar em lance típico do Surrealismo, o movimento renovador europeu surgido em Paris (1924) com o objetivo de refutar os valores e os padrões impostos pela “sociedade burguesa”.

Retornando, porém, ao *intervalo lúcido* para observar as entranhas do fantástico Inquérito n° 4781, é necessário pontuar as violações à Constituição: (a) art. 5º, LIII (regra do juiz natural); (b) art. 5º LIV (devido processo legal); (c) art. 5º, LX (restrição da publicidade); (d) art. 5º, § 2º (reconhecimento de outros direitos e garantias expressos na Constituição); (e) art. 93, IX (publicidade de julgamentos); (f) art. 129, I (privatividade da ação penal); (g) art. 129,II (zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição); (h) art. 129, VII (controle externo da atividade policial); (i) art. 129, VIII (diligências investigatórias e inquérito policial); (j) art. 144,§ 1º, I (atribuições da Polícia Federal).

Nothing more needs to be said!

<sup>33</sup> “Inquérito n. 2285/DF, decisão proferida em 3.3.2006”.

<sup>34</sup> N.º 538/2019 – LJ/PGR, Sistema Único n.º 126388/2019, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 572.

**(9) A REPERCUSSÃO GERAL**

A insopitável repercussão geral da inusitada investigação criminal ganhou notáveis marcos de sensacionalismo, de espanto e de agressão aos postulados essenciais da segurança jurídica de um Estado Democrático de Direito. É evidente que após os comentários de interior dos gabinetes ministeriais o assunto passou da Praça dos Três Poderes para destacar-se como furo jornalístico. E daí até onde?

A inicial registra:

“Tendo em vista a amplitude do objeto da apuração, que sequer menciona artigos do Código Penal, e a ausência de identificação dos fatos (delimitação objetiva) e das pessoas a serem investigadas (delimitação subjetiva), alguns veículos de informação arriscaram palpites diversos. Vejamos:

**Por Jornal Nacional - 14/03/2019 - 21h45:** ‘A motivação é que ministros entendem que é preciso ter medidas concretas e rápidas em relação ao que consideram ser conteúdo criminoso contra integrantes do Supremo, algo que ultrapassa o limite da expressão de opinião. [...] Também disseram que há uma avaliação do Supremo de que inquéritos que envolvem ofensas contra ministros não têm andado. Um exemplo citado foi o caso de um passageiro que insultou o ministro Ricardo Lewandowski durante um voo. Ministros também consideram que o relatório vazado de uma unidade da Receita Federal contra o ministro Gilmar Mendes apontou acusações sem provas.’<sup>1</sup>

**Folha de S. Paulo - 14.mar.2019 às 14h52:** ‘O escopo do inquérito, aberto de ofício por Toffoli, é bem amplo. Entre possíveis alvos da apuração estão os procuradores da força-tarefa da Lava Jato em Curitiba que teriam, no entendimento de alguns ministros, incentivado a população a ficar contra decisões do Supremo, como Deltan Dallagnol e Diogo Castor’.<sup>2</sup>

**Jota - 14/03/2019 - 15:22:** ‘O presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, anunciou, nesta quinta-feira (14/03), que determinou a abertura de inquérito para apurar ataques e críticas feitas ao tribunal e seus integrantes. Devem ser alvos de investigação notícias fraudulentas e denúncias caluniosas. O inquérito tem policial para atingir, por exemplo, procuradores da Lava Jato, integrantes do governo e parlamentares’.<sup>3</sup>

**Estadão - 14/03/2019 - 14:53:** ‘Informações confidenciais recebidas pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Dias Toffoli, foram a gota

## René Ariel Dotti

d'água para que ele determinasse nesta quinta-feira, 14, a instauração de um inquérito destinado a investigar uma série de ofensas à Corte enviadas em correntes de WhatsApp, além de críticas postadas nas redes sociais por integrantes da Operação Lava Jato. O inquérito não cita nomes, mas entre os alvos estão os procuradores Deltan Dallagnol e Diogo Castor, além de auditores da Receita Federal'.<sup>4</sup>

Nota-se, assim, que o inquérito nº 4781, que tramita em sigilo absoluto, ficando indisponível qualquer informação sobre crimes e investigados, pode ser direcionado, inclusive, contra jornalistas, parlamentares, membros do governo, membros do Judiciário e Ministério Público, detentores de foro especial, além da Cidadania em geral".<sup>35</sup>

1. <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/03/14/toffoli-abre-inquerito-para-investigar-mensagens-falsas-e-ataques-ao-stf.ghtml>
2. <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/toffoli-abre-inquerito-para-apurar-fake-news-e-ameacas-contr-ministros-do-stf.shtml>
3. [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/toffoli-inquerito-criticas-14032019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/toffoli-inquerito-criticas-14032019)
4. <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/toffoli-abre-inquerito-para-investigar-fatos-relacionados-a-noticias-falsas-contr-a-corte/>

Mas para muito além dos veículos impressos de comunicação social, as mídias eletrônicas e as redes sociais pluralizaram ao infinito o nefasto abuso judiciário. Na comunidade de operadores do Direito e da Justiça pode-se contabilizar: (a) são **1.552** (mil quinhentos e cinquenta e dois) Delegados Federais em atividade; (b) são **1.030** (mil e trinta) Delegados Federais aposentados; (c) são **11.304** (mil e trinta e quatro) delegados de Polícia Civil<sup>36</sup>; (d) são **1.219.779** (um milhão, duzentos e dezenove mil, setecentos e setenta e nove advogados)<sup>37</sup>; (e) Instituto dos Advogados Brasileiros: são **1.186** (mil, cento e oitenta e seis) advogados associados

<sup>35</sup> Trechos da petição inicial, p. 2 e 3. Os negritos são do original.

<sup>36</sup> Indisponibilidade atual. O número referido é de uma reportagem da *Folha de São Paulo*, de 18.11.2008. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1811200801.htm>. Acesso em 19 de julho de 2019.

<sup>37</sup> Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. (Acesso em: 5 jul.2019).

efetivos; **144** (cento e quarenta e quatro) associados honorários; **125** (cento e vinte e cinco) associados remidos; **1** (um) associado benemérito; No final de 2018 o número de Cursos de Direito no Brasil somou 1.517.

Obviamente esse levantamento mostra tão só uma parte do grande universo de agentes públicos, profissionais e estudiosos do Direito, membros de entidades corporativas, alunos e professores – e a variedade calidoscópica de boateiros – que certamente jamais irão *entender o comando imperial* para a estranha reunião das funções (acusar, investigar e julgar) estar afeta a um único Poder.

## **(10) ÉTICA NA MAGISTRATURA E DESVIO DE FINALIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI**

### **A. A Ética na magistratura**

“Quando se trata de observar uma regra estabelecida, caímos na parte da justiça formal que coincide com o que Dupréel chama de justiça estática e cujo papel está longe de ser desprezível na vida prática, pois ela constitui o fundamento da justiça na aplicação do direito positivo. Mas, se se deseja que a justiça formal não seja uma fórmula vazia fora do direito positivo, seja em moral ou em direito natural, é indispensável eliminar, na medida do possível, a *arbitrariedade* das regras que ela deve aplicar”.<sup>38</sup>

Em brilhante monografia *Ética, Direito, Moral e Religião no mundo moderno*, KONDER COMPARATO analisa as instituições jurídicas que formam o arcabouço de uma democracia em um Estado democrático e, com respeito à aplicação da lei, adverte: “*Se os tribunais tivessem, em cada caso, o poder arbitrário de definir seu próprio critério de julgamento, haveria a institucionalização do abuso, com o desrespeito ao princípio cardeal de justiça*”.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 53. (Itálico do original).

<sup>39</sup> KONDER COMPARATO, Fábio. Ob. cit., São Paulo: São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 675. (Destques meus).

## **B. O código de conduta nos Estados Unidos**

Nos EUA, desde 1973 há um Código de Conduta que vincula a atuação dos magistrados em geral em nível federal.<sup>40</sup> No documento, destacam-se 4 (quatro) cânones vinculantes, isto é, que devem ser observados pelos juízes ao exercerem suas funções. A seguir, as explicações do próprio Código sobre tais valores<sup>41</sup>:

- (1) *O Juiz deve manter a integridade e independência do Judiciário: reforçando padrões de condutas íntegras o magistrado preserva a sua independência;*
- (2) *O Juiz deve evitar impropriedades e aparência de impropriedades em todas as suas atividades: o que se faz respeitando a lei – é o que promove a confiança da sociedade na imparcialidade do Judiciário – rechaçando influências externas e não se filiando a instituições discriminatórias;*
- (3) *O Juiz deve desempenhar os deveres do seu cargo de forma justa, imparcial e diligente: seus deveres se sobrepõem a todas as suas outras atividades;*
- (4) *O Juiz poderá desempenhar atividades extrajudiciais desde que sejam compatíveis com as obrigações de seu cargo: atividades que se distanciam da dignidade de suas funções judicantes ou interfiram com suas obrigações de magistrado estão proibidas;*

Embora não haja um código semelhante específico para a Suprema Corte dos EUA, seu presidente, Ministro **John Roberts**, afirmou que o Código de Conduta já existente pode ser utilizado por ela como referência para questões éticas<sup>42</sup>.

\*\*\*\*\*

---

<sup>40</sup> U.S. Courts. Guide to Judiciary Policy. Ethics and Judicial Conduct. Code of Conduct for United States Judges. Disponível em [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/code\\_of\\_conduct\\_for\\_united\\_states\\_judges\\_effective\\_march\\_12\\_2019.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/code_of_conduct_for_united_states_judges_effective_march_12_2019.pdf). (Acesso em 17 de junho de 2019).

<sup>41</sup> As traduções são minhas.

<sup>42</sup> Slate. Jurisprudence. “Why Won’t John Roberts Accept an Ethics Code for Supreme Court Justices?”, por Steven Lubet, em 16 de janeiro de 2019. Disponível em <https://slate.com/news-and-politics/2019/01/supreme-court-ethics-code-judges-john-roberts.html>. (Acesso em 17 de junho de 2019).



### c. O Código de Ética do reino inglês

Em 2009, a Suprema Corte do Reino Unido adotou um Guia de Conduta Judicial que passou a vincular todos os seus ministros (sem prejuízo de ser observado pelos demais magistrados).<sup>43</sup> Em sua palavra de abertura, consta que o documento define os padrões éticos que a sociedade espera da Corte, bem como informa o público sobre como seus juízes deverão se comportar.

Dentre os vários princípios destacados no Guia, consta que “integridade é essencial para a entrega adequada da jurisdição” (item 1.2, iii) e que “conduta apropriada e a aparência de conduta apropriada são essenciais para a consecução de todas as atividades do juiz” (item 1.2, iv, *itálicos meus*). Nesse sentido, os ministros deverão “evitar situações que poderão reduzir o respeito público pelo trabalho de seu gabinete, ou lançar dúvidas sobre sua imparcialidade como juízes, ou expô-los à acusação de serem dissimulados” (item 4, Integridade, 4.2). No quesito “imparcialidade”, o Guia exorta os ministros a “assegurar que sua conduta, tanto dentro quanto fora da corte, mantenham e aumentam a confiança do público, dos operadores do direito e dos litigantes na imparcialidade do magistrado individual e do Tribunal” (3, 3.1).

\*\*\*\*\*

A aplicação abusiva do art.43 e seguintes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, dando-lhes um sentido incompatível com a sua *mens legis*, configura, inequivocamente, uma ofensa ética<sup>44</sup> aos critérios elementares da hermenêutica. Os ilustres ministros da Corte Maior ou sejam: o redator da arbitrária Portaria nº 69/2013 e o executor da resolução ali contida, certa e inequivocamente sabem que as disposições referidas

---

<sup>43</sup> Suprema Corte do Reino Unido, *Guide to Judicial Conduct* (2009). Disponível em <https://www.supremecourt.uk/docs/guide-to-judicial-conduct.pdf>. (Acesso em 3 de julho de 2019).

<sup>44</sup> A propósito, SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo: “*Ética é a teoria ou ciência do comportamento moral os homens em sociedade*. Ou seja, é uma forma específica de comportamento humano”. *Ética*, tradução de João Dell’Anna, 23. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 23. (*Itálicos do original*).



como suporte para a abertura de investigação criminal têm uma objetividade jurídica completamente distinta. E sabem, como é elementar, que um juiz não pode, ao mesmo tempo, acusar e julgar.

#### **D. O Código de Ética da Magistratura nacional**

O estatuto aprovado na 68ª sessão ordinária do Conselho Nacional de Justiça (06.08.2008-Processo nº 200820000007337) é pontual:

“Art. 2º. Ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos.”

#### **E. Exemplo histórico de Ética na Magistratura**

A Constituição brasileira elaborada por uma Assembleia Constituinte exclusiva após o período autoritário do *Estado Novo* (1937-1945) refletiu a vontade nacional para estabelecer um governo livre com a declaração e efetivação de liberdades, direitos e garantias, a salvo dos efeitos trágicos dos regimes nazifascistas derrotados pelas forças aliadas na II Grande Guerra (1939-1945). Ela foi promulgada em 18 de setembro de 1946. Dois dias após, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro JOSÉ LINHARES, ao abrir a primeira sessão da Corte, saudou os novos e esperançosos dias da uma nova República:

*“Antes de mais nada sejam as minhas primeiras palavras de congratulações com os ilustres colegas pela promulgação da nova Constituição, fato que vem de assinalar um marco destacado na vida jurídica do País.*

*Depois de termos atravessado uma longa estrada sombria, de indecisões e incertezas de um período ditatorial, é com grande alegria que o país readquire o seu poder de Nação livre regido por normas puramente democráticas.*

*O século passado foi a época da liberdade, e o atual é o da igualdade econômica e social, princípios estes disciplinadores de um regime sadio que enobrece todos os cidadãos conscientes de seus direitos e deveres para com a Pátria.*

*Só a ordem jurídica constrói e fortalece as instituições sem o que a vida e os direitos de cada um ficam à mercê da vontade ou do arbítrio de quem por acaso detém o poder.*

René Ariel Dotti

*A hora presente é de regozijo nacional, principalmente para a Justiça com o restabelecimento de sua autoridade e independência tão necessárias ao exercício da sua nobre missão.*

*A Carta Magna foi promulgada sob a proteção de Deus e com ela confio que possamos, no cumprimento do dever sagrado, **interpretá-la e dar execução aos seus preceitos sob a inspiração dos sentimentos da mais pura justiça.***"<sup>45</sup>

\*\*

\*\*

### **F. O abuso de poder na aplicação da lei**

Os dicionários comuns atribuem as mais variadas significações para o fenômeno do *poder*. Segundo o AURÉLIO, o substantivo indica múltiplas formas de expressão de uma realidade natural e humana. Assim, tem-se: “direito de deliberar, agir e mandar; faculdade, possibilidade; vigor, potência; autoridade, soberania, império; domínio, influência, força; posse, jurisdição; eficácia, efeito, virtude; recurso, meios; capacidade, aptidão; grande quantidade, grande número”.<sup>46</sup>

Como fenômeno de interação, o poder deixa de ser considerado como atributo ou propriedade pessoal para ser definido como “a capacidade de impor directa ou indirectamente determinados interesses numa data situação social”.<sup>47</sup>

Segundo os objetivos do presente trabalho, o conceito de abuso de poder deve se restringir à determinada situação reveladora de arbitrariedade ou desvio de conduta por parte de uma pessoa que detém uma faculdade por disposição de lei ou de situação de fato. Normalmente, a expressão tem como referência o campo do Direito Administrativo e a sua

<sup>45</sup> Presentes: Ministros LAUDO DE CAMARGO, BARROS BARRETO, ANNIBAL FREIRE, CASTRO NUNES, OROZIMBO NONATO, EDEGARD COSTA, LAFAYETE DE ANDRADA e RIBEIRO DA COSTA. Ausente o Ministro GOULART DE OLIVEIRA. Participou da sessão o Desembargador VICENTE PIRAGIBE. Oficiou como Procurador da República o Doutor THEMÍSTOCLES LINHARES. A OAB foi representada pelo Conselheiro HADDOCK LOBO. **Fonte:** MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal Federal (Império e República)* 4. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. P. 30. (Os destaques são meus)

<sup>46</sup> AURÉLIO BUARQUE de Holanda Ferreira, *Novo dicionário da língua portuguesa*, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 1351.

<sup>47</sup> José DURÃO BARROSO e R. CABRAL, no verbete “Poder”, em *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Lisboa-São Paulo: Editorial Verbo, 1986, vol. 4, p. 1291.

prática autoriza o uso de remédios constitucionais como o *Habeas Corpus*, o Mandado de Segurança, o *Habeas Data*, o Mandado de Injunção, a Arguição de Inconstitucionalidade e a Ação Popular. Segundo o magistério de MARIA HELENA DINIZ, o *abuso de poder* é o ato “em que o funcionário público excede ou desvia, no exercício de suas funções, os poderes legais que lhe foram conferidos, em detrimento do direito alheio ou da administração pública”.<sup>48</sup>

Em seus monumentais *Comentários à Constituição de 1946*, PONTES DE MIRANDA ensina: “Abuso de poder é o exercício irregular do poder. Usurpa poder quem, sem o ter, procede como se o tivesse. A falsa autoridade usurpa-o; a autoridade incompetente, que exerce poder que compete a outrem, usurpa; a autoridade competente não usurpa, se de certo modo exorbita, - abusa do poder”.<sup>49</sup>

No sistema positivo brasileiro há várias hipóteses do *abuso de poder* previstas nos mais diversos institutos. Podem ser referidos: (a) o Habeas Corpus (CF, art. 5º, LXVIII); (b) o Mandado de Segurança (CF, art. 5º, LXIX); (c) o delito do art. 350 do Código Penal, dentre outros...

### **G. O desvio de finalidade na aplicação da lei**

Na lição de lição de JANDIRA ÁLVARES, o *excesso de poder* ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades. “Excede, portanto, a sua competência legal, e com isso, invalida o ato porque ninguém poderá agir em nome da administração, fora do que a lei lhe permite. Essa conduta abusiva tanto se caracteriza pelo descumprimento formal da lei, quando a autoridade age claramente além de sua competência, como também quando ela contorna dissimuladamente as limitações da lei”.<sup>50</sup> E o *desvio de finalidade* ou *desvio de poder* se caracteriza quando a autoridade, embora

<sup>48</sup> *Dicionário Jurídico*, São Paulo: Editora Saraiva, 1998, vol. 1, p. 33.

<sup>49</sup> Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 3. ed., 1960, tomo V, p. 247.

<sup>50</sup> JANDIRA Maria Vannier Teixeira ALVARES, *O abuso de poder*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 62.

René Ariel Dotti

agindo nos limites de sua competência, pratica o ato por motivo diverso do previsto na lei ou exigido pelo interesse público. É um “ato disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público”.<sup>51</sup>

## **(11) CONSIDERAÇÕES GERAIS**

“Como aponta o próprio Ministro Celso de Mello, em uma república nenhuma esfera de poder pode ficar imune a controles. Há que se lutar assim pela ‘progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder’”.<sup>52</sup>

### **A. Dever de zelar pela respeitabilidade e credibilidade do Poder Judiciário**

Para ser respeitado pela população o Supremo Tribunal Federal tem o dever de respeitar os cidadãos. Deve exigir de alguns de seus membros a atividade funcional coerente com os ditames de responsabilidade política,<sup>53</sup> com as regras deontológicas da (Lei Complementar nº 35, de 14.03.1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN))<sup>54</sup> e do bom senso, evitando que alguns de seus membros adotem condutas absolutamente inadequadas pela sua posição de destaque na sociedade.

São múltiplas as causas determinantes das críticas institucionais e não institucionais dirigidas à Corte Suprema de nosso país, motivadas pela sucessão de graves problemas humanos, sociais e políticos provocados pela insegurança jurídica de inúmeras decisões singulares e coletivas.

Com absoluta razão, o eminente mestre Professor MARINONI:

---

<sup>51</sup> JANDIRA ÁLVARES, ob. e loc. cit.

<sup>52</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*, São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 211.

<sup>53</sup> CF, art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”.

<sup>54</sup> LOMAN: “Art. 35. São deveres do magistrado: I – (...); II- (...); III- (...); IV- tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de emergência”

René Ariel Dotti

*“O juiz que contraria a ‘última palavra’ do Poder de que faz parte está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de afronta ao Poder e à coerência da ordem jurídica.*

*É preciso colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com as Cortes Supremas. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do direito e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário”.*<sup>55</sup>

### **B. O chamado “ativismo judicial”**

O assunto pode ser resumidamente definido como “o abuso na interpretação e aplicação da lei, desnaturando o seu conteúdo ideológico”. O fenômeno transcende a esfera exegética para assumir contornos de insegurança jurídica com inegáveis reflexos no universo dos bens e interesses sociais e, mais especificamente, na arquitetura dos direitos e das garantias fundamentais de um Estado Democrático de Direito e, em especial, do salutar princípio da independência entre os Poderes da União (CF, art. 2º).<sup>56</sup>

Manejando com o apoio do sofisma de “uma interpretação conforme a Constituição”, precedentes do Supremo Tribunal Federal estão atravessando a linha divisória entre os poderes da República para legislar em casos concretos submetidos a julgamento, dando a dispositivo legal redação distinta do seu espírito e, conforme o caso, de seu próprio corpo. A *nouvelle vague* pretende afirmar-se nos usos e costumes jurídicos como forma de ascensão do Poder Judiciário na exegese e aplicação do direito positivo, conforme o modelo constitucional vigente, dando-lhe, porém, um

<sup>55</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 53. (Destques meus).

<sup>56</sup> É elementar que a desaprovação desse tipo de “exegese” somente é possível a quem tenha conhecimento especializado de áreas jurídicas ou o redator de crítica da mídia em assuntos de natureza política que apontam a descrença institucional da Corte maior. Ela não vem do chamado *homo medius* e muito menos daqueles formadores do “povão”. Esses últimos analisam o desempenho do STF pelo ângulo moral. De qualquer modo, a figura do *juiz-legislador* dos dias correntes lembra a audácia do movimento do “direito alternativo” um desconchavo autoritário que o minuano soprou para o resto do país na defesa oblíqua de que o Direito não está na lei e, sim, na cabeça do juiz!

*f*

sentido coerente com princípios e regras dos direitos e das garantias fundamentais. O marco dessa mudança de paradigma de compreensão da norma jurídica é a *dignidade da pessoa humana*, reconhecida como um dos fundamentos da República. É oportuno considerar que, na impossibilidade de se viabilizar o *mandado de injunção*, previsto para suprir a falta de norma regulamentadora para o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, art. 5ºLXXI), muitas decisões judiciais são proferidas para efetivar determinados direitos. Um dos exemplos é a ordem judicial para que o poder público forneça medicamento para o hipossuficiente, reconhecida a saúde como direito de todos e dever do Estado.

No entanto, forçoso é admitir que o ativismo judicial não é um modelo de exegese e sim uma técnica semântica que substitui a legalidade vigente pela convicção pessoal do juiz com o fim de “ajustá-la” ao preceito constitucional. Na verdade, porém, a expressão repetida em vários julgamentos que encerrariam uma “*interpretação conforme a Constituição*” é um autêntico eufemismo com o objetivo de alterar o texto legal, procedimento cuja competência é exclusiva do Poder Legislativo. É óbvio que a “interpretação” de que resulta conclusão frontalmente contrária à literalidade do texto, interpretação não é, mas pura e simples negação de seu sentido; desobediência ao seu claro comando. Tal extravagância de exegese é o mesmo quanto afirmar que onde se lê quadrado, deve-se passar a ler círculo; onde está escrito escuro, leia-se iluminado; no lugar de “a apelação *terá* efeito suspensivo”, entenda-se “a apelação *não* terá efeito suspensivo”. Valendo-se dessa curiosa (e perigosa) “técnica interpretativa”, todas as leis escritas poderão, subitamente, ser ignoradas – e, junto com elas, a confiança que devem inspirar as palavras da lei.

Na monografia *Judicialização e Ativismo judicial*, seus autores afirmam que “no contexto brasileiro, com o avanço constitucional pós- 1988, pode-se dizer que o juiz deixou de se limitar a meramente aplicar a lei já existente, **passando até a agir em substituição do legislador**. Assim, tanto os juízes quanto os tribunais desempenham uma atividade mais

*criativa, o que ocasiona críticas sobre a possibilidade destes, muitas vezes, utilizarem-se menos da técnica e mais da política*".<sup>57</sup>

\*\*\*\*\*

Sob uma perspectiva completamente diversa - e de segurança jurídica - o Código Civil português (1966) revela um conceito preciso do fenômeno da exegese, válido para qualquer ramo do Direito. É oportuno reproduzir:

"1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada. 2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso. 3. Na fixação do sentido e do alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados" (art. 9º).

Em outras palavras e conforme a síntese magistral de CLÓVIS BEVILÁQUA, "*interpretar a lei é revelar o pensamento que anima as suas palavras*".<sup>58</sup>

Enquanto o protagonismo judicial pode realizar o objetivo da justiça material na área dos direitos sociais e eventualmente em outros campos, o mesmo exercício de construção é absolutamente inadequado em matéria criminal quando a interpretação afeta direitos e interesses do suspeito, indiciado ou réu. Com efeito, vigora nesse terreno a máxima: *odiosa restringenda, benigna amplianda*. Confirma tal orientação o princípio da *taxatividade da norma incriminadora*, vedado o uso do costume e da analogia *in malam partem*.

---

<sup>57</sup> HENNIG LEAL, Mônica Clarissa / DALENOGARE ALVES, Felipe. *Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p.111. (Itálicos e negritos meus).

<sup>58</sup> *Teoria Geral do Direito Civil*, 7. ed., atual. por Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 37. (Itálicos meus).



A crítica fundada na experiência, antevendo o risco para a segurança jurídica produzido por alguns magistrados seduzidos pela auréola legiferante, deve ser constante e vigorosa como missão relevante do sagrado direito de defesa para a democracia e a cidadania.

### **c. A liberdade de expressão popular**

O Supremo Tribunal Federal, como um dos poderes da República não pode estar infenso às manifestações críticas dos cidadãos pelas várias modalidades da liberdade de expressão. A propósito, a revogada Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 09.02.1967) continha um dispositivo excludente de ilicitude que pode ser invocado pelas via analógica: “Art. 27. Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação: I – a opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica e desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar”.

As manifestações populares e pacíficas contra a instituição do Supremo Tribunal Federal, como um dos poderes políticos,<sup>59</sup> não podem ser consideradas como ilícitos penais contra a honra, máxime porque há inúmeras decisões manifestamente contrárias ao princípio estabelecido na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 5º: “**Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum**”.<sup>60</sup>

### **D. As redes sociais como autênticos instrumentos democráticos de comunicação e informação**

A maior demonstração da vitalidade e importância das chamadas *redes sociais* ocorreu na eleição do candidato JAIR MESSIAS BOLSONARO à presidência da República Federativa do Brasil numa espécie de *corrida com*

---

<sup>59</sup> “Derivado do adjetivo originado da *polis (politikos)*, que significa tudo o que se refere à cidade e, conseqüentemente o que é urbano, civil, público, e até mesmo sociável e social, o termo Política se expandiu graças à influência da grande obra de Aristóteles, intitulada *Política*”. BOBBIO, Norberto et alii, *Dicionário de Política*, trad. Carmen C. Varrialle et alii, 4. ed., Brasília: Editora Universitária de Brasília (Edunb), 1992, vol. 2, p. 954.

<sup>60</sup> Dec.-lei nº4.657, de 04.09.1942, com a redação da Lei nº 12.376/2010.

*obstáculos*: sem partido político de expressão; sem recursos financeiros exigidos para essa disputa; alvo e objeto de pesada carga negativa da imprensa em geral e desconhecido do grande universo de eleitores do país um antes das eleições gerais de 2018.

A rede social é um conjunto de relações que ligam pessoas, grupos e organizações. O sociólogo NEIL SMELZER (1930-2017) formula uma concepção dos movimentos sociais como “episódios de comportamento coletivo [que] constituem amiúde um primeiro estágio de mudança social e manifestam-se quando se apresentam condições de tensão, mas antes que os meios sociais sejam mobilizados para um ataque específico e quiçá eficaz às causas dessa tensão”.<sup>61</sup>

#### **E. Um direito penal do terror**

O que a Portaria GP nº 69, generaliza como “notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus calumniandi, diffamandi e injuriandi”, são realmente manifestações populares. É evidente que algumas ou muitas delas caracterizam abuso de direito configurador de ilícitos penais que podem – e devem – ser criminal e **individualmente** submetidos ao devido processo legal. Nunca, porém, com meios e métodos típicos do Tribunal do Santo Ofício com a majestade do Inquisidor que acumulava as funções de investigador e juiz contra hereges e outros tipos criminológicos de autor. O Inquérito nº 4781 será, certamente em futuro próximo, um procedimento catalogado como peça de museu de processos cruéis e infamantes para satisfação de pesquisadores e demais estudiosos dos erros judiciais além de curiosos para curtir suas modalidades de catarse.

Como observa muito bem a Procuradora-Geral da República, “o sistema constitucional de proteção a direitos e garantias fundamentais é integrado por regras e princípios que visam garantir segurança jurídica, assegurando credibilidade, confiança e prevenindo arbitrariedade e excesso de concentração de poder, em um sistema de distribuição constitucional de atribuições e de freios e contrapesos, que instituiu um sistema de justiça

---

<sup>61</sup> BOBBIO, Norberto et alii, Ob.cit., p. 788.

*orientado a promover paz social. O devido processo legal e o regime de leis adotados pela Constituição integram este sistema de justiça, assegurando que a justiça será feita de acordo com o princípio da legalidade, do contraditório, da ampla defesa, e da imparcialidade do juízo; e estabelecendo estes critérios como essenciais e inafastáveis, ou seja, sempre devem ser observados em cada caso concreto, de modo a definir o juízo natural para processar um caso criminal, inclusive mediante impessoalidade na distribuição”.*<sup>62</sup>

#### **F. Inconstância e insegurança**

Nos últimos tempos, o Supremo Tribunal Federal tem gerado os mais diversos exemplos de inconstância de sua jurisprudência e da insegurança jurídica que lhe é imanente. É possível, resumidamente, apontar os seguintes: (a) casos notórios, *coram populo*, de pugilatos verbais; (b) opiniões nas mídias impressas e eletrônicas sobre feitos a serem julgados<sup>63</sup>; (c) agressões morais injustas e intoleráveis à instituição do Ministério Público;<sup>64</sup> (d) manifestações públicas e gratuitas contra servidores responsáveis por operações contra a maior indústria de criminalidade organizada e especializada em corrupção e lavagem de dinheiro em nosso país; (e) artigos assinados em jornal de grande circulação com críticas a juízes por suas decisões<sup>65</sup>; (f) pedidos de vista que ultrapassam,

---

<sup>62</sup> N° 509/2019-LJ/PGR \* Único n° 107339/2019 \* Inquérito n° 4.781.(Itálicos meus)

<sup>63</sup> Código de Ética da Magistratura Nacional – CEMN (2008): “**Art. 12.** Cumpre ao magistrado, na sua relação com os meios de comunicação social, comportar-se de forma prudente e equitativa, e cuidar especialmente: I - (...); **II** - de abster-se de emitir opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos votos, sentenças ou acórdãos, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, doutrinária ou no exercício do magistério”.

<sup>64</sup> CF, art.127. “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

<sup>65</sup> Vide art. 12, II, “de abster-se (...) de juízo depreciativo sobre despachos votos, sentenças ou acórdãos, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, doutrinária ou no exercício do magistério”.

ilimitadamente, o prazo de devolução dos autos<sup>66</sup> quando a maioria do tribunal já está formada quanto ao mérito, impedindo a execução e provocando eventuais prejuízos à parte interessada; (g) a fragmentação da jurisdição pelas decisões liminares sem o julgamento (ou com o julgamento tardio) em plenário;<sup>67</sup> (h) “efeito loteria” das decisões (I)<sup>68</sup>; (i) “efeito loteria” das decisões (II). O Plenário, por 6 votos a 5 decidiu, mais de uma vez, que a condenação criminal em segundo grau de jurisdição autoriza a execução provisória da pena. No entanto e contrariando a orientação do colegiado, ministros que tiveram votos vencidos concedem ordens de *habeas corpus*, fieis à interpretação personalista do Direito e da Justiça; (j) a liberdade do ser humano como lance da roleta. Sobre determinado e o mesmo fundamento, *Habeas Corpus* são negados pela 1ª mas concedidos pela 2ª Turma tendo como “razão de decidir” argumentos já rejeitados pelo plenário. (k) Em grave afronta à dignidade da pessoa humana e o valor da cidadania, não se realiza a distribuição dos feitos em consideração aos

---

<sup>66</sup> Regimento Interno do STF, art. 134: “*Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente*”.

<sup>67</sup> “As decisões tomadas em plenário não chegam a 0,5% dos casos resolvidos pelo Tribunal (...). A imensa maioria dos casos, portanto, refere-se a decisões monocráticas, em que o relator tem poderes conferidos pela lei para julgar o mérito ou as condições de admissibilidade da ação ou do recurso, ordinário ou extraordinário’. Isso gera dois problemas gravíssimos. O primeiro se refere ao fato de que, na imensa maioria dos casos, a jurisdição é exercida apenas por um de seus membros. Em segundo lugar, ao fato de que a agenda do colegiado é, na prática, definida a partir daquilo que os seus membros decidem que não julgarão monocraticamente. E, em política, o controle sobre a agenda temática, bem como sobre a agenda temporal, tem um enorme significado. Esse poder e os critérios para a sua utilização, como não são expressos, fogem a possíveis tentativas de compreensão, quanto mais de controle público sobre a atividade do Tribunal. Tem-se, assim, **uma perigosa seletividade em relação ao que entra na pauta do STF e o que fica eternamente aguardando julgamento**”. VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. cit., p. 169-170. (Negritos meus).

<sup>68</sup> Os precedentes: (a) Impedimento judicial para a posse de Luiz Inácio Lula da Silva, como Ministro de Estado (governo Dilma); (b) nomeação não obstada de Moreira Franco (MS/MC 34609) para ministro do governo Michel Temer. “Embora os casos sejam juridicamente muito parecidos, as respostas dadas pelos distintos ministros do Supremo confirmaram não apenas a *fragmentação do Tribunal*, mas também o **efeito loteria hoje existente dentro do STF**”. VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. cit., p. 201. (Negritos meus).



direitos e as garantias fundamentais (CF. art. 5º)<sup>69</sup>, como as liberdades de locomoção; do pensamento; do acesso à informação; as atividades intelectual, artística, científica e de comunicação; a intimidade e a vida privada; o juízo natural; o devido processo legal etc.; (l) os meios de comunicação em geral ao noticiarem o deferimento de uma liminar normalmente atribuem a decisão à deliberação do próprio tribunal. Esse induzimento ao erro coletivo tem a sua origem na prática de julgamentos solitários, de média ou grande repercussão, em detrimento da *colegialidade* nos tribunais que é reconhecida como verdadeiro princípio no Direito Processual Civil. Daí porque as decisões monocráticas do relator devem constituir exceção, ou seja, aquelas expressamente previstas no art. 932, incisos III e IV.<sup>70</sup>

#### **G. Quais são, na verdade, os recursos que “afogam” a pauta do STF?**

Conforme o relatório, *Supremo em Números*, produzido pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, sob a competente coordenação do Professor JOAQUIM FALCÃO, “*apenas três partes figuram em mais de 50% dos processos do Supremo Recursal, quais sejam, Caixa Econômica Federal, União e INSS*”. Este incrível percentual autoriza a arguta constatação de que “**não são simplesmente os recursos que afogam o Supremo – são os recursos de algumas poucas partes, quase todas do Poder Executivo**”.<sup>71</sup> Portanto, é evidente que a redução da carga de processos que asfixia os Tribunais **não pode ser realizada com sacrifício de direitos dos cidadãos**. Afinal, como bem conclui o estudo da FGV/Direito Rio, “**o maior**

<sup>69</sup> As Cartas Políticas brasileiras, desde 1824, cuidavam, nos seus primeiros dispositivos, da organização e das funções do Estado. Ao reverso, a Constituição de 1988 inicia proclamando seus princípios fundamentais e relacionando os direitos e garantias individuais. No entanto e burocraticamente, **a distribuição de feitos no STF não prioriza a cidadania**, que constitui um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, II).

<sup>70</sup> CPC, art. 1.001. “Recebido o recurso de apelação no tribunal e distribuído imediatamente, o relator: I – decidi-lo-á monocraticamente apenas nas hipóteses do art. 932, incisos III a IV”. Tais decisões singulares estão sujeitas à revisão pelo colegiado mediante o agravo in reno (CPC, art.1021).

<sup>71</sup> FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. Abril de 2011. p. 69. (São meus os destaques).

**responsável por essa grande quantidade de recursos não é o cidadão comum que litiga em excesso, mas um agente muito bem definido: o Poder Executivo, em especial o da esfera federal**<sup>72</sup>

O Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, jurado pelo primeiro artigo de nossa *lei fundamental*, assim como o Executivo e o Judiciário, jamais poderá deixar de ouvir a *voz das ruas* como elementar expressão da liberdade de crítica. Ainda que envolva em palavras, gestos ou sinais grosseiros. Não se pode exigir do homem do povo – uma das vítimas indefesas do atraso da Justiça<sup>73</sup> – o refinamento de linguagem própria das tribunas das cortes judiciárias, nas quais a elegância de trato não raro assume os contornos da vassalagem profissional em busca do voto. É óbvio que a absurda Portaria GP nº 69/2019, no antevisto cenário de ilicitudes e maldades, pretende ser uma espécie de armadura para a suposta proteção da honra de todos os Ministros quando, na verdade, a maioria deles jamais é – ou poderia ser – objeto de desrespeito. Não existe, a bem da verdade a *solidariedade passiva* utilizada como *argumento de força* para tentar justificar e difundir o terror.

#### **H. Uma deplorável sequência de paradoxos**

A propósito dos desconchavos produzidos pela *sensibilidade epidérmica* – corpo e alma – do surpreendente édito, o Professor e Advogado FRANCISCO ZARDO emite alguns comentários oportunos e necessários. O primeiro, sobre o descontrole da jurisdição e seus gravíssimos efeitos acerca da segurança pública da população; e o segundo, como disputa de autoridade provocada por um membro da Corte contra o presidente em exercício, inconformado pela suspensão de temerária decisão liminar que havia concedido.

<sup>72</sup> FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo. Abril de 2011. p. 70. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10312/1%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20M%C3%BAltiple%20Supremo.pdf?sequence=5&isAllowed=y> (Acesso em 19 de julho de 2019). (Os destaques são meus).

<sup>73</sup> “*Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*”. RUY BARBOSA (1849-1923), *Oração aos Moços*, São Paulo, 1920.

René Ariel Dotti

“Na véspera do recesso do Judiciário, o ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, concedeu liminar na Ação Direta de Constitucionalidade 54 para determinar a libertação dos presos condenados em segunda instância sem trânsito em julgado. Cinco horas depois, o presidente do STF, Dias Toffoli, acolheu pedido da Procuradoria-Geral da República e suspendeu a liminar, justificando que ela contrariava a orientação do plenário da corte, pois, em outubro de 2016, em julgamento colegiado, o STF indeferiu liminar pleiteada nas ADCs 43 e 44, que versavam matéria idêntica.

Meses atrás, os protagonistas foram outros, mas o enredo foi o mesmo. O Ministro Ricardo Lewandowski autorizou a Folha de S. Paulo a entrevistar Lula na prisão. No mesmo dia, o ministro Luiz Fux suspendeu liminarmente a autorização. Em nova manifestação, Lewandowski reafirmou sua ordem, qualificando de esdrúxulo e teratológico o ato de seu colega. Diante de determinações contraditórias, o ministro da Segurança Pública indagou ao presidente do STF qual dos provimentos cumprir. Toffoli manteve a deliberação de Fux, encerrando o frenesi decisório.

(...)

Ainda assim, grassa na sociedade o anseio por um novo comportamento das autoridades, o que nos permite almejar mudanças em alguns hábitos do STF”.<sup>74</sup>

### ***1. A necessidade da resistência popular aos mitos do poder***

O eminente sociólogo e politólogo mexicano SÁNCHEZ AZCONA, em páginas admiráveis de resistência popular nas democracias, sustenta muito bem:

“Como ciudadanos debemos rechazar los *mitos del poder*, entre otros su independencia y transcendencia en relación con el *hombre común y corriente*. El poder lo representan y ejercen personas con intereses políticos y económicos muy precisos y, por tanto, hay que evitar – lo más que se pueda –, que lo ejerzan en forma indiscriminada, distorsionada, en función de

---

<sup>74</sup> “Um novo Supremo Tribunal Federal para 2019”, Curitiba: Jornal *Gazeta do Povo*, 21.01.2019. (Os destaques em itálico são meus). Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaao/artigos/um-novo-supremo-para-2019-0xgyy12l3rrb95iuhqrq63sxua/>. (Acesso em 19 de julho de 2019).

René Ariel Dotti

benefícios concretos. *Debemos pugnar para que la normatividad jurídica impere y domine en ese campo*<sup>75</sup>.

\*\*\*\*\*

É o meu Parecer, SMJ.

Curitiba, 21 de julho de 2019.



**RENÉ ARIEL DOTTI**

• Advogado • Professor Titular de Direito Penal pela UFPR • Ex-Professor de Direito Processual Penal (Pós-graduação) • Coautor dos projetos que se converteram na Lei nº 7.209/84 (reforma da Parte Geral do CP) e Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) • Vice-Presidente Honorário da Associação Internacional de Direito Penal • Membro de Comissão redatora de anteprojeto da Lei nº 9613/1998/*Lavagem de Dinheiro* • *Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados* (2007) “*como reconhecimento pelos relevantes serviços prestados ao Poder Legislativo e ao Brasil*” (2007) • *Medalha Santo Ivo -Padroeiro dos Advogados*, outorgada pelo Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil (2011) • *Homenagem especial do Conselho Federal da OAB; da Comissão Parlamentar Memória, Verdade e Justiça; da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados*, “pelos serviços advocatícios prestados na defesa de presos e perseguidos políticos na ditadura militar” (2012) • *Comenda do Mérito Judiciário do Paraná*, deferida por unanimidade pelo Órgão Especial do TJ-PR (2017) • *Comenda do Mérito Eleitoral Paranaense* outorgada pelo TRE-PR “em razão dos relevantes serviços prestados à Justiça Eleitoral” (2018).

(Demais títulos e créditos: [www.dotti.adv.br](http://www.dotti.adv.br))

---

<sup>75</sup> SÁNCHEZ AZCONA, Jorge. *Ética y Poder*. México: Editorial Porrúa. 1998, p. 100.