

INQUÉRITO 4.875 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INVEST.(A/S) : **JAIR MESSIAS BOLSONARO**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
AUT. POL. : **POLÍCIA FEDERAL**

INQUÉRITO. 1. PROMOÇÃO MINISTERIAL DE ARQUIVAMENTO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE. JUSTIFICATIVA NÃO VINCULANTE PARA O ESTADO-JUIZ. NECESSIDADE DE APRECIÇÃO DO PEDIDO PELO PODER JUDICIÁRIO. HIPÓTESE APTA À FORMAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL. TÍPICO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE PENAL. ATIVIDADE INERENTE À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO. 2. OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO. INEXISTÊNCIA. MODELO QUE NÃO SUBTRAI DO MAGISTRADO, EM SEDE PROCESSUAL PENAL, O REGULAR EXERCÍCIO DA PRÁTICA HERMENÊUTICA. EXERCÍCIO IMPARCIAL E INDEPENDENTE, PELA SUPREMA CORTE, DE SUA JURISDIÇÃO PENAL. 3. CRIME DE PREVARICAÇÃO (CP, ART. 319): ELEMENTAR “ATO DE OFÍCIO” X DEVERES PRESIDENCIAIS. PRESIDENTE DA REPÚBLICA ENQUANTO CHEFE SUPREMO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL (ART. 84, II, DA CF). PODER HIERÁRQUICO SOBRE TODA A ESTRUTURA ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. COMPETÊNCIA DISCIPLINAR PRIVATIVAMENTE OUTORGADA AO CHEFE DE GOVERNO. PRECEDENTES. DEVER FUNCIONAL DE “TORNAR EFETIVA A RESPONSABILIDADE

INQ 4875 / DF

DOS SEUS SUBORDINADOS, QUANDO MANIFESTA EM DELITOS FUNCIONAIS OU NA PRÁTICA DE ATOS CONTRÁRIOS À CONSTITUIÇÃO” (ART. 85, V, DA CF, C/C O ART. 9º, ITEM 3, DA LEI Nº 1.079/50). AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE. ATO DE OFÍCIO VINCULADO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CARACTERIZAÇÃO TÍPICA DO DELITO DE PREVARICAÇÃO. 4. CONCLUSÃO. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO INDEFERIDO. DEVOUÇÃO DOS AUTOS À PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA.

Vistos etc.

1. Trata-se de inquérito instaurado, em 09.7.2021 (eDOC. 31, fls. 01-02), por determinação e sob supervisão desta Suprema Corte, para o fim de apurar a prática, em tese, pelo Senhor Presidente da República, do crime de prevaricação, tipificado no artigo 319 do Código Penal.

A hipótese criminal posta à prova ao longo deste procedimento está bem delimitada na Portaria de Instauração de Inquérito da Polícia Federal. Colho de referido expediente (eDOC. 31):

“RESUMO DO(s) FATO(s) INVESTIGADO(s):

para apurar se, em 20/03/2021, o Presidente da República teria sido informado sobre supostas irregularidades na compra, pelo Ministério da Saúde, de 20 milhões de doses da vacina Covaxin, produzida pela empresa indiana Bharat Biotech Limited International, e se, ainda assim, e ao não comunicar os órgãos de fiscalização ou de investigação criminal, teria deixado de praticar, indevidamente, ato de ofício, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, fato que, em tese, constitui o crime previsto no artigo 319, do Código Penal.”

INQ 4875 / DF

No dia 31.01.2022, o Delegado de Polícia Federal WILLIAM TITO SCHUMAN MARINHO apresentou Relatório Final da investigação, no qual – embora repute comprovado *“que o Presidente da República Jair Messias Bolsonaro recebeu uma ‘denúncia’ de que poderia haver irregularidades na execução do Contrato nº 29/2021”* (eDOC. 127, fl. 20) – conclui pela atipicidade da conduta atribuída ao Chefe de Estado (eDOC. 127). Para tanto, afirmou, em síntese, que **(i)** *“o sujeito ativo do crime de prevaricação é todo agente público que, por lei, tem o dever funcional de praticar um ato de ofício de maneira devida e de acordo com a lei, mas o faz em sentido avesso”*; e que **(ii)** não se verifica, no rol do art. 84 da CF/88, *“um dever funcional que corresponda à conduta atribuída na notícia-crime ao Presidente da República”*. Logo, deduz a autoridade policial, *“não é dever funcional (leia-se: legal), decorrente de regra de competência do cargo, a prática de ato de ofício de comunicação de irregularidades pelo Presidente da República”*.

Com vista dos autos, o Procurador-Geral da República AUGUSTO ARAS endossou o raciocínio engendrado pela Polícia Judiciária, acrescentando, em complemento, as seguintes ponderações (eDOC. 138):

“Desse entendimento depreende-se a conclusão de que não há que se falar em prevaricação quando o funcionário tem discricionariedade na escolha da conduta a tomar no exercício de suas funções, assim também, no âmbito das autonomias políticas e institucionais dos chefes e membros dos poderes constituídos.

No caso, após a realização das diligências pela autoridade policial, concluiu-se que a conduta atribuída ao Chefe do Poder Executivo da União (...) não está elencada no rol de competências dispostas no artigo 84 da Constituição da República.

(...)

Conclui-se pela ausência de vinculação funcional do Presidente para a prática da conduta que lhe foi atribuída, ante a discricionariedade administrativa. (...) Ademais, o juízo de

INQ 4875 / DF

valor inerente aos Chefes dos Poderes, mormente no exercício das funções típicas, emanam da sua autonomia político-constitucional.

Essas circunstâncias revelam a manifesta atipicidade do delito descrito no artigo 319 do Código Penal e, por consequência, tornam inviável o oferecimento de denúncia em desfavor do investigado.”

Ao final, o Chefe do Ministério Público da União requereu o arquivamento do presente inquérito, porque atípica, em sua compreensão, a conduta atribuída ao Presidente da República.

É o relatório. Decido.

2. O Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal condiciona a instauração e o arquivamento de inquérito à autorização judicial, excepcionando desse procedimento, unicamente, as *notitiae criminis*.

Como regra, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reputa inviável a recusa a pedido de arquivamento de inquérito ou de peças de informação deduzido pelo Ministério Público, quando ancorado na ausência de elementos suficientes à persecução penal (Inq 4.134/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe 13.06.2018; Inq 4.178/PE, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 10.02.2016; Inq 3.563/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 07.03.2014; Pet 5.566/RJ, de minha relatoria, DJE 05.08.2015; Inq 4.087/MG, Rel. Min. TEORI ZAVASKI, DJe 01.02.2017; Inq 4.532/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 26.10.2017; Inq 4.620/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 20.04.2018; Inq 4.410/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 13.09.2018; Pet 7.786/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJe 07.02.2019; e Inq 4.452/DF, de minha relatoria, DJe 18.02.2019).

No Brasil, portanto, ao contrário do que se verifica na experiência processual penal italiana – na qual o juiz (da investigação preliminar) está investido *ex vi legis* (CPP italiano, art. 409, §§ 2º e 5º) de autoridade não

INQ 4875 / DF

apenas para rejeitar a promoção de arquivamento do MP, mas, também, para determinar ao *Parquet* o oferecimento da ação penal, a qual se convencionou chamar, naquele país, de **acusação forçada** (TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*, 19ª ed., Giuffrè Editore: Milão, 2018, p. 617) –, o Ministério Público é o senhor exclusivo da decisão sobre a existência, ou não, de justa causa para a instauração da *persecutio criminis in judicio*.

Apesar disso, em duas situações cabe ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do mérito do pedido de arquivamento, a saber: quando fundado na atipicidade penal da conduta ou lastreado na extinção da punibilidade do agente, hipóteses nas quais se operam os efeitos da coisa julgada material. Cito, a título ilustrativo, os seguintes precedentes:

“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

INQ 4875 / DF

exclusivo. (...) (Inq 1.604, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, DJ 13.12.2002)

“Penal. Processo penal. Crime contra as finanças públicas. Crime de responsabilidade de prefeito. Programa RELUZ. Atipicidade da conduta. Precedentes da Corte. **1. O pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público, quando tem por fundamento a prescrição ou a atipicidade da conduta, não vincula o Magistrado. (...)**”

(Inq 2.591/SP, Rel. Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, DJe de 13.6.2008).

“PENAL. INQUÉRITO. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO FUNDADO NA ATIPICIDADE DO FATO. NECESSIDADE DE DECISÃO JURISDICIONAL A RESPEITO: PRECEDENTES. INQUÉRITO NO QUAL SE APURA A EVENTUAL PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 323 DO CÓDIGO ELEITORAL. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS QUE DEMONSTRAM SER VERÍDICA A INFORMAÇÃO VEICULADA NA PROPAGANDA ELEITORAL E, EM CONSEQUÊNCIA, A ATIPICIDADE DO FATO. ARQUIVAMENTO DETERMINADO.

1. Firmou-se a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que, quando fundado - como na espécie vertente - na atipicidade do fato, o pedido de arquivamento do inquérito exige "decisão jurisdicional a respeito, dada a eficácia de coisa julgada material que, nessa hipótese, cobre a decisão de arquivamento" (v.g., Inquérito n. 2.004 - QO, de Relatoria do eminente Sepúlveda Pertence, DJ 28.10.2004; 1.538 - QO, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 14.9.2001; 2.591, Relator Ministro Menezes Direito, DJ 13.6.2008; 2.341-QO, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 17.8.2007).

(...)

(Inq 2.607 QO/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 12.9.2008).

INQ 4875 / DF

“Penal. Inquérito. Parlamentar. Deputado federal. **Pedido de arquivamento fundado na atipicidade do fato. Necessidade de decisão jurisdicional a respeito:** Precedentes. Inquérito no qual se apura a eventual prática do crime previsto no art. 349 do Código Eleitoral. Atipicidade do fato. Arquivamento determinado. (...)”

(Inq 3.114/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 25.8.2011)

Definitivo, a esse respeito, o magistério jurisprudencial do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em seu voto condutor do julgamento plenário do Inq 1.538/PR (DJ de 14.9.2001), no sentido de que *“no arquivamento fundado na ausência de criminalidade ou extinção da punibilidade do fato – ao contrário do que sucede na afirmação da inexistência de base informativa para a denúncia – ao MP não se reserva a última palavra: o arquivamento, naquelas hipóteses, pressupõe decisão de mérito, capaz de gerar coisa julgada”* (destaquei).

No mesmo sentido: Inq 2.934, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 22.02.2011; Inq 3.061, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 25.5.2011; Inq 2.341 QO/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 17.8.2007; Pet 3.297/MG, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJ de 17.02.2006; Inq 1.538 QO, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ de 14.9.2001.

Essa orientação jurisprudencial deriva da circunstância de que, na hipótese de arquivamento fundado na inexistência de fato típico, *“Em verdade, antecipou-se uma decisão que poderia ser tomada na fase inicial do feito, que é a absolvição sumária”* (**Código de processo penal comentado [livro eletrônico]**, coordenação Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron, Gustavo Henrique Badaró. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RL-1.7). Daí a advertência, inteiramente procedente, emanada do querido e saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, ao assentar, em voto proferido no julgamento do HC 125.101/SP (Segunda Turma, DJe de

INQ 4875 / DF

11.9.2015), que, caso “*verificada uma dessas hipóteses [previstas no art. 397 do CPP], o arquivamento, do mesmo modo que ocorre com o julgamento antecipado da lide penal (= absolvição sumária), gerará eficácia de coisa julgada material e, por isso mesmo, é definitivo*”.

Nesses casos, “*não estamos diante de uma decisão de arquivamento, mas de decisão de mérito em processo cautelar, algo plenamente possível e, inclusive, acolhido no nosso processo civil em função da regra do art. 810 do CPC [de 1973]*” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial**. Revista de Processo, n. 70, abr.-jun. 1993).

Não se cuida aqui, portanto, da controversa fiscalização do (hoje bastante mitigado) princípio da obrigatoriedade da ação penal, mas, sim, de verdadeiro **julgamento antecipado do mérito** da controvérsia criminal, atividade inequivocamente inserida nas atribuições do Estado-juiz.

Pois bem. No caso concreto, como se observa, a promoção ministerial defende a impossibilidade de se configurar, no plano da tipicidade penal, o crime de prevaricação, porquanto ausente, segundo alega o *dominus litis*, a elementar típica “*ato de ofício*”.

Sem emitir qualquer juízo de valor sobre a viabilidade da hipótese criminal testada no presente procedimento, e limitando-me a examinar, no plano hermenêutico, o perfil conceitual do crime de prevaricação em cotejo com as atribuições conferidas ao Chefe de Governo, não vejo como acolher a tese jurídica forjada pelos órgãos de persecução penal.

Com isso, não formulo qualquer pré-juízo sobre a culpabilidade do investigado, tampouco avanço contra o **sistema preponderantemente acusatório** adotado pela Constituição da República. Antes, mantenho-me inteiramente adstrita à função de julgar e de garantir a racionalidade do

INQ 4875 / DF

direito objetivo, tendo sempre presente, nessa equação, que a formação de precedentes qualifica-se como uma das principais missões outorgadas, pela Carta da República, a esta Corte Suprema (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. São Paulo, RT, 2014, p. 15). Não por outra razão já se disse que, ao firmar uma orientação jurisprudencial, o Tribunal e seus Juízes assumem o compromisso de julgar casos futuros de modo semelhante (BENDITT, Theodore M. *apud* LIGHT, Erik G. *Precedent in law*, 87 MICH. L. REV. 1705 [1989]).

De fato, embora não seja vedada a mudança de entendimento, não é possível desconsiderar que esta Corte assume o dever de coerência com a racionalidade argumentativa de seus pronunciamentos. Inadmissível, nessa perspectiva, a adoção de soluções *ad hoc*, com a entrega de respostas jurisdicionais destituídas de propensão à universalidade (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*, Campus Jurídico, 2008, p. 120).

Registre-se, sob esse aspecto, que o modelo acusatório não outorga ao Ministério Público a função de intérprete definitivo das leis penais do país, tampouco subtrai do magistrado, em sede processual penal, o regular exercício da prática hermenêutica, “*que constitui a província natural de atuação do Poder Judiciário*” (Inq 4.831, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não custa rememorar, neste ponto, a histórica lição de ALEXANDER HAMILTON, ao pôr em destaque, já nos idos de 1788 (*O Federalista*, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 685), a advertência de que “*A interpretação das leis é o terreno próprio e particular dos tribunais*”, dotados que são de independência em patamar inassimilável por ocupantes de cargo por mandato temporário.

Ora, se o Procurador-Geral da República for o único juiz de suas próprias postulações, de forma que a **leitura normativa** por ele proposta, no âmbito de uma causa penal, deva ser considerada vinculante para as

INQ 4875 / DF

demais instituições do sistema justiça, inclusive e sobretudo para esta Suprema Corte, haverá nítida inversão – desautorizada pela Carta da República – do arquétipo constitucional de divisão funcional do Poder.

Dito de outro modo, mesmo no domínio penal, compete ao Judiciário em geral e a esta Suprema Corte em particular a última palavra sobre o conteúdo normativo dos preceitos primários de incriminação, máxime quando em pauta, como no caso, discussão sobre o significado e o alcance de cláusulas constitucionais, a exemplo daquelas hospedadas no art. 84 da CF, invocado pelo Ministério Público como fator inibitório à caracterização típica do crime de prevaricação, na presente hipótese.

É dizer, ao deixar de placitar a abordagem hermenêutica proposta pelo *Parquet*, não intervenho em quaisquer das linhas de investigação porventura traçadas pelos órgãos responsáveis pela *persecutio criminis*, seja para glosá-las, seja para substituí-las ou para acrescê-las. Ao contrário, apenas exerço a função, tipicamente jurisdicional, de extrair a norma contida nos textos legislados, a partir da necessária mediação entre a generalidade dos enunciados normativos e a singularidade dos fatos, estes sempre irrepetíveis (COELHO. Inocência Mártires. *Interpretação constitucional*, 3ª ed. rev. e aument. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 18). O contexto fático subjacente servirá, nessa análise, apenas para delimitar o objeto da investigação hermenêutica.

Dito isso, não vejo como acolher, nos termos em que formulada, a promoção de arquivamento ministerial, emprestando, de um lado, autoridade de coisa julgada à solução do mérito proposta para o litígio penal e imprimindo, de outro, força persuasiva à tese jurídica encampada pelo Ministério Público, com inevitáveis repercussões sistêmicas sobre as demais estruturas orgânicas do Poder Judiciário, máxime se se considerar que muitos dos preceitos do art. 84 da CF são normas de reprodução obrigatória nas constituições estaduais e leis orgânicas municipais.

INQ 4875 / DF

3. Crime de prevaricação (CP, art. 319): elementar “ato de ofício” x deveres presidenciais

O juízo de adequação típica constitui tema capital no domínio processual penal. Consabido que não pode haver atividade persecutória sem tipicidade, o estudo comparativo entre a hipótese fática e o preceito primário de incriminação de algum tipo penal faz-se presente em todos os estágios da *persecutio criminis* (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal: vol. I*. Rev. e atual. por Eduardo Reali Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. São Paulo: 2009, Millennium Editora, p. 106), desde a instauração do inquérito, passando, se o caso, pelo oferecimento e recebimento da denúncia até o acerto definitivo da controvérsia penal.

Nessa perspectiva, e de acordo com o Ministério Público Federal, a conduta atribuída ao Presidente da República não poderia, nem mesmo em tese, configurar o delito de prevaricação, pois não seria possível identificar, no rol do art. 84 da Constituição Federal, a atribuição ao Chefe de Estado do dever de ofício de reportar irregularidades de que teve ciência, **no âmbito da administração pública federal**, aos órgãos de fiscalização e investigação. À míngua de ato de ofício, não seria possível cogitar da incursão do comportamento investigado nas sanções do tipo penal inscrito no art. 319 do Código Penal.

Em outras palavras, considerados os fatos narrados na *notitia criminis* impulsionadora do presente inquérito (eDOC. 1), advoga o *Parquet* que, ao ser comunicado sobre a existência de possíveis atos lesivos à administração federal, ainda em curso no âmbito de algum Ministério do Governo, **não haveria qualquer ato de ofício**, de natureza cogente, a ser reclamado do Presidente da República. Ou seja: a autoridade máxima do Poder Executivo Federal estaria autorizada, na compreensão ministerial, a permanecer inerte mesmo se formalmente comunicada da existência de crimes funcionais em pleno curso de

INQ 4875 / DF

execução nas dependências da estrutura orgânica do primeiro escalão governamental.

A tese não se sustenta, com a devida vênia. No contexto acima descrito, é perfeitamente possível extrair, do próprio ordenamento jurídico-constitucional, competência administrativa vinculada a ser exercida pelo Chefe de Governo, o que inviabiliza, **ao menos sob tal aspecto**, a formulação antecipada de um juízo negativo de tipicidade do art. 319 do CP. Eis o teor de referido dispositivo, *verbis*:

“Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.”

O exame do preceito primário de incriminação permite concluir que o objeto material do delito é o ato administrativo (STOCO, Rui *et al.* *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. Coordenação de Alberto Silva Franco e Rui Stoco. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 1.481) de ofício, este entendido, na autorizada lição de NELSON HUNGRIA (*Comentários ao Código Penal: vol. IX, Arts. 250 a 361*. 2ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1959, p. 377), como *“todo e qualquer ato em que se exterioriza o exercício da função ou do cargo”*.

Cuida-se, o crime em questão, de espécie dos *delicta in officio*, a traduzir um gesto de infidelidade aos deveres do cargo e à função pública na qual investido o agente, cuja ação típica, animada por interesses subalternos (*“satisfazer interesse ou sentimento pessoal”*), culmina por prejudicar o normal e regular desenvolvimento da atividade administrativa do Estado. O bem jurídico que se visa a resguardar é, assim, o interesse na normalidade funcional da administração pública, sua respeitabilidade, bem assim a correção moral de seus agentes (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte especial 5: dos*

INQ 4875 / DF

crimes praticados contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos. 7ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 133).

Não se questiona, no ponto, a assertiva segundo a qual o crime em questão supõe, para caracterizar-se, que o ato de ofício – *indevidamente retardado, omitido ou praticado contra disposição expressa de lei* – esteja incluído no rol de competências funcionais do suposto agente prevaricador.

Sucedo que, no contexto ora em exame, o próprio texto constitucional fornece a resposta típica cuja existência não foi vislumbrada pelo *Parquet*, conforme passo a explicitar.

Como se sabe, o sistema presidencialista unifica, na pessoa do Presidente da República, as prerrogativas de Chefe de Estado, Chefe de Governo e da administração (SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 549-550). Inspirado no princípio liberal da separação de poderes, esse arranjo institucional batizado de presidencialismo – inicialmente concebido em contraposição aos poderes absolutos e hereditários do monarca – experimentou considerável hipertrofia na *praxe* constitucional latino-americana, incluída a brasileira (CREWE, Ivor *et al.* *Authoritarian Populism and Liberal Democracy*. Switzerland: Palgrave Macmillan, 2020, p. 174; HAMBLOCKM, Ernest. *Sua majestade o presidente do Brasil: um estudo do Brasil constitucional 1889-1934*. Trad. de Lêda Boechat. Brasília: Senado Federal, 2000).

Não se mostra necessário, porém, lembrar, com o socorro da Ciência Política, que, nos regimes presidencialistas em geral, recai sobre a figura do Presidente da República a chefia da administração (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 23º ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 320) – tampouco invocar conceitos moldados no constitucionalismo norte-americano, berço do sistema presidencial de governo, a exemplo da

INQ 4875 / DF

doutrina dos *implied powers* –, pois a nossa Constituição de 1988 é textual quando outorga ao Chefe do Poder Executivo da União, em seu art. 84, II, a competência privativa para “*exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal*”.

De fato, ao contrário da Constituição estadunidense – na qual os poderes presidenciais são enumerados, em larga medida, de modo vago e indefinido (SWINDLER, William F., *The Executive Power in State and Federal Constitutions*, 1 Hastings Const. L.Q. 21, 1974) –, nossa Lei Fundamental, de perfil analítico, foi pródiga em minudenciar as atribuições e prerrogativas do Presidente da República.

Note-se, por isso mesmo, que não se verifica, na matéria ora em exame, aquele dilema que o juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América ROBERT H. JACKSON, ao discorrer sobre os poderes presidenciais, em *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952), chamou de **zona cinzenta normativa** – área na qual seria possível aventar uma concorrência de competências entre o Presidente da República e o Congresso –, pois nossa Carta Magna analítica, reitero, fiel aos dogmas do presidencialismo, foi inequívoca ao outorgar ao Chefe de Governo, **em caráter privativo**, a direção superior da administração pública.

O papel de chefe supremo da administração federal tem vários desdobramentos, em especial, para o que interessa ao presente caso, a concentração, na pessoa do Presidente da República, do encargo de direção da máquina administrativa (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 408-409) e de liderança sobre os agentes do executivo (CREWE, Ivor *et al.* *Op. Cit.*, 2020, p. 174), o que inclui o **poder hierárquico** sobre todos os órgãos que integram a administração direta. De tal poder-dever, “*extraí-se a competência do Presidente da República para fiscalizar, alterar, revogar, anular e avocar quaisquer atribuições de seus subordinados, bem como a função disciplinar*

INQ 4875 / DF

para punir integrantes da administração direta, mantendo a unidade político-administrativa da União” (FRANCISCO, José Carlos. *In Comentários à Constituição do Brasil*, coordenação de J. J. Gomes Canotilho *et al.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1.298).

Essa competência disciplinar privativamente outorgada ao Presidente da República já foi reconhecida, em reiteradas oportunidades, por esta Suprema Corte (*v.g.*, MS 20.882/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 23.9.1994; MS 23299, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 12.4.2002; MS 23219, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ de 19.8.2005; RMS 32811 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 21.11.2016).

Sendo assim, embora a gestão superior da administração envolva, de fato, tal como defende a Procuradoria-Geral da República, inúmeras decisões discricionárias (*v.g.*, ADI 179/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 28.3.2014), não há espaço para a inércia ou a liberdade de “não agir” quando em pauta o exercício do controle da legalidade de atos administrativos – ou, mais especificamente, do poder-dever de anular atos contrários ao ordenamento jurídico – e do poder disciplinar em face de desvios funcionais.

No nosso ordenamento constitucional, fundado no império da *rule of law*, o Presidente da República também é súdito das leis e, situando-se no vértice da hierarquia administrativa, não pode se furtar ao dever tanto de extirpar do sistema jurídico aqueles atos infralegais que se põem em antítese com as leis da República (FRANCISCO, José Carlos. *Op. Cit.*, p. 1.296) quanto de repreender, no plano disciplinar, os agentes do executivo transgressores do ordenamento jurídico.

Tanto não há discricionariedade, que a omissão presidencial caracterizada por “*não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à*

INQ 4875 / DF

Constituição” configura crime de responsabilidade atentatório à probidade administrativa, nos termos do art. 85, V, da CF c/c o art. 9º, item 3, da Lei 1.079/50.

Preciso, a esse respeito, o magistério de Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Alexandre Bahia e Diogo Bacha e Silva (*In Comentários à Constituição do Brasil*, coordenação de J. J. Gomes Canotilho *et al.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1.376), para quem “*Cada uma das competências do Presidente da República (art. 84) gera um poder, mas também um dever, de forma que seu descumprimento, ou mesmo omissão, podem ensejar processo por crime de responsabilidade*”.

De resto, a caracterização, em tese, do impropriamente chamado delito de responsabilidade, a rigor típica infração de natureza político-administrativa (PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O impeachment*. 2ª ed., Saraiva, 1992, p. 75-87), não exclui eventual ação persecutória do Estado por crime comum decorrente do mesmo fato, *ex vi* do art. 52, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, destaco precedente firmado no julgamento plenário da Pet 3.240 AgR/DF, Red. p/ o acórdão Min. ROBERTO BARROSO (DJe de 22.8.2018), de cujo voto condutor extraio, por sua pertinência, a seguinte passagem (destaques nossos):

“Em verdade, não há nenhum impedimento para que uma mesma conduta seja sancionada por meio de diferentes regimes de responsabilização, ainda que com identidade de tipologia. Pelo contrário, o texto constitucional é claro ao prever a possibilidade de coexistência de instâncias de responsabilização distintas. A título exemplificativo, o art. 52, parágrafo único, que trata do julgamento dos crimes de responsabilidade pelo Senado Federal, estabelece que a condenação nesse caso se dá ‘sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis’. O mesmo ocorre com o citado art. 37, § 4º, que dispõe que as sanções por ato de improbidade são aplicadas ‘sem prejuízo da ação penal cabível’. Portanto, **a prática de atos de improbidade por**

INQ 4875 / DF

agentes políticos pode muito bem ser enquadrada como crime de responsabilidade (instância política), como ilícito civil de improbidade administrativa (instância civil) e, ainda, como crime de corrupção (instância penal)."

Todas as razões anteriormente expostas evidenciam que, ao ser diretamente notificado sobre a prática de crimes funcionais (consumados ou em andamento) nas dependências da administração federal direta, ao Presidente da República não assiste a prerrogativa da inércia nem o direito à letargia, senão o poder-dever de acionar os mecanismos de controle interno legalmente previstos, a fim de buscar interromper a ação criminosa – ou, se já consumada, refrear a propagação de seus efeitos –, de um lado, e de *"tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados"*, de outro.

Esses são, portanto, os **atos de ofício** reclamados, no contexto acima descrito, do Chefe de Governo. Retardá-los ou omiti-los, injustificadamente, *"para satisfazer interesse ou sentimento pessoal"*, constitui, sim, conduta apta a preencher o suporte fático da cláusula de incriminação prevista no art. 319 do CP.

Necessário ter sempre presente, considerado o contexto ora em exame, a grave e irrepreensível advertência do eminente Ministro CELSO DE MELLO, então Decano desta Suprema Corte, no sentido de que o **princípio republicano** *"exprime um dogma fundamental: o do primado da igualdade de todos perante as leis do Estado. Ninguém, absolutamente ninguém, tem legitimidade para transgredir e vilipendiar as leis e a Constituição de nosso País. Ninguém, absolutamente ninguém, está acima da autoridade do ordenamento jurídico do Estado"* (Inq 4.831/DF, j. em 18.8.2020).

Disso tudo resulta a inviabilidade de acolher a avaliação feita pelo Ministério Público quanto à atipicidade da conduta atribuída ao investigado, pois, ao contrário do que sustenta o *Parquet*, os próprios arts. 84, II, e 85, VI, da CF indicam a competência reclamada pelo tipo penal

INQ 4875 / DF

hospedado no art. 319 do CP, a inibir, por via de consequência, a chancela judicial do pedido de arquivamento, ao menos nos termos em que formulado.

Nem se diga que essa conclusão ofenderia a prerrogativa de independência funcional do Ministério Público (CF, art. 127, I), uma vez que, longe de compelir o *Parquet* a agir em tal ou qual direção, o presente *decisum* limita-se a refutar o pretendido julgamento antecipado do mérito da causa penal, apoiando-se, para tanto, unicamente na insubsistência da específica *causa petendi* invocada pelo *dominus litis*. Nada se proclama, nesta assentada, sobre a efetiva tipicidade da conduta atribuída ao Chefe do Poder Executivo da União. Antes, e tão somente, afasta-se a particular justificativa que foi apresentada para excluí-la.

4. Conclusão

Ante todo o exposto, **indefiro** o pedido de arquivamento deduzido pelo Ministério Público Federal.

Devolvam-se os presentes autos – juntos com os da **Pet 10.170/DF** – à Procuradoria-Geral da República, para as providências que reputar cabíveis.

Traslade-se cópia da presente decisão aos autos da Pet 10.170/DF.

Publique-se.

Brasília, 29 de março de 2022.

Ministra Rosa Weber
Relatora