

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A PRERROGATIVA DE FORO – O CASO DO EX-SENADOR DA REPÚBLICA

Autor: Rômulo de Andrade Moreira, Procurador de Justiça/BA e Professor de Direito Processual Penal na Universidade Salvador – UNIFACS.

Em decisão unânime, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na sessão do último dia 25, acolheu parcialmente o Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 135683, impetrado pela defesa de um ex-Senador da República (então filiado ao Democratas e Procurador de Justiça), invalidando as interceptações telefônicas realizadas no âmbito das investigações criminais, que serviram de base para a denúncia oferecida perante o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Segundo a Turma, o réu, à época Senador da República, detinha foro por prerrogativa de função e as interceptações telefônicas exigiriam autorização do Supremo Tribunal Federal.

Com a decisão, todos os atos investigatórios (e eventuais provas) derivados das interceptações telefônicas deverão ser desentranhados do processo, cabendo ao Tribunal de Justiça de Goiás *“verificar se remanesce motivo para o prosseguimento da ação com base em provas autônomas que possam sustentar a acusação.”*

O que ocorreu neste caso foi o fato de que, durante investigações realizadas pela Polícia Federal, em 2008 e 2009, foram autorizadas por um Juiz Federal interceptações telefônicas que, fortuitamente, acabaram por revelar relações entre o investigado e diversos políticos, entre eles o ex-Senador que, em 2012, acabou por ser indiciado no Inquérito n. 3430, iniciado no Supremo Tribunal Federal.

Como o Senador foi cassado naquele mesmo ano, o processo foi remetido ao Tribunal de Justiça de Goiás, em razão de se tratar de um Procurador de Justiça (até então licenciado do Ministério Público de Goiás). Oferecida a denúncia, o Tribunal recebeu a peça acusatória, na qual se imputava ao ex-Senador do Democratas a prática dos crimes de corrupção passiva e advocacia administrativa (arts. 317 e 321 do Código Penal).

Ao longo do processo, a defesa sempre alegou nulidade das interceptações telefônicas, afirmando que teria havido usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, pois realizadas sem a autorização da Corte Suprema. A tentativa de trancar o processo, porém, foi rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça, que julgou válidas as provas obtidas por meio da referida fonte de prova.

Em sua defesa, o réu sustentava que tinha sido *“alvo de uma articulada e estratégica teia investigativa ilegalmente promovida pela Polícia Federal, Ministério Público Federal e juízo federal de primeiro grau, com anuência e supervisão extraoficial*

do Procurador-Geral da República à época.” Alegava, outrossim, “que a investigação se dirigiu a ele a partir de uma descoberta fortuita, mas, em seguida, prosseguiu por meses a fio, a fim de juntar provas que vieram a integrar a denúncia.”

Agora, no julgamento do Recurso Ordinário Constitucional, o relator, Ministro Dias Toffoli, leu diversos trechos das respectivas degravações para demonstrar que, *“desde o início das investigações, em 2008, já havia indícios do possível envolvimento de políticos de expressão nacional – inclusive com a produção de relatórios à parte relativos a essas autoridades, com foro por prerrogativa de função – e que o Ministério Público tinha ciência desses fatos.”* Afirmou, inclusive, que em alguns trechos, os relatórios sinalizam que a remessa do caso *“atrapalharia as investigações.”* Nada obstante, apenas em junho de 2009 é que a Polícia Federal remeteu os autos à Suprema Corte.

Segundo o relator, *“embora o recorrente não tenha sido o alvo direto das investigações, o surgimento de indícios de seu envolvimento tornava impositiva a remessa do caso para o Supremo Tribunal Federal e o prosseguimento das interceptações configurou um **modus operandi** controlado, cujo intuito seria o de obter, por via oblíqua, mais indícios de envolvimento do então Senador, sem autorização do Supremo Tribunal Federal”.*

Seguindo o entendimento do relator, o Ministro Teori Zavascki, afirmou tratar-se de um caso clássico de usurpação de competência: *“É lamentável que esses episódios ocorram, e não é a primeira vez. Se temos constitucionalmente uma distribuição de competência, é preciso que isso seja realmente levado a sério. Apesar das evidências robustas, as provas são ilícitas.”*

Também o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do inquérito contra o ex-Senador (que tramitou naquela Corte), ressaltou *“que havia mais de mil páginas referentes às interceptações realizadas sem autorização do Supremo Tribunal Federal, configurando uma situação intolerável, sob pena de desmoronarem as instituições. O Supremo não tolerará qualquer tipo de usurpação de sua competência”*, afirmou o Ministro.

Na mesma linha de posicionamento, o Ministro Celso de Mello, afirmou que *“o caso revela um quadro censurável de gravíssimas anomalias de índole jurídica, estando patente o desrespeito à ordem constitucional, e a decisão deve servir de referência aos agentes estatais. Diante do possível cometimento, por um Senador da República, de uma suposta prática delituosa, caberia à autoridade judiciária de primeira instância, sob cuja supervisão tramitava o procedimento de investigação, imediatamente, reconhecer sua falta de competência e determinar o encaminhamento dos autos ao Supremo Tribunal Federal.”*

Por fim, o Presidente da Segunda Turma, Ministro Gilmar Mendes, ressaltou que se trata de *“um bom caso de abuso de autoridade, no qual, conscientemente e por tempo indeterminado, se deixou que a investigação prosseguisse em relação a pessoas dotadas, à época, de prerrogativa de foro, sem a necessária autorização. O caso transcende seu próprio objeto, sendo fundamental que estejamos estabelecendo um precedente crítico em*

relação a abusos que se perpetram na seara da proteção dos direitos e garantias individuais, sendo o mais caro deles o direito à liberdade.”

Pois bem.

Com inteira razão julgou o Supremo Tribunal Federal, considerando ser inadmissível qualquer iniciativa (ou mesmo a continuidade) de uma investigação criminal quando haja suspeita de prática de infração penal por parte de detentor de foro por prerrogativa de função. Se cabe ao respectivo tribunal o processo e o julgamento do caso penal, por óbvio (pelo menos do ponto de vista da nossa normatividade) deve a anterior investigação criminal ser ao menos “supervisionada” pelo órgão colegiado.

Aliás, não foi a primeira vez que se firmou na Suprema Corte este entendimento. A mesma 2ª. Turma já havia concedido um Habeas Corpus de ofício para extinguir, por ausência de justa causa, a Ação Penal nº. 933, ajuizada contra um Deputado Federal, acusado de praticar um crime eleitoral. Em questão de ordem, os Ministros entenderem que houve nulidade na investigação com relação ao réu, uma vez que o procedimento foi supervisionado por Juízo incompetente. De acordo com os autos, o Deputado Federal foi indiciado em inquérito supervisionado por Juiz de primeiro grau quando cumpria mandato de Prefeito. Recebida a denúncia em primeira instância, os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal após a diplomação do réu como Deputado Federal.

Pela decisão, a competência para supervisionar investigação de crime eleitoral imputado a prefeito é do Tribunal Regional Eleitoral, segundo destacou o relator da ação, Ministro Dias Toffoli, citando o Enunciado 702 da súmula do Supremo Tribunal Federal. No caso, segundo o Ministro, houve indícios de que o então Prefeito teria praticado crime eleitoral por ter supostamente oferecido emprego a eleitores em troca de votos, valendo-se do cargo que ocupava. *“Nesse contexto, não poderia o inquérito ter sido supervisionado por juízo eleitoral de primeiro grau e muito menos poderia a autoridade policial direcionar as diligências apuratórias para investigar o prefeito e tê-lo indiciado”*, disse. Dessa forma, segundo o relator, *“a usurpação da competência do Tribunal Regional Eleitoral para supervisionar as investigações constitui vício que contamina de nulidade aquela investigação realizada em relação a este detentor de prerrogativa de foro”*.

O mesmo entendimento foi adotado no julgamento do Inquérito nº. 2116, em que o Ministério Público Federal pedia a apuração de possível envolvimento de um Senador em suposto esquema de desvio de verbas federais em obras municipais. O Plenário decidiu que o Inquérito deveria prosseguir sob a fiscalização da Suprema Corte. Também no julgamento do Inquérito nº. 3305, no qual um Deputado Federal era acusado de fazer parte de quadrilha destinada ao desvio de recursos públicos. A denúncia foi rejeitada em razão de o inquérito ter sido conduzido em primeira instância, mesmo depois da inclusão de parlamentar federal entre os investigados. O relator do inquérito, Ministro Marco Aurélio, ressaltou que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que a competência do Tribunal para processar autoridades com prerrogativa de foro inclui a fase de inquérito. Uma vez identificada a participação dessas autoridades, os autos devem ser imediatamente remetidos à Corte. *“É inadmissível que uma vez surgindo o envolvimento de detentor de*

prerrogativa de foro, se prossiga nas investigações”, afirmou o Ministro. Seu voto foi acompanhado por unanimidade.

Também no mesmo sentido, a Primeira Turma determinou o arquivamento do Inquérito nº. 3552, no qual um Deputado Federal era acusado de contratação de uma funcionária fantasma em seu gabinete na Câmara dos Deputados. Os Ministros acolheram a questão de ordem apresentada pela defesa no sentido de que a investigação criminal havia sido conduzida em primeira instância, mesmo depois da inclusão de parlamentar federal entre os investigados, usurpando a competência do Supremo.

De igual maneira, o Ministro Gilmar Mendes determinou o arquivamento do Inquérito 2963, contra um Senador da República, sua esposa e quatro filhos por suposta prática dos crimes de falsidade ideológica, desvio de contribuições previdenciárias e crimes contra a ordem tributária. O inquérito foi instaurado pela Polícia Federal em Boa Vista (RR), por requisição do Ministério Público Federal. A decisão, conforme o Ministro, ocorreu sem prejuízo de que novo procedimento de investigação venha a ser instaurado para apurar os fatos citados na notícia-crime. Porém, ele entendeu que o inquérito deveria ser trancado por não ter sido requerido pelo Procurador-Geral da República. O relator observou que a requisição para a instauração do inquérito pela Polícia Federal foi realizada por Procurador da República, sem qualquer delegação do Procurador-Geral da República. *“Como cediço, o inquérito para investigar fatos em tese praticados por membro do Congresso Nacional, na qualidade de coautor ou autor, não só é supervisionado pelo STF, como tem tramitação eminentemente judicial e não obedece ao processamento dos ordinários inquéritos policiais*”, disse o Ministro, salientando que, nesses casos, a abertura da investigação apenas se dá no Supremo Tribunal Federal, por requisição do Procurador-Geral da República ou de subprocurador-geral da República que atue na Corte mediante delegação. Também pode ser citado o julgamento da Petição nº. 3825.

Sobre a investigação criminal supervisionada judicialmente, assim afirmou o Ministro Gilmar Mendes: *“Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, 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 Supremo Tribunal Federal. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do Supremo Tribunal Federal. 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 exercício de competência penal originária do Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, art. 102, I, b c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e Regimento Interno, 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**. Questão de ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado. Conforme o Supremo Tribunal Federal: A outorga de competência originária para processar e julgar determinadas Autoridades (detentoras de foro por prerrogativa de*

função) não se limita ao processo criminal em si mesmo, mas, à base da teoria dos poderes implícitos, estende-se à fase apuratória pré-processual, de tal modo que cabe igualmente à Corte – e não ao órgão jurisdicional de 1ª instância - o correlativo controle jurisdicional dos atos investigatórios (Supremo Tribunal Federal: Reclamação 2349/TO, – Reclamação nº. 1150/PR). A inobservância da prerrogativa de foro conferida a Deputado Estadual, ainda que na fase pré-processual, torna ilícitos os atos investigatórios praticados após sua diplomação (Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 94.705/RJ, relator Ministro Ricardo Lewandowski). A partir da diplomação, o Deputado Estadual passa a ter foro privativo no Tribunal de Justiça, inclusive para o controle dos procedimentos investigatórios, desde o seu nascedouro até o eventual oferecimento da denúncia.” (Inquérito nº. 2411/MT, Informativo 483 do Supremo Tribunal Federal).

Nada obstante tais decisões, deve-se ressaltar ser um tanto quanto estranho que um órgão jurisdicional “supervisione” uma investigação criminal e depois processe e julgue o mesmo caso penal (sendo o relator também o mesmo, o que é mais grave). Sob o ponto de vista do Sistema Acusatório, e em respeito às suas regras e aos seus princípios, tal “investigação supervisionada” soa, no mínimo, inadequada e estranha aos postulados constitucionais. Por enquanto, porém, é o que temos nesta verdadeira “Torre de Babel” que é a Investigação Preliminar no Processo Penal Brasileiro.

A propósito, este caso agora julgado pelo Supremo Tribunal Federal lembra aquele lamentável episódio ocorrido no processo que tramita na 13ª. Vara Federal de Curitiba, no bojo da chamada "Operação Lavajato", tendo à frente o Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, quando foi determinada a interceptação telefônica do ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva. Naquela oportunidade, durante o curso da interceptação telefônica, a então Presidenta da República ligou para o telefone que estava sob monitoramento judicial e ambos travaram um rápido diálogo.

Ocorreu, portanto, o que chamamos de encontro casual ou fortuito (fenômeno da serendipidade): durante a interceptação telefônica é possível que fatos novos (não objetos da autorização judicial) ou nomes novos (não indicados pelo Magistrado) possam vir a ser citados. Nestes casos, discute-se doutrinariamente, e mesmo na jurisprudência, a validade probatória do que foi interceptado casualmente (ou mesmo como mero ato investigatório ou como uma notícia-crime).

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já enfrentou a matéria em algumas oportunidades, como no julgamento do Agravo de Instrumento nº. 626214, admitindo-se o uso de prova obtida casualmente em interceptação telefônica judicialmente autorizada. Em outro caso, julgando o Habeas Corpus nº. 102304, a Suprema Corte também entendeu que a prova foi obtida de forma legal. Neste caso, nas escutas telefônicas realizadas pela Polícia Federal na linha de um corrêu na mesma ação, com a devida autorização judicial, a polícia encontrou indícios da prática do crime previsto no artigo 333 do Código Penal, por parte dos dois. A relatora da ação, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, rechaçou os argumentos da defesa. Para ela, a conversa foi interceptada quando já havia autorização para quebra do sigilo e, portanto, foram obtidas de forma totalmente lícita. Se durante uma interceptação se revela uma realidade fática nova, mesmo que sobre terceiros, explicou a

ministra, nada impede que essas provas possam ser usadas para sustentar uma persecução penal. A Ministra lembrou, inclusive, que a autorização de quebra de sigilo telefônico vale não só para o crime objeto do pedido, mas quaisquer outros. Se a interceptação foi autorizada, concluiu a ministra, ela é lícita, e captará toda a conversa lícitamente.

A matéria também foi objeto de análise no Superior Tribunal de Justiça: “*O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo bancário e fiscal determinada para apuração de outros crimes não impede, por si só, que os dados colhidos sejam utilizados para a averiguação da suposta prática daquele delito. Com efeito, pode ocorrer o que se chama de fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação. Precedentes citados: HC 187.189-SP, Sexta Turma, DJe 23/8/2013; e RHC 28.794-RJ, Quinta Turma, DJe 13/12/2012.*” (Habeas Corpus nº. 282.096-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/4/2014). Também no Recurso em Habeas Corpus nº. 50011/PE - 2014/0170879-8, autuado em 31/07/2014.

Neste episódio, nada republicano, o que deveria ter feito o Juiz Sérgio Moro? Ter remetido imediatamente os autos, sob sigilo absoluto, ao Presidente da Suprema Corte para encaminhamento ao Procurador-Geral da República, única autoridade no Brasil com atribuição inicial para avaliar, sob o prisma do Direito Penal, a conduta da Chefe de Governo. Obviamente que o segredo não aproveitaria o investigado, mas a então Presidenta da República, não investigada e, à época, detentora de prerrogativa de foro. Isso era do interesse público: a preservação da autoridade da Presidenta da República (que não está imune à jurisdição penal, evidentemente).

Não o fazendo, ou melhor, fazendo rigorosamente o inverso, ou seja, levantando o sigilo anteriormente imposto à investigação e possibilitando a divulgação da conversa, incidiu o Magistrado, ao menos em tese, no tipo penal previsto no art. 4º., "h", da Lei nº. 4.898/65, pois praticou "*ato lesivo da honra*" de pessoa física "*sem competência legal.*" Obviamente, é inadmissível um Juiz de primeiro grau ter acesso a uma conversa privada de uma Chefe de Estado e, simplesmente, com uma canetada, divulgá-la. Em nome de quê? Do interesse público? Qual interesse público? Desestabilizar um Governo, as instituições, a nação? Havia outras autoridades na República com competência para fazê-lo. Não ele.