

RECLAMAÇÃO 24.473 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
RECLTE.(S) : MESA DO SENADO FEDERAL
ADV.(A/S) : ALBERTO MACHADO CASCAIS MELEIRO E
OUTRO(A/S)
ASSIST.(S) : GLEISI HOFFMANN
ADV.(A/S) : ALBERTO MACHADO CASCAIS MELEIRO
RECLDO.(A/S) : JUIZ FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL
ESPECIALIZADA EM CRIMES CONTRA O SISTEMA
FINANCEIRO NACIONAL E EM LAVAGEM DE
VALORES DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S) : PAULO BERNARDO SILVA
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Esclareço, inicialmente, que consignei em despacho a pretensão de submeter o feito a julgamento Plenário. Todavia, considerando o congestionamento da sua pauta dirigida e a necessidade de conferir provimento judicial ao caso, trago o feito a julgamento deste douto colegiado, que, como se sabe, atua por delegação do Tribunal Pleno.

Feito esse registro inicial, relato que o caso é de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada pela Mesa do Senado Federal, ao fundamento de que o Juiz Federal da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo teria, “ilegalmente e em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, promovido busca e apreensão nas dependências de apartamento funcional de Senadora da República.”

Segundo a inicial,

“[e]m 23 de junho de 2016, a Polícia Federal, em cumprimento de decisão exarada pela autoridade reclamada,

procedeu a busca e apreensão' - supostamente direcionada ao investigado PAULO BERNARDO SILVA - no imóvel funcional dos próprios do Senado Federal afetado ao uso de Sua Excelência a Senadora GLEISI HOFFMAN, sito à SQS 309, Bloco G, Apartamento 203, Asa Sul, Brasília, DF.

(...)

Na decisão impugnada, a autoridade reclamada chega a mencionar claramente conhecer a existência de inquéritos em face da Senadora em referência perante o Supremo Tribunal Federal, e, no entanto, ainda assim afirma não existir óbice à busca e apreensão em sua residência, fazendo um claro jogo de palavras para fazer crer que seria possível aos executores da ordem dissociar os documentos eventualmente relativos à autoridade com prerrogativa de foro de seu marido. Veja-se o seguinte excerto:

(...)

Há uma clara inversão do papel que lhe deveria caber, na ocasião: diante de diligência probatória que pode incidir sobre pessoa com prerrogativa de foro, seu dever era submeter a questão ao Supremo Tribunal Federal. Esse aspecto será abordado adiante.

Ademais, como se leu acima, o mandado é completamente genérico, não permitindo ao órgão de execução efetivamente separar o que fosse de propriedade da Senadora daquilo que efetivamente se referisse ao seu esposo - se é que isso seria possível.

O objeto da presente reclamação, portanto, refere-se à ilegalidade (e inconstitucionalidade) do ato de busca e apreensão, em virtude da usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, o que implica em sua nulidade absoluta e na nulidade das eventuais peças de informação obtidas ou decorrentes deste ato processual inválido.”

Nesse contexto, defende a autora a sua legitimidade para propor a presente reclamatória, ao fundamento de que

“é dever desta Instituição defender com prioridade absoluta todas as garantias e prerrogativas previstas pela Constituição Federal para assegurar o livre desempenho da função parlamentar, dentre as quais se inclui, evidentemente, as inviolabilidades formais e materiais contidas no artigo 53 da Carta Magna.

Logo, proteger as inviolabilidades de seus membros, em situações tais como a versada nos presentes autos,' não é outra coisa, senão resguardara própria autonomia institucional desta Casa Legislativa.

Em suma: não se trata, "no caso vertente, de defender em juízo direito alheio em nome próprio; antes, e, em verdade, trata-se de defender uma garantia institucional do próprio Congresso Nacional e de seus Membros, e exercer a atribuição dada pelo Regimento Interno do Senado Federal a seu Presidente, consistente em "velar pelo respeito às prerrogativas do Senado e às imunidades dos Senadores" (art. 48, inc. II, do Regimento Interno do Senado Federal, aprovado pela Resolução nº 93, de 1970 - redação atualizada)."

Aduz a reclamante que

“o debate jurídico deve se centrar acerca da possibilidade de a autoridade judicial deferir providências cautelares penais que estejam diretamente relacionadas a um membro do Congresso Nacional, ainda que imediatamente se vinculem a pessoa sem prerrogativa de foro.

Em outras palavras, o que se impugna na presente reclamação é uma hipótese de **falso encontro fortuito**, cujas conseqüências eram previamente calculáveis e antecipáveis.

Com efeito, não se pode convalidar hipótese em que o órgão de persecução penal e o magistrado deferem providência contra um determinado cidadão, previamente cientes de que estas mesmas providências terão o condão de, em caso de sucesso, implicar a um terceiro - este com foro por prerrogativa de função no STF.

Ora, a sociedade conjugal entre o investigado e a Senadora da República é um fato público e notório - assim como é de conhecimento público que Sua Excelência atualmente figura como investigada em inquéritos conexos perante o Supremo Tribunal Federal.

Sendo, como é, indissociável a titularidade dos documentos, objetos e bens a serem apreendidos no domicílio de uma sociedade conjugal (se do marido, ou da esposa), deveria se observar o foro desta, e não daquele, para a decisão de busca e apreensão domiciliar.

Importa destacar, ainda, que os apartamentos funcionais dos parlamentares, longe de se tratar de mera residência, são locais de atividade político-legislativa -, portanto, são **bens públicos afetados ao interesse legislativo, e submetidos ao mesmo regime de imunidade de sede do próprio Parlamento**, de que se tratará adiante.

Assim, inarredável a conclusão de que uma busca e apreensão determinada no imóvel funcional de Senadora da República deveria ser previamente autorizada pelo Ministro competente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e jamais por um magistrado em primeira instância.

(...)"

Sustenta a reclamante, ainda, a ilegalidade do cumprimento de busca e apreensão em imóvel funcional administrado pelo Senado Federal, que se considera como dependências sob sua responsabilidade, sem o acompanhamento da Polícia Legislativa.

A seu ver,

"[a] prova é ilícita, portanto, porque colhida em violação à regra de competência constitucional para o processamento de membro do Congresso Nacional - dado que se sabia ou deveria saber, de antemão, da possibilidade de que a busca repercutisse na esfera do *status libertatis* da Senadora Gleisi Hoffmann.

Desse modo, sua consequência é a sua declaração de nulidade, com inviabilidade de que tais elementos operem

sobre a esfera da referida autoridade, conforme o disposto no art. 5º inc. LVI, da Constituição da República (...)"

Ante o exposto, requer a reclamante

"seja concedida, em caráter liminar, *inaudita altera parte*, a suspensão dos efeitos do ato impugnado, promovido pelo Reclamado e que constitui objeto da presente petição (art. 989, inc. II, do CPC e art. 158 do RISTF), com supressão de todas as provas colhidas na diligência citada."

No mérito, requer

"a. seja confirmada a liminar eventualmente deferida e declarada absolutamente nula a decisão de busca e apreensão impugnada, e seus atos de execução e todas as provas obtidas, bem como as decorrentes, por violação da competência privativa do Supremo Tribunal Federal, com a consequente desentranhamento e devolução do material à Senadora da República interessada.

b. Subsidiariamente, **requer a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício pelo Tribunal a fim de declarar nulidade do ato de busca e apreensão**, por ilegalidade e inconstitucionalidade, decorrente da violação da imunidade de sede do Senado Federal, com a consequente devolução do material apreendido a seus donos." (grifos do autor)

O feito foi originariamente distribuído ao Ministro **Celso de Mello**, que requisitou prévias informações ao juízo reclamado, as quais foram devidamente prestadas.

Posteriormente, os autos foram redistribuídos à minha relatoria, por força de prevenção, em face de decisão anterior que proferi na Rcl nº 24.506-MC.

Considerando as informações encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal pela autoridade reclamada (Petição/STF nº 35657) e o Ofício nº

RCL 24473 / SP

9806, oriundo da Procuradoria da República em São Paulo (Petição/STF nº 35743), determinei que a Procuradoria-Geral da República se manifestasse a seu respeito.

O então Procurador-Geral da República **Rodrigo Janot Monteiro de Barros**, preliminarmente, sustentou a impossibilidade de,

“no caso concreto, a Mesa do Senado Federal [ajuizar] a presente demanda em sede criminal, malgrado sua (em tese) legitimidade para defesa da autonomia e independência frente aos demais poderes (v.g. ADI n. 1.577-DF, Min. Ellen Gracie, publicado no DJ em 18.6.2004).

A premissa que autoriza o reconhecimento excepcional de capacidade judiciária à Mesa do Senado Federal para o ajuizamento de reclamação constitucional, contudo, não se faz presente.”

A seu ver,

“o ato que se aponta como usurpador da competência do Supremo Tribunal Federal foi tomado no curso de investigação instaurada com o fim de elucidar suposto crime cometido por PAULO BERNARDO SILVA, pessoa que não detém qualquer vínculo funcional com a Casa Legislativa ora reclamante.

O pedido veiculado na presente demanda, e que lhe define o objeto, consiste em ver reconhecida a nulidade de decisão de busca e apreensão na residência de PAULO BERNARDO DA SILVA, o que em nada se relaciona às prerrogativas institucionais do Senado Federal, tampouco de seus membros.”

Aduz que

“ (...) **não há** no ato apontado como *supostamente* usurpador da competência do Supremo qualquer elemento que justifique o reconhecimento excepcional de capacidade

judiciária à Mesa do Senado para a presente reclamação” (grifo do autor).

No mérito, sustenta o Procurador-Geral da República que não houve usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que

a decisão que ora se ataca teve origem em decisão do próprio Supremo Tribunal Federal nos autos do Inquérito 4130, que determinou fossem mantidos nessa Casa *apenas as investigações relativas à Senadora Gleisi Hoffman*.

Se o próprio STF determinou que se prosseguissem as investigações quanto a PAULO BERNARDO perante a Justiça Federal em São Paulo, obstar o cumprimento de mandado de busca e apreensão tão somente pela circunstância da coabitação com a cônjuge detentora de foro por prerrogativa de foro equivaleria a indesejável blindagem, incompatível com o Estado republicano.

Isso porque, se a investigação quanto a PAULO BERNARDO não prossegue no STF, pois não detentor de prerrogativa e consoante expressamente determinado por esse Tribunal no Inq 4.130, e, de outra sorte, consoante defende a reclamante, não pode o Juízo de primeiro grau atuar, porque supostamente a diligência poderia vir a atingir a esposa, que é Senadora, o aludido investigado estaria em uma zona imune à atuação do Estado, por interpretação extensiva da imunidade dos parlamentares incompatível com a Carta da República.

(...)

Há se frisar, portanto que, sendo a **diligência determinada alusiva tão somente a PAULO BERNARDO**, é totalmente descabido invocar a imunidade parlamentar ou prerrogativas das Casas Parlamentares para se pretender esvaziar a competência do juízo natural para a persecução penal em face de **PAULO BERNARDO, que não é parlamentar**, nem detém qualquer prerrogativa de foro.

Se houver – *ad argumentandum tantum* – algum documento apreendido que diga respeito a fatos *exclusivamente*

relacionados à senadora, há se proceder à devolução. Mas jamais reconhecer a ilegalidade do procedimento.” (grifos do autor)

Por fim, sustenta ser “absolutamente incabível o pedido subsidiário de concessão de *habeas corpus*, pois implicaria indesejável e indevida antecipação, *per saltum*, de provimento liminar de *habeas corpus* de ofício contra ato direto de juízo de primeiro grau.”

Ante o exposto, o Procurador-Geral da República manifestou-se “pela negativa de seguimento à reclamação ou, caso processada, pela improcedência dos pedidos nela veiculados.”

Em 8/7/16, a Egrégia Presidência do Supremo Tribunal Federal, ao fundamento de que “o caso sob exame não se amolda[va] à hipótese prevista no art. 13, VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”, determinou o encaminhamento dos autos ao Relator.

Considerando-se que, na espécie, o beneficiário da decisão impugnada é o próprio Ministério Público Federal, reputei desnecessária a sua citação (CPC, art. 989, III), haja vista que a Procuradoria-Geral da República já se manifestou nos autos.

Finalmente, em 23/8/16, diversamente do que sustentou a Procuradoria-Geral da República, admiti a intervenção da Senadora Gleisi Helena Hoffman na qualidade de assistente, assegurando-lhe a faculdade de sustentar oralmente suas razões por ocasião do julgamento, diante do seu nítido interesse jurídico no deslinde do feito.

É o relatório.

RECLAMAÇÃO 24.473 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, trata-se de reclamação ajuizada pela Mesa do Senado Federal, ao fundamento de que o Juiz Federal da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo teria, “ilegalmente e em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, promovido busca e apreensão nas dependências de apartamento funcional de Senadora da República”.

De largada, discorro a respeito da legitimidade do Senado Federal para ajuizar a presente demanda em sede criminal.

Pois bem, a capacidade de ser parte, de acordo com **Celso Agrícola Barbi**,

“liga-se à existência de personalidade jurídica. Mas, por questão de conveniência, a lei processual pode atribuir aquela capacidade a figuras que não têm essa personalidade, tal como se dá com a massa falida, a herança jacente, o espólio, a sociedade de fato e a massa do devedor civil insolvente, a teor dos arts. 12, III, IV, V e VII; e 766, II, do Código de Processo Civil.”¹

Por sua vez, **Cândido Rangel Dinamarco**, após afirmar que a capacidade de ser parte coincide, aproximadamente, com a personalidade jurídica, observa que

“(…) a lei processual vai além e **confere mera personalidade processual a alguns outros entes que, sem serem pessoas físicas ou jurídicas em sentido integral, são admitidas no processo como partes (…)**.

O que há em comum entre as pessoas físicas e jurídicas e esses **entes personalizados exclusivamente para fins processuais** é sua capacidade de serem titulares das situações

1 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1, p. 85.

jurídicas processuais – e, daí, sua *capacidade de serem partes*”² (grifei).

Outrossim, por atribuição constitucional, presta-se a reclamação a preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e a garantir a autoridade de suas decisões (CF, art. 102, inciso I, alínea I), bem como a resguardar a correta aplicação das súmulas vinculantes (CF, art. 103-A, § 3º, CF/88).

A reclamatória, neste aspecto, exsurge como instrumento de promoção do diálogo, nesta Suprema Corte, entre o caso concreto e os precedentes em processos objetivo ou subjetivo, cuja admissibilidade está condicionada à efetiva demonstração de: **a) desrespeito à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal**, porquanto configurada errônia na aplicação do entendimento a evidenciar teratologia da decisão reclamada; e **b) usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal**, pois existente, **b.i)** no caso concreto, peculiaridades que impossibilitam a aplicação adequada da norma de interpretação extraída do precedente (**distinguishing**) a demandar pronunciamento desta Suprema Corte acerca da matéria constitucional no caso concreto, acaso verificada repercussão geral, ou, **b.ii)** em hipótese excepcionalíssima, a necessidade de revisitação dos fundamentos do precedente, tendo em vista a alteração do ordenamento jurídico vigente ao tempo do julgamento ou das circunstâncias fáticas históricas que impactaram a interpretação da norma, com possibilidade de sua superação (**overruling**).

Assentadas essas premissas, registro que a presente reclamação foi ajuizada na defesa da prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, da Senadora da República Gleisi Helena Hoffman, que teria sido violada pelo juízo reclamado, ao direcionar à parlamentar, de forma indireta, a medida de busca e apreensão, realizada nas dependências do apartamento funcional por ela ocupado.

Nos termos do art. 48, II, do Regimento Interno do Senado Federal, compete ao seu Presidente, membro nato da Mesa do Senado, “velar pelo

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II, pp. 289-291,

respeito às prerrogativas do Senado e às imunidades dos Senadores".

Encontra-se presente, portanto, a pertinência temática entre o objeto da reclamação e a atuação da Mesa do Senado Federal na qualidade de ente despersonalizado, o que lhe outorga a capacidade de ser parte ativa nesta ação.

Corroborando essa conclusão, a própria Constituição Federal outorgou à Mesa do Senado Federal legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 103, inciso II), vale dizer, reconheceu-lhe expressamente a capacidade de ser parte em juízo.

Logo, não obstante os argumentos do Procurador-Geral da República, não há como se afastar a legitimidade da Mesa do Senado para a presente reclamatória ao argumento de que a diligência ordenada pelo juízo reclamado seria alusiva tão somente ao investigado Paulo Bernardo da Silva. Do contrário, estar-se-ia subtraindo do Supremo Tribunal Federal a competência para analisar se a medida impugnada extrapolou ou não os limites do exercício da jurisdição de primeiro grau.

Reconheço, portanto, a legitimidade ativa *ad causam* da reclamante para o manejo da presente ação.

Dando continuidade, **passo à análise da aventada usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal**, promovida pelo Juiz Federal da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo ao determinar busca e apreensão nas dependências de apartamento funcional de Senadora da República.

Como se sabe, a busca e apreensão é um **meio de obtenção de prova**, assim como o são a colaboração premiada, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas e o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (art. 3º da Lei nº 12.850/13).

Conforme assentei no julgamento do HC nº 127.483/PR, de **minha relatoria**,

“[c]umpre, aqui, extremar, de um lado, meios de prova e,

de outro, meios de pesquisa, investigação ou obtenção de prova.

Mario Chiavario, com base na tipologia adotada pelo Código de Processo Penal italiano, distingue meios de prova (**mezzi di prova**) dos meios de pesquisa de prova (**mezzi di ricerca della prova**): os primeiros definem-se oficialmente como os meios por si sós idôneos a oferecer ao juiz resultantes probatórias diretamente utilizáveis em suas decisões; os segundos, ao revés, não constituem, **per se**, fonte de convencimento judicial, destinando-se à “aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória”, os quais, por intermédio daqueles, podem ser inseridos no processo (**Diritto processuale penale – profilo istituzionale**. 5. ed. Torino: Utet Giuridica, 2012. p. 353).

Para **Antônio Magalhães Gomes Filho**.

“[o]s *meios de prova* referem-se a uma atividade *endoprocessual* que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando a introdução e fixação de dados probatórios *no processo*. Os *meios de pesquisa* ou *investigação* dizem respeito a certos procedimentos (em geral, *extraprocessuais*) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo).

Com base nisso, o Código de Processo Penal italiano de 1988 disciplinou, em títulos diferentes, os *mezzi di prova* (testemunhos, perícias, documentos), que se caracterizam por oferecer ao juiz resultados probatórios diretamente utilizáveis na decisão, e os *mezzi di ricerca della prova* (inspeções, buscas e apreensões, interceptações de conversas telefônicas etc.), que não são por si fontes de conhecimento, mas servem para adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, e que também podem ter como destinatários a polícia judiciária

ou o Ministério Público” (Notas sobre a terminologia da prova - reflexos no processo penal brasileiro. In: **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Org.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo, DSJ Ed., 2005, p. 303-318).

No mesmo sentido, aduz **Gustavo Badaró** que,

“enquanto os **meios de prova** são aptos a servir, **diretamente**, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, **os meios de obtenção de provas** somente **indiretamente**, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos” (**Processo Penal**. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier. 2012, p. 270).

Há que se distinguir, ainda, “elemento de prova” de “resultado da prova”.

Antônio Magalhães Gomes Filho, após assentar a natureza polissêmica do vocábulo “prova”, aduz que,

“na terminologia do processo, a palavra *prova* serve também para indicar cada um dos *dados objetivos* que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa. É o que se denomina *elemento de prova* (*evidence*, em inglês). Constituem elementos de prova, por exemplo, a declaração de uma testemunha sobre determinado fato, a opinião de um

perito sobre a matéria de sua especialidade, o conteúdo de um documento etc.

(...)

Sob outro aspecto, a palavra *prova* pode significar a própria conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova existentes, a propósito de um determinado fato: é o *resultado da prova* (*proof*, em inglês), que é obtido não apenas pela soma daqueles *elementos*, mas sobretudo por meio de um procedimento intelectual feito pelo juiz, que permite estabelecer se a afirmação ou negação do fato é verdadeira ou não” (Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro. In: **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Org.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo, DSJ Ed., 2005, p. 303-318).” (Tribunal Pleno, DJe de 3/2/16).

Como se observa, a busca e apreensão, como **meio de obtenção de prova**, destina-se à “aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória.”

Logo, a busca e apreensão **não** constitui meio de prova propriamente dito, destinando-se à conservação dos elementos de prova apreendidos (*v.g.*, produto do crime, instrumentos utilizados na sua prática, documentos e objetos necessários à prova da infração ou à defesa do imputado).

Por sua vez, a busca e apreensão domiciliar, por expressa determinação constitucional, ressalvada a hipótese de flagrante delito, exige autorização judicial (CF, art. 5º, inciso XI).

Como asseverou o eminente Ministro **Celso de Mello** no voto condutor do RHC nº 90.376/RJ, Segunda Turma, DJe de 18/5/07,

“[n]ão se pode perder de perspectiva, neste ponto, Senhores Ministros, qualquer que seja a natureza da atividade desenvolvida por agentes do Poder Público, **em tema** de

repressão penal, que a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar atua como fator de restrição às diligências empreendidas pelos órgãos do Estado, que não poderão desrespeitá-la, sob pena de o ato transgressor infirmar a própria validade jurídica da prova resultante de tal ilícito comportamento.

É imperioso, portanto, que as autoridades e agentes do Estado não desconheçam que a proteção constitucional ao domicílio - que emerge, com inquestionável nitidez, da regra inscrita no art. 5º, XI, da Carta Política - tem por fundamento norma revestida do mais elevado grau de positividade jurídica, que proclama, a propósito do tema em análise, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (grifei).

Vê-se, pois, que a Carta Federal, em cláusula que tornou juridicamente mais intenso o coeficiente de tutela dessa particular esfera de liberdade individual, assegurou, em benefício de todos, a prerrogativa da inviolabilidade domiciliar. Sendo assim, ninguém, especialmente a autoridade pública, pode penetrar em casa alheia, exceto (a) nas hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional ou, então, (b) com o consentimento de seu morador, que se qualifica, para efeito de ingresso de terceiros no recinto privado, como o único titular do direito de inclusão e de exclusão.” (grifos do autor)

Outrossim, não é qualquer autorização judicial que permite validamente romper a garantia da inviolabilidade do domicílio, sendo mister conjugá-la com a garantia constitucional do juiz natural, segundo a qual ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (CF, art. 5º, inciso LIII).

A relevância dessa garantia foi bem destacada pela Corte no julgamento do HC nº 106.171/AM. **Vide:**

“(...) o princípio da naturalidade do juízo representa uma

das mais importantes matrizes político-ideológicas que conformam a própria atividade legislativa do Estado e que condicionam o desempenho, por parte do Poder Público, das funções de caráter penal-persecutório, notadamente quando exercidas em sede judicial.

Daí a advertência de JOSÉ FREDERICO MARQUES (“O Processo Penal na Atualidade”, “in” “Processo Penal e Constituição Federal”, p. 19, item n. 7, 1993, Ed. Acadêmica/Amagis, São Paulo), no sentido de que, *ao rol de postulados básicos, deve acrescer-se “aquele do Juiz natural, contido no item nº LIII do art. 5º, que declara que ‘ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente’. É que autoridade competente só será aquela que a Constituição tiver previsto, explícita ou implicitamente, pois, se assim não fosse, a lei poderia burlar as garantias derivadas do princípio do Juiz independente e imparcial, criando outros órgãos para o processo e julgamento de determinadas infrações” (grifei).*

A essencialidade do princípio do juiz natural impõe, ao Estado, o dever de respeitar essa garantia básica que predetermina, em abstrato, os órgãos judiciários investidos de competência funcional para a apreciação dos litígios penais.

Na realidade, o princípio do juiz natural reveste-se, em sua projeção político-jurídica, de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável, incide sobre os órgãos do poder incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal.

Vê-se, desse modo, que o postulado da naturalidade do juízo, ao qualificar-se como prerrogativa individual (“*ex parte subjecti*”), tem, *por destinatário específico*, o réu, erigindo-se, em consequência, como direito público subjetivo inteiramente oponível ao próprio Estado. Esse mesmo princípio, contudo, se analisado em perspectiva diversa, “*ex parte principis*”, atua como fator de inquestionável restrição ao poder de persecução penal, submetendo, o Estado, a múltiplas limitações inibitórias

de suas prerrogativas institucionais.

Isso significa que o postulado do juiz natural deriva de cláusula constitucional tipicamente bifronte, pois, dirigindo-se a dois destinatários distintos, ora representa um direito do réu (eficácia positiva da garantia constitucional), ora traduz uma imposição ao Estado (eficácia negativa dessa mesma garantia constitucional).

O princípio da naturalidade do juízo, portanto, encerrando uma garantia constitucional, limita, de um lado, os poderes do Estado (impossibilitado, assim, de instituir juízos “*ad hoc*” ou de criar tribunais de exceção) e assegura ao acusado, de outro, o direito ao processo perante autoridade competente, abstratamente designada na forma de lei anterior (vedados, em consequência, os juízos “*ex post facto*”).

É por essa razão que ADA PELLEGRINI GRINOVER - após destacar a importância histórica e político-jurídica do princípio do juiz natural - acentua, com apoio no magistério de JORGE FIGUEIREDO DIAS (“**Direito Processual Penal**”, vol. 1/322-323, 1974, Coimbra), que esse postulado constitucional acha-se tutelado por garantias irredutíveis que se desdobram, “na verdade, em três conceitos: só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências, que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja” (“**O Processo em Sua Unidade – II**”, p. 39, item n. 6, 1984, Forense – grifei).” (Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 13/4/11 – grifos do autor)

Portanto, em estrita observância ao princípio do juiz natural, **somente o juiz constitucionalmente competente pode validamente ordenar uma medida de busca e apreensão domiciliar.**

Anote-se que, nos termos do art. 102, I, b, da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, os membros do Congresso Nacional.

Em fiel cumprimento a essa determinação constitucional, foi instaurado, perante esta Suprema Corte, o INQ nº 4.130/PR, de **minha relatoria**, com o fim de apurar possível participação da Senadora Gleisi Helena Hoffman em ilícitos referentes, dentre outros, a repasses de valores pela empresa Consist Software, prestadora de serviços de informática na gestão de empréstimos consignados dos servidores federais, em decorrência de acordo celebrado no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão com a suposta intermediação de empresas de fachada.

Esse inquérito havia sido originariamente instaurado em primeiro grau de jurisdição

“para apurar possível ocorrência dos delitos previstos nos Artigos 299 e 317 do Código Penal, artigo 2º da 12.850 e artigo 1º da Lei n. 9.613/98, tendo em vista a realização de contratos e emissão de notas fiscais ideologicamente falsos contra as empresas Consist Software Ltda. e/ou SWR Informática Ltda. - CNPJ 01.596.922/0001-76 - para pagamentos para a concretização de repasses aos operadores MILTON PASCOWITCH e ALEXANDRE CORREA DE OLIVEIRA ROMANO” (vide portaria inaugural à fl. 5 do procedimento nº 5040449-87.2015.4.04.7000).

No julgamento da Questão de Ordem no INQ nº 4.130/PR, de **minha relatoria**, DJe de 2/2/16, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, assim ordenou o desmembramento desse feito:

“O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o desmembramento do feito, em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro, “deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade do foro por prerrogativa de função, ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante” (Inq nº 2.903/AC-AgR, Pleno, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 1º/7/14).

No mesmo sentido, Inq nº 3.515/SP-AgR, Pleno, Relator o

Ministro **Marco Aurélio**, DJe de 14/3/14; Inq nº 3.802/MG-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 17/9/14; Inq nº 2.116/RR-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJe de 6/2/15.

Na espécie, não se vislumbra a possibilidade de ocorrer relevante prejuízo para a investigação criminal que justifique o **simultaneus processus**, razão por que se impõe o **desmembramento** do feito em relação a todos os investigados que não detêm prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal, a fim de que a investigação prossiga, perante a Suprema Corte, tão somente em relação à Senadora da República Gleisi Helena Hoffmann.

Mais: além de não haver prejuízo relevante para a instrução, a própria heterogeneidade do estágio das investigações recomenda a cisão.

Com efeito, o investigado Alexandre Romano, que não tem prerrogativa de foro nesta Corte, está preso preventivamente desde 15/8/15, por ordem do juízo de primeiro grau, e já foi denunciado por infração ao art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, ao passo que a investigação ainda se encontra embrionária em relação à Senadora da República.

Por óbvio, não compete ao Supremo Tribunal Federal formular juízo de admissibilidade de denúncia formulada isoladamente contra imputado que não detém prerrogativa de foro.”

Em consequência desse desmembramento, a investigação referente a todos os investigados não detentores de prerrogativa de foro foi encaminhada ao primeiro grau de jurisdição, ora sob a supervisão do Juízo Federal da 6ª Vara Criminal de São Paulo.

É estreme de dúvidas, portanto, que a autoridade reclamada, a autoridade policial e o Ministério Público Federal, tinham o **pleno conhecimento** de que a Senadora da República Gleisi Helena Hoffmann permanecia sob investigação desta Suprema Corte, por fatos relacionados, por continência ou conexão, aos demais investigados sem

prerrogativa de foro.

Logo, não há como se cogitar de encontro fortuito de provas em decorrência de diligências ordenadas pelo juízo reclamado para apurar crimes que, primariamente, já eram objeto de investigação perante o Supremo Tribunal Federal.

Prosseguindo na análise, destaco que a reclamação esta consubstanciada na tese de que a busca e apreensão realizada no apartamento funcional da Senadora Gleisi Hoffmann pelo juízo reclamado teria usurpado a competência do Supremo Tribunal Federal e, portanto, seria nula a medida.

A prerrogativa de foro junto ao Supremo Tribunal Federal, por óbvio, se relaciona ao membro do parlamento, e não à titularidade de um imóvel.

Do contrário, ainda que se tratasse de imóvel funcional do Congresso não habitado por parlamentar, estar-se-ia a interditar, de forma desarrazoada, uma diligência de busca e apreensão por ordem judicial que não emanasse do Supremo Tribunal Federal.

Dessa feita, no caso de investigação de um crime de homicídio praticado por uma secretária do lar de um parlamentar federal, por exemplo, o juiz de primeiro grau, em tese, poderia validamente ordenar a realização de busca no seu domicílio funcional, no intuito de apreender a arma empregada no crime.

Essa hipótese seria uma diligência perfeitamente individualizada, estanque e, portanto, incomunicável ao parlamentar ali domiciliado, razão por que, em princípio, não importaria em investigação reflexa sobre o titular de prerrogativa de foro.

Não faria sentido, nesse caso, afetar-se a competência para autorizar essa diligência ao Supremo Tribunal Federal.

Reparem que a questão central para validar a admissibilidade dessa medida invasiva, deferida por juízo diverso do STF, é a absoluta incomunicabilidade do resultado da diligência com o titular de prerrogativa de foro.

E essa, todavia, não é a hipótese dos autos.

Transcrevo, na parte que interessa, a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau:

“C) SOBRE AS MEDIDAS DE BUSCA E APREENSÃO

C.1) OBSERVAÇÃO PRELIMINAR SOBRE A BUSCA E APREENSÃO NA RESIDÊNCIA DE PAULO BERNARDO SILVA, CASADO COM A SENADORA GLEISI HELENA HOFFMAN

Quanto à busca no endereço de Paulo Bernardo, casado com a Senadora da República Gleisi Helena Hoffman, o Ministério Público Federal aduziu que a busca e apreensão de documentos deve ser restrita àqueles que forem relacionados a Paulo Bernardo. Em caso de objetos e aparelhos relacionados exclusivamente à Senadora, não deveria haver apreensão, mas apenas a lavratura de Auto de Constatação por parte da autoridade policial. Argumentou que o fato de a esposa de PAULO BERNARDO ser Senadora da República não impede a busca e apreensão, pois, do contrário, ser casado ou residir com alguma autoridade, equivaleria a uma verdadeira imunidade a investigações criminais, o que não se poderia admitir (fl. 353verso, último parágrafo).

Antes de decidir propriamente sobre a busca e apreensão, passo a considerar o fato de que um dos endereços a serem diligenciados é do investigado PAULO BERNARDO, casado com uma Senadora da República, que tem foro de prerrogativa de função. Seria isto um óbice à busca e apreensão determinada nesta primeira instância?

A resposta é negativa e passo a fundamentar.

Para melhor ilustrar, pensemos em qualquer caso comum de busca e apreensão no endereço de um investigado casado ou que vive em união estável. Neste exemplo, vamos imaginar que o/a cônjuge ou convivente do investigado não seja também sujeito passivo da investigação, nada existindo contra sua pessoa.

Pois bem, o Judiciário pode permitir a busca e apreensão na residência de uma pessoa que não é- investigada por nada,

contra a qual não parem quaisquer suspeitas? A resposta é positiva desde que haja, na mesma residência, alguém que seja investigado e contra o qual parem, indícios suficientes a justificar a busca e apreensão.

O juiz precisa fundamentar alguma, coisa em relação à pessoa que não é investigada, porém é casada ou vive em união estável com a pessoa contra a qual se determina a busca e apreensão? Não. Essa pessoa que não é investigada, porém vive com quem o é, deverá, suportar a ação da Justiça.

Deveria o Juízo, porventura, procurar saber se essa pessoa, porventura, possui algum foro de prerrogativa de função? Não, pois isso nem se coloca. Tal pessoa não é investigada, razão pela qual despidendo saber se, por um total acaso, ocupa algum cargo de prerrogativa de função. **Enfim, a pessoa que não é investigada não é sujeito passivo da medida de busca e apreensão, razão pela qual é completamente desnecessária uma prévia pesquisa para saber se, por eventualidade, ela ocuparia algum cargo sujeito a foro de prerrogativa de função. O art. 248 do Código de Processo Penal contém a determinação de que, em casa habitada, a busca seja feita de modo a não molestar os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência. Isto significa que tais moradores devem suportar a ação da Justiça.**

Pois bem, analisando um exemplo comum, de maior ocorrência, chega-se a uma melhor análise do caso em apreço.

É verdade que há notícia de um inquérito em andamento contra a Senadora, casada com o investigado PAULO BERNARDO, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (fl. 30).

Todavia, para efeitos desta primeira instância, a esposa de PAULO BERNARDO tem situação idêntica à do cônjuge/convivente mencionado no exemplo acima. Ou seja, para todos os efeitos, a Senadora não é investigada nesta primeira instância, ou seja, ela não é sujeito passivo da medida de busca e apreensão. Portanto, não há, em tese, óbice para a busca e apreensão na residência de PAULO BERNARDO, muito embora sua esposa ocupe cargo público detentor de foro de

prerrogativa de função. Como não é investigada nesta primeira instância, o cuidado necessário a ela é o devido a qualquer pessoa e está disposto no art. 248 do Código de Processo Penal dantes mencionado.

Posto isso, contudo, apesar de ser admitida a busca e apreensão, **que deve ser direcionada exclusivamente aos bens, objetos e documentos de PAULO BERNARDO, indefiro** o requerimento ministerial de que seja lavrado um auto de constatação dos bens, objetos e documentos da Senadora. **Tudo o que for de propriedade ou posse da Senadora deve ser excluído de qualquer medida pelas autoridades policiais, eis que ela não é investigada nesta primeira instância.**

C.2) SOBRE A BUSCA E APREENSÃO

A medida de busca e apreensão, nos termos do art. 240 do Código de Processo Penal tem, dentre outros objetivos, a descoberta de objetos ou documentos necessários à prova da infração ou defesa dos investigados, enfim, quaisquer elementos de convicção (CPP, art. 240, § 1º, "e" e "h").

Conforme o que já foi exposto acima, portanto, é justificável a busca e apreensão nas sedes empresariais ou residências das seguintes pessoas, físicas ou jurídicas:(...) 28. Paulo Bernardo Silva (...)"

(...)

Defiro, outrossim, o acesso aos dados armazenados em dispositivos eletrônicos como computadores, discos rígidos, disquetes, pendrive e quaisquer outras bases de dados eletrônicas, **tablets, aparelhos celulares e afins**, incluindo a possibilidade de desbloqueio de senhas." (grifos do autor)

Como se observa, a autoridade judicial, em sua decisão, procurou direcionar a diligência "exclusivamente aos bens, objetos e documentos de Paulo Bernardo", bem como vedou fosse lavrado "auto de constatação dos bens, objetos e documentos da Senadora", consignando que "tudo o que for de propriedade ou posse da Senadora deve ser excluído de qualquer medida pelas autoridades policiais, eis que ela não é investigada

nesta primeira instância”.

A tentativa de delimitar a diligência de busca e apreensão já era, todavia, infrutífera, diante da própria vagueza do seu objeto (v.g., documentos, computadores, celulares, mídias).

Corroborando essa assertiva, o próprio teor do mandado de busca e apreensão entregue à Polícia Federal fez cair por terra a tentativa de se delimitar a diligência ao investigado Paulo Bernardo. Confira-se:

“O DOUTOR PAULO BUENO DE AZEVEDO, MM JUIZ FEDERAL DA SEXTA VARA CRIMINAL FEDERAL, na forma da lei,

AUTORIZA O DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL e os agentes designados para o ato ou quem fizer suas vezes, que se dirijam em cumprimento ao presente, ao endereço abaixo indicado e aí, observadas as exigências constitucionais acerca do horário, procedam à **BUSCA E APREENSÃO** com a finalidade de apreender quaisquer documentos ou outras provas relacionadas aos crimes tipificados no art. 1º da Lei n. 9.613/1998, art. 317 e 333 do CP e art. 2º da Lei 12.850/2014, dentre outros, incluindo registros contábeis, agendas, ordens de pagamentos e documentos relacionados à manutenção de contas no Brasil e no exterior, dinheiro em moeda nacional ou estrangeira supostamente relacionados aos delitos investigados, documentos indicativos da propriedade de bens (proveito do crime), bem como computadores, *notebooks* e demais mídias, em meio magnético ou digital de armazenamento de dados, que possam trazer elementos de possível práticas dos delitos, sem prejuízo de colher-se qualquer outro elemento de convicção de prática criminosa acerca de delitos de lavagem de ativos financeiros, corrupção ativa e passiva e organização criminosa, eventualmente praticados. Outros bens poderão ser apreendidos apenas se a autoridade policial verificar sua relação com os crimes investigados, consoante termos da r. decisão, com fundamento nos artigos 240, *caput*, c.c. parágrafo 1º, alíneas "e" e "h ", 241,

242, 243, 244, 245, 246, 247 e 248, todos do Código de Processo Penal." (grifos nossos)

Constata-se, assim, a extrema amplitude da ordem de busca, cujo objeto abrangia **indiscriminadamente** valores, documentos, mídias e de armazenamento de dados e computadores, **sendo impossível delimitar-se, de antemão, o que seria de titularidade da Senadora da República e o que pertenceria ao investigado Paulo Bernardo da Silva.**

Por oportuno, cumpre transcreverem-se os quesitos formulados ao juízo reclamado pelo meu predecessor na relatoria do caso, Ministro **Celso de Mello**, e as respectivas respostas:

"(...)

(a) *Se a diligência que ordenou restringiu-se, unicamente, à pessoa de Paulo Bernardo Silva e a bens, equipamentos eletrônicos, valores, documentos e demais elementos probatórios a ele pertencentes e relativos à apuração objeto do Inquérito Policial nº 0011881-11.2015.403.6181 (Autos nº 0005854-75.2016.403.6181)*

A resposta é positiva, até conforme poderá ser vislumbrado adiante no tópico em que transcreverei a decisão relativa a essa questão, tal como proferida. A ordem restringia-se a Paulo Bernardo e a apenas a seus bens, equipamentos eletrônicos, documentos etc.

A propósito, o próprio pedido restringia-se aos bens, documentos e valores de Paulo Bernardo.

Houve apenas um pedido de realização de "auto de constatação" dos bens da Senadora. Considerei até mesmo esta medida indevida, diante do foro de prerrogativa de função da Senadora e indeferi o requerimento de "auto de constatação" de seus bens.

b) se houve determinação para que também, se efetivasse a apreensão de bens, documentos, valores, equipamentos eletrônicos e quaisquer outros elementos evidenciadores de prática delituosa pertencentes à Senadora Gleisi Hoffman.

A resposta é negativa, conforme já informado acima.

c) se a razão pela qual foi ordenada a diligência de busca e apreensão no apartamento funcional da Senadora Gleisi Hoffman deveu-se ao fato de Paulo Bernardo haver declarado tal endereço como uma de suas residências;

A resposta é negativa e cabem algumas observações. Em primeiro lugar, na descrição do endereço pela autoridade policial (Quadra SQN 202 BI. J, apto. 601, Asa Norte, Brasília), **não constou a observação que o referido endereço seria apartamento funcional da Senadora.**

Os endereços foram obtidos, por meio de investigações das autoridades policiais.

Cumprе observar, ainda, que, **na audiência de custódia, realizada conforme a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, Paulo Bernardo informou que a maior parte do tempo residiria no endereço em Brasília.**

d) se houve determinação para que se procedesse à devolução, à Senadora Gleisi Hoffman, de objetos ou documentos a ela pertencentes, na hipótese de tais bens haverem, sido eventualmente apreendidos.

Não houve tal determinação expressamente, porém **é a única solução possível** diante dos exatos termos da decisão que **excluiu da busca e apreensão qualquer bem ou documento pertencente à Senadora.**" (grifos do autor)

Como se observa, a **própria autoridade reclamada, em suas informações, admite a possibilidade de que tenham sido apreendidos bens relacionados à detentora de prerrogativa de foro.**

Ora, assim como é vedado ao juiz de primeiro grau determinar a interceptação de conversas telefônicas de um parlamentar, a pretexto de investigar apenas os crimes praticados por seu cônjuge, também lhe é defeso a possibilidade de determinar a realização de busca e apreensão no domicílio de detentor de prerrogativa de foro, quando, **a priori, não for possível a individualização exata do objeto da busca.**

Isso porque, como bem observou o Ministro **Alexandre de Moraes**, ao apreciar medida cautelar na Rcl nº 26.745/PA,

“[n]ão seria razoável ao juiz de 1º grau, que determinou a colheita de provas na residência oficial (...) de uma parlamentar federal, ainda que sob a justificativa de investigar terceira pessoa, excluir a possibilidade de violação à intimidade e vida privada da congressista no curso de investigação criminal conduzida por autoridade a qual falace tal competência, o que subverteria, por vias oblíquas, o desenho normativo idealizado pela Carta Política de 1988 para o processo e julgamento, pela prática de crimes comuns, dos detentores de mandatos eletivos federais.

Nesse cenário, descerra-se a real probabilidade de que os efeitos da decisão judicial reclamada – embora nela não se faça alusão explícita à participação de parlamentares – possam redundar na investigação, de maneira sub-reptícia, de pessoas que, em decorrência da função pública que desempenham na estrutura do nosso Estado Democrático de Direito, encontram-se sujeitas, com exclusividade, à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 53, §1º, c/c o art. 102, I, “b”, ambos da CF/1988.

(...)

O risco de dano à prerrogativa funcional da parlamentar – de se submeter à persecução penal e às medidas acautelatórias que lhe são inerentes apenas por determinação desta Suprema Corte – é também evidente, uma vez que tanto a sua intimidade quanto o próprio exercício de suas atividades funcionais se encontram expostos, por força da decisão judicial reclamada, ao escrutínio arbitrário – porque praticado à margem da ordem jurídica – de autoridades estatais incompetentes.”

De outra parte, a alegação de que, após a apreensão, proceder-se-ia, em primeiro grau, a uma triagem do material arrecadado, para selecionar e apartar elementos de convicção relativos à Senadora da República, não se sustenta, por implicar, por via reflexa, em inequívoca e vedada

investigação de detentor de prerrogativa de foro, e em manifesta usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Somente o Supremo Tribunal Federal, nessas circunstâncias, tem competência para ordenar busca e apreensão domiciliar que traduza, mesmo que potencialmente, investigação de parlamentar federal, **bem como para selecionar os elementos de convicção que a ela interessem ou não.**

Ressalte-se, uma vez mais, que a ilegalidade da investigação, ainda que reflexa, da Senadora da República por parte do juízo reclamado nada tem a ver com a titularidade do imóvel em que realizada a diligência, mas sim com a busca indiscriminada de elementos de convicção que poderiam eventualmente incriminá-la.

Vale lembrar que a legalidade da ordem de busca e apreensão deve necessariamente ser aferida antes do seu cumprimento, pois, do contrário, poder-se-ia incorrer em legitimação de decisão manifestamente ilegal, com base no resultado da diligência.

Aliás, nada obstava que a busca e apreensão fosse solicitada com urgência, pelo Procurador-Geral da República, diretamente à Suprema Corte, que, autorizada a medida, determinaria, como de praxe, o imediato compartilhamento da prova com o juízo de primeiro grau, de modo a **não causar prejuízo à investigação dos fatos.**

Diante da manifesta e consciente assunção, por parte da Procuradoria da República em São Paulo e do juízo reclamado, do risco concreto de apreensão de elementos de convicção relacionados a detentor de prerrogativa de foro, **não cabe, repito, argumentar-se com descoberta fortuita de provas nem com a teoria do juízo aparente.**

Nessas circunstâncias, **a realização de diligência por juízo sem competência constitucional é nula.**

Com efeito, na hipótese de usurpação, ainda que indireta, da competência do Supremo Tribunal Federal para supervisionar investigações criminais, a consequência deve ser a nulidade dos atos eventualmente praticados na persecução penal.

Conforme assentei no voto condutor da AP nº 933/PB-QO, Segunda

Turma, de **minha relatoria**, DJe de 3/2/16,

“(…)

3. Tratando-se de crime eleitoral imputado a prefeito, a competência para supervisionar as investigações é do Tribunal Regional Eleitoral, nos termos da Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal.

4. Na espécie, no limiar das investigações, havia indícios de que o então Prefeito teria praticado crime eleitoral, por ter supostamente oferecido emprego a eleitores em troca de voto, valendo-se, para tanto, de sua condição de alcaide, por intermédio de uma empresa contratada pela municipalidade.

5. Nesse contexto, não poderia o inquérito ter sido supervisionado por juízo eleitoral de primeiro grau nem, muito menos, poderia a autoridade policial direcionar as diligências apuratórias para investigar o Prefeito e tê-lo indiciado.

6. A usurpação da competência do Tribunal Regional Eleitoral para supervisionar as investigações constitui vício que contamina de nulidade a investigação realizada em relação ao detentor de prerrogativa de foro, por violação do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF). Precedentes.

7. Questão de ordem que se resolve pela concessão de **habeas corpus**, de ofício, em favor do acusado, para **extinguir a ação penal**, por falta de justa causa (art. 395, III, CPP).”

Merece transcrição, por sua pertinência ao caso concreto, o voto condutor desse julgado:

“Como sabido, a **simples menção** ao nome de autoridades detentoras de prerrogativa de foro, seja em depoimentos prestados por testemunhas ou investigados, seja na captação de diálogos travados por alvos de censura telefônica judicialmente autorizada, assim como a existência de informações, até então, fluidas e dispersas a seu respeito, são insuficientes para o deslocamento da competência para o juízo hierarquicamente superior.

Para que haja a atração da causa para o foro competente, é imprescindível a **constatação** da existência de indícios da participação ativa e concreta do titular da prerrogativa em ilícitos penais.

Como decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Rcl nº 2.101/DF-AgR, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJ de 20/9/02,

“Reclamação. Negativa de seguimento. Agravo regimental. Art. 102, I, b da Constituição Federal. Foro privilegiado. **A simples menção de nomes de parlamentares, por pessoas que estão sendo investigadas em inquérito policial, não tem o condão de ensejar a competência do Supremo Tribunal Federal para o processamento do inquérito**, à revelia dos pressupostos necessários para tanto dispostos no art. 102, I, b da Constituição. Agravo regimental improvido” (grifo nosso).

No mesmo sentido, o HC nº 82.647/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 25/4/03,

“CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE. DEPUTADO FEDERAL. TRAMITAÇÃO PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL. INOCORRÊNCIA. C.F., ART. 102, I, b.

I. - Inquérito policial em tramitação perante a Justiça Federal de primeira instância, para apurar possível prática de crime de sonegação fiscal e lavagem de dinheiro por pessoas que não gozam de foro por prerrogativa de função.

II. - **A simples menção de nome de parlamentar, em depoimentos prestados pelos investigados, não tem o condão de firmar a competência do Supremo Tribunal para o processamento de inquérito.** (grifo nosso)

III. - H.C. Indeferido.”

A hipótese dos presentes autos, no entanto, é diversa daquela retratada nos citados precedentes, uma vez que não se trata de simples menção ao nome do acusado Veneziano, titular de prerrogativa de foro, nem, muito menos, de encontro fortuito de provas.

Com efeito, **no limiar das investigações**, já havia indícios de que o então prefeito teria praticado crime eleitoral, por ter supostamente oferecido emprego a eleitores em troca de voto, valendo-se, para tanto, de sua condição de alcaide, por intermédio de uma empresa contratada pela municipalidade.

Patente, outrossim, que a autoridade policial direcionou as diligências apuratórias para investigar o imputado detentor de prerrogativa de foro.

Corroborando essa assertiva, a autoridade policial, em 19/3/12, inquiriu formalmente o acusado Veneziano, em pleno exercício do mandato de prefeito, a respeito da imputação de ter “oferecido cargos públicos aos candidatos do PPS para que estes apoiassem sua candidatura”, o que ele negou, acrescentando que a prefeitura não exercia controle sobre as contratações feitas pela empresa Maranata (fl. 166).

(...)

Nesse diapasão, não resta a mais tênue dúvida de que houve usurpação da competência do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba para supervisionar as investigações contra o acusado Veneziano, então prefeito municipal, **vício que contamina de nulidade toda a investigação realizada** em relação ao detentor da prerrogativa de foro, por violação do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF).

Com efeito, nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Por sua vez, dispõe o art. 157 do Código de Processo Penal que são inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

No julgamento da Rcl nº 12.484/DF, Primeira Turma, de

minha relatoria, DJe de 29/9/14, assentei que

“(.) a polícia judiciária não está autorizada a instaurar, de ofício, inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais. Representando esse entendimento, destaco como paradigma, a PET nº 3.825/MT-QO, Relator para o acórdão o Ministro **Gilmar Mendes**. Naquele emblemático julgado, o Plenário da Corte assentou, **mutatis mutandis**, que:

‘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’ (DJ de 4/4/08).

Embora não desconheça o magistério jurisprudencial da Corte de que os vícios eventualmente ocorridos no inquérito policial não têm o condão de macular a ação penal (HC nº 83.921/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 27/8/04), tenho que os elementos colhidos nos inquéritos policiais em comento não podem servir de substrato probatório válido para embasar a condenação dos reclamantes, pois as provas ilícitas obtidas de forma direta ou por derivação de outras (**fruits of the poisonous tree**), independentemente do

momento em que foram produzidas, são nulas”.

Por sua vez, no Inq. nº 2.842/DF, Pleno, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 27/2/14, registrou-se que

“(…) a competência do Supremo Tribunal Federal, quando da possibilidade de envolvimento de parlamentar em ilícito penal, alcança a fase de investigação, materializada pelo desenvolvimento do inquérito. Nessa linha, destaco:

‘Reclamação. 2. Competência. Parlamentar. Deputado Federal. 3. Inquérito policial instaurado, após requisição encaminhada pelo Juízo da 23ª Zona Eleitoral de Barbacena, para apurar a suposta prática do crime previsto no art. 299 do Código Eleitoral. 4. CF, art. 102, I, ‘b’. Competência do Supremo Tribunal Federal. 5. Reclamação julgada procedente, a fim de que a investigação contra o reclamante tramite nesta Corte’ (Pleno, Rcl 10.908/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, grifei).

‘COMPETÊNCIA - TRAMITAÇÃO DE INQUÉRITO - ENVOLVIMENTO DE DEPUTADO FEDERAL. Uma vez envolvido deputado federal, cumpre ao Supremo os atos próprios ao inquérito’ (Pleno, INQ 2.291, Rel. Min. Marco Aurélio).

‘COMPETÊNCIA CRIMINAL. Originária. Parlamentar. Deputado federal. Inquérito policial. Crime eleitoral. Crime comum para efeito de competência penal original do Supremo. Feito da competência deste. Reclamação julgada procedente. Precedentes. Inteligência do art. 102, I, ‘b’, da CF. Compete ao Supremo Tribunal Federal supervisionar inquérito policial em que deputado federal é suspeito da prática de crime

eleitoral' (Pleno, Rcl 4.830/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, grifei).

Por outro lado, ainda que os elementos de prova produzidos sob a supervisão do Juízo Federal de Santa Maria-RS possam ter amparado a deflagração da ação penal contra os demais acusados, a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal traz como consequência a inviabilidade de tais elementos operarem sobre a esfera penal do ora denunciado. Cito precedentes da Corte nesse sentido:

*'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.'* (Pleno, Pet 3.825-QO/MT, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes).

'A garantia da imunidade parlamentar em sentido formal não impede a instauração de inquérito policial contra membro do Poder Legislativo, que está sujeito, em consequência – e independentemente de qualquer licença congressional –, aos atos de investigação criminal

promovidos pela Polícia Judiciária, desde que essas medidas pré-processuais de persecução penal sejam adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante órgão judiciário competente: o STE, no caso de os investigados serem congressistas (CF, art. 102, I, b)'. (Rcl 511-9/PB, Rel. Min. Celso de Mello).

Por conseguinte, penso não haver outro caminho senão reconhecer a impossibilidade da utilização dos elementos probatórios constantes do presente inquérito como fundamento para o recebimento da denúncia."
(grifos do autor)

Na espécie, ainda que a decisão ora impugnada tenha sido proferida em inquérito desmembrado por determinação do Supremo Tribunal Federal, a diligência ordenada, em razão da busca indiscriminada de elementos de convicção que, em tese, poderiam incriminá-lo, traduziu indevida investigação de parlamentar federal, realizada por juízo incompetente.

Nesse diapasão, deve ser reconhecida não só a imprestabilidade do resultado da busca realizada no apartamento funcional da Senadora da República para fins probatórios, como também de eventuais elementos probatórios diretamente derivados (**fruits of the poisonous tree**).

Com efeito, nos termos do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Por sua vez, o art. 157 do Código de Processo Penal, ordena o desentranhamento dos autos e a inutilização das provas ilícitas, "assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais", a fim de não interferir, subjetivamente, no convencimento do juiz.

Como observam **Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes,**

"as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por estas tidas como provas. Trata-se de

um não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria de inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas (...). Daí sua total ineficácia.” (As nulidades no processo penal. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 160)

Por sua vez, **Eneida Orbage de Britto Taquary e Arnaldo Siqueira de Lima** ensinam que

“o constituinte, ao não admitir provas ilícitas no processo, referiu-se a este de forma lato sensu, incluindo-se aí, portanto, o inquérito, apesar do sistema processual brasileiro ser acusatório, adotando como prova, stricto sensu, aquela produzida em juízo. Não podendo haver outro raciocínio, vez que o Código de Processo Penal, no seu art. 6º, III, prevê que a autoridade policial deve colher de ofício todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias. Finalmente, em consonância com a doutrina, com o preceito acima citado e em homenagem ao princípio da árvore envenenada, que é adotado pelo nosso ordenamento jurídico, as provas ilícitas obtidas diretamente ou derivadas de outras, são fulminadas de nulidades independentemente do momento em que foram produzidas.” (**Temas de Direito Penal e Direito Processual Penal**. 3. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 109/110)

Registre-se que a função primordial da Suprema Corte é assegurar a supremacia da Constituição Federal e dos direitos fundamentais nela assegurados.

A missão do Supremo Tribunal Federal foi sintetizada com brilhantismo pelo eminente Ministro **Celso de Mello**:

“Incumbe, ao Supremo Tribunal Federal, no desempenho de suas altas funções institucionais e como garantidor da intangibilidade da ordem constitucional, o grave compromisso – que lhe foi soberanamente delegado pela Assembleia

Nacional Constituinte – de velar pela integridade dos direitos fundamentais, de repelir condutas governamentais abusivas, de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a injustas perseguições e a práticas discriminatórias, de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal e de nulificar os excessos do Poder e os comportamentos desviantes de seus agentes e autoridades, que tanto deformam o significado democrático da própria Lei Fundamental da República.”

Em face dessas considerações **julgo procedente** a presente Reclamação, para o fim de **invalidar a ordem de busca no domicílio funcional** da Senadora Gleisi Helena Hoffman e, por consequência óbvia, **reconhecer a ilicitude das provas ali obtidas, bem como de eventuais elementos probatórios outros delas derivados.**

Assim, **determino o desentranhamento** dos respectivos auto de apreensão e relatórios de análise de material apreendido, com sua consequente inutilização, bem como **a inutilização** de cópias e espelhamentos de documentos, computadores e demais dispositivos eletrônicos, e **a restituição de todos os bens apreendidos** no citado local, caso já não tenha ocorrido.

Determino, por fim, a inutilização de todas as **provas derivadas daquelas obtidas na busca, que deveram ser desentranhadas dos autos e, se for o caso, restituídas a quem de direito.**

É como voto.