



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª Câmara de Coordenação e Revisão

VOTO Nº 1.161 /2009

PROCESSO MPF nº 1.00.000.006844/2009-55 (2008.61.81.011893-2)

ORIGEM: 7ª VARA FEDERAL CRIMINAL DA 1ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATOR: WAGNER GONÇALVES

INQUÉRITO POLICIAL. Art. 28 do CPP. OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL. EXCESSO DE LINGUAGEM. INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SEGURANÇA PÚBLICA. CESSÃO DE SERVIDORES E COLABORAÇÃO DA ABIN. NOVA LEI QUE PERMITIU SANAR POSSÍVEIS CESSÕES IRREGULARES. Implicações.

1. No sistema acusatório, é vedada a participação do magistrado na fase pré-processual, ressalvadas as hipóteses de medidas cautelares. E, quando da análise do pedido de arquivamento, deve o juiz, quando discordar, fundamentar suas razões com extrema cautela, sob pena de inversão de papéis e falta de imparcialidade. Na lição de Sérgio Demoro Hamilton: "A fase que antecede a ação penal exige o **completo** afastamento do juiz da persecução criminal em um sistema que pretenda ser acusatório." (Revista do MP do Estado do Rio de Janeiro, nº 12, jul/dez/2000, pág. 195)

2. Com o advento da Medida Provisória nº 434, de 05 de junho de 2008, ainda durante a cooperação da ABIN na operação Satiagraha - convertida na Lei nº 11.776, de 17.9.2008 -, tornou-se possível regularizar as cessões de servidores feitas pela Agência, para outros órgãos, inclusive para a Polícia Federal, ante a redação que foi dada ao parágrafo único do art. 44, que dispõe: "**as cessões em desconformidade com o disposto no caput deste artigo serão regularizadas até 06 de outubro de 2008.**" Tal norma age aqui como manifesta exclusão de ilicitude material do fato, mesmo que se entendesse, só para argumentar, haver crime em virtude da colaboração da ABIN.

3. Há todo um conjunto de normas que não vedam, mas, ao contrário, permitem uma cooperação dos diversos órgãos que compõem o Subsistema de Segurança Pública, a partir do Sistema Brasileiro de Inteligência, para compartilhar informações, apuradas dentro da área de competência de cada qual, mas com o objetivo precípuo de garantir **a segurança pública, mediante ações que coíbam e reprimam a criminalidade.**

4. A cessão de servidores da ABIN, mesmo desconsiderando a regra do § único, art. 44, da Lei 11.776/88, **só para argumentar**, não constitui crime, mas, quando muito, mera irregularidade administrativa, **no caso**. Todos os servidores foram cedidos no início de 2008 e

atuaram como auxiliares e sob as ordens de Delegado da Polícia Federal.

5. Pela insistência no pedido de arquivamento.

1. Trata-se de inquérito policial, no qual o r. Juiz Federal da 7a. Vara Criminal de São Paulo/SP recebeu a denúncia contra Protógenes Pinheiro de Queiroz e Amadeu Ranieri Bellomusto, por violação de sigilo funcional e fraude processual, conforme denúncia, considerando-os incursos, em princípio, nos arts. 325, § 2º, e 325, *caput*, c.c. Art. 71 e art. 347, par. único, todos do Código Penal, em concurso material de crimes com o art. 69 do CP; e nos arts. 325, *caput*, e 347, parágrafo único, c.c. 65, ii, alínea “c” e 69, ambos do Código Penal, respectivamente.

2. Entretanto, pela mesma decisão, **rejeitou** o arquivamento, proposto pelo Ministério Público Federal, ***“quanto aos fatos – comprovados segundo narrativas da autoridade policial e do Parquet – relativos à participação de servidores da ABIN na sigilosa “operação Satiagraha”, por discordar da tese jurídica esposada pelos ilustres representantes do MPF.*** (fl. 3009 – grifos do original).

3. Assinala, no principal, os seguintes motivos jurídicos para a rejeição do pedido de arquivamento:

- que a Constituição estabelece a forma de Estado e de governo e o “*modo de aquisição e exercício do poder, atribuições de seus órgãos, limites de ação...*” e que avulta o Estado de Direito e que a legalidade desponta como princípio basilar – fl. 3009/Verso;

- que é “*dever do Parquet, presentes prova de materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, promover a ação penal pública, e contra todos os partícipes, em cumprimento aos princípios da obrigatoriedade e da indivisibilidade da ação penal pública, extraídos do artigo 24 do Código de Processo Penal como decorrência lógica das antecitadas cláusulas constitucionais*” – fl. 3010;

- que “cumpre ao Judiciário exercer o controle do arquivamento do inquérito policial, bem assim velar pelo princípio geral do processo penal de que **as infrações penais não devem ficar impunes (nec delicta naneant impunita)**. Por isso, sob pena de também incidir em crime, o Juiz tem a obrigação legal de adotar medidas quando arrostado com indícios e prova de crime (art. 40 e 211 do CPP). Tais circunstâncias não vituperam sua isenção, e não se confundem com a figura de juiz acusador. E, em matéria de direitos fundamentais, qualquer tentativa de submeter decisão judicial à prévia chancela do órgão acusador constitui rematado despautério.” – fl. 3010/3010-V;(grifos **são** do original)

- que “o Estado tem na Constituição rigida definição de funções e modo de exercício”; “é dizer, **cada órgão congrega atribuições a serem exercidas pelos respectivos agentes públicos que o integram**” (fl. 3010-V) (os grifos são do original)

- que a “Constituição Federal outorgou à polícia federal, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União (art. 144, § 1º, IV). O preceito constitucional é claro, unívoco” - fl. 3.010/3010-V. (grifos **são** do original);

- que o Art. 144, § 1º, IV da Constituição insere-se no capítulo relativo à segurança pública, indicando os órgãos que a compõem. E “A **ABIN não figura** dentre os **órgãos de segurança pública previstos na Carta Política, nem tem ela atribuições repressivas ou de investigação criminal.**” (fl. 3011). Sua finalidade é fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional – art. 1º, da Lei 9.883/99 (fls. 3011/3011-V) – grifos do original;

- que “Dizer que a ABIN exerce 'atividades relativas à segurança da sociedade', como invoca o **Parquet**, para concluir que cabe à agência 'o combate ao crime', é admitir que **órgãos públicos em geral também possam empreender investigações criminais.**” “A colaboração entre órgãos do sistema não tem o alcance defendido pelo MPF” (fl. 3012 – grifos do original);

- que “impende acentuar que a Lei 9.883, em verdade, proíbe, expressamente, a atuação da ABIN em investigações criminais, como a realizada na “Operação Satiagraha”. E cita o art. 10 da Lei nº 9.883 e que “mesmo a comunicação entre órgãos é regrada” - fl. 3012-V (grifos do original);

- que a “participação de servidores da ABIn em investigação policial sob segredo de justiça padece, irremediavelmente, do vício da ilegalidade” (fl. 3013 – grifos do original);

- que “quase uma centena de agentes da ABIn participaram da 'Operação Satiagraha', com o aval do seu Diretor e de Protógenes Queiroz – fls. 3013-V;

- que foi dado a terceiros (servidores da ABIN) a possibilidade de conhecer dados acobertados por sigilo e que “o sigilo das comunicações telefônicas insere-se no rol das garantias constitucionais, (art. 5º CF), sendo **invioláveis**, salvo por ordem judicial e na forma da lei” - fl. 3014 – grifo do original; **e**
- que “*é preciso reconhecer: ainda que pudesse a ABIN participar de investigação policial, não cabia à autoridade policial permitir acesso de **extraneus** ao material interceptado sem incorrer em **flagrante violação à lei.***” (fl. 3014-V; grifos do original).

4. Continuando, o r. Juiz Federal Dr. Ali Mazloum salienta que os autos evidenciam, em função da prova colhida pela autoridade policial, que “*Protógenes, com apoio e aval do diretor da ABIN, PAULO LACERDA, introduziu em investigação de polícia judiciária expressivo contingente de servidores da ABIN, permitindo-lhes, inclusive, acesso a local restrito e a material protegido por sigilo legal.*” E que “*os fatos apurados revelam, em tese, a efetiva ocorrência do crime do artigo 10, segunda parte, da Lei 9.296/96, como também crime de usurpação de função pública (art. 328 do Código Penal). E, por força do **princípio da indivisibilidade da ação penal**, tais delitos, em tese, **devem ser atribuídos ao indiciado PROTÓGENES PINHEIRO DE QUEIROZ e também** ao então Diretor da **ABIN PAULO FERNANDO DA COSTA LACERDA**, segundo os elementos apontados pela autoridade policial e pelo **MPF.**” (fls.3015/3015-V)*

5. Afirma o MM. Juiz que ambos promoveram a participação de servidores da ABIN em investigação policial em inquérito sob sigilo de justiça, permitindo-lhes acesso a material abrigado pelo sigilo legal. Considera os servidores da ABIN, colocados à disposição de Protógenes, como autores imediatos, que agiram induzidos em erro, aplicando-se-lhes o § 2º, art. 20, do C. Penal – *Respondem pelo crime os terceiros que os induziram em erro: Protógenes e Paulo Lacerda, que seriam os autores mediatos. “Neste caso, o chamado “**homem de trás**”, expressão doutrinária, é que deve responder pelo crime, pois os autores imediatos do fato agiram induzidos a erro. Cuida-se,*

desse modo, de erro determinado por terceiro.” (fl. 3016 – grifos **são** do original).

6. A par dessa fundamentação, para negar o arquivamento, o r. Juiz Federal Dr. Ali Mazloum adentra na prova para citar telefonemas entre Protógenes e Paulo Lacerda, Protógenes e o diretor de contra-inteligência da ABIN. Fala na sonegação de informações de Protógenes ao seu superior hierárquico, e, no final, pelo art. 28 do CPP, remete os autos ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República, *“para análise da promoção de arquivamento ora indeferido, bem como eventual ingresso de ação penal em face de todos os indiciados, bem como PROTÓGENES PINHEIRO DE QUEIROZ e PAULO FERNANDO DA COSTA LACERDA, por infração aos artigos 10, segunda parte, da Lei 9.296/96 e 328 do Código Penal.”*

7. Por último, menciona o r. Juiz Federal: *“os autos continuam com o sigilo afastado, observadas as exceções antes mencionadas e, também, o apenso relativo às informações telefônicas. Os **demais pedidos** da Autoridade Policial e do **MPF**, sobre demandas de cunho cível e administrativo, serão analisadas com a manifestação da Procuradoria Geral da República.”* (fl. 3018 – grifo do original). Às fl. 3018, encerrando, manda *oficiar* à Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, *“conforme minutas em separado.”* (fl. 3018).

É o relato.

8. Faz-se necessário esclarecer, primeiramente, as **atribuições** desta 2a. Câmara de Coordenação e Revisão do MPF (área penal e controle externo da atividade policial), porquanto o r. Juiz singular remeteu os autos ao Excelentíssimo Senhor Procurador Geral da República, com esquete na **literalidade** do art. 28 do CPP. Tal dispositivo restou revogado pelo art. 62, inc. IV, da Lei Complementar nº 75/93, que tem a seguinte redação:

“Art. 62 – Compete à Câmaras de Coordenação e Revisão:

I -...

IV – **manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial**, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral.”

9. Ora, não sendo o presente inquérito ou a ação penal contra Protógenes e/ou Paulo Lacerda de **atribuição originária** do Procurador-Geral da República, cabe à Câmara analisar, **em definitivo**, os elementos para formar o “*opinio delicti*” do Ministério Público Federal, **no caso**. Analisando o dispositivo transcrito, menciona Guilherme de Souza Nucci: “*Ministério Público Federal; cabe a um órgão colegiado a análise do pedido de arquivamento feito pelo procurador da república e rejeitado pelo juiz federal.*” (CPP Comentado, 8ª edição, 2008, pág. 138).

10 De outro lado, *ad cautelam*, há, de há muito, uma delegação do Senhor Procurador-Geral da República à 2a. Câmara para esta decidir sobre arquivamento de inquéritos. Portaria nº 457 de 02 de julho de 1998.

11. Quanto ao mérito, a questão se resume em saber se agentes da ABIN, **cedidos** para participar da operação “Satiagraha”, a pedido de Protógenes, com a autorização do Diretor-Geral da Agência, que os **cedeu**, praticaram os crimes de usurpação de função pública (art. 328 do CP) e o do art. 10, segunda parte, da Lei 9.296/96. Para o Ministério Público Federal, o Diretor-Geral da ABIN e Protógenes não praticaram tais crimes, considerando que não se pode ter “**como anômala a cooperação entre ABIN e Polícia Federal**” (fl. 2946). **Ao contrário**, o r. Juiz Federal afirma que, por erro *plenamente justificável pelas circunstâncias*, os servidores da ABIN (agentes imediatos do *crime*) não devem responder por suas condutas, com base no art. § 2º, art. 20 do CP¹, **mas que** Protógenes e Paulo Lacerda, agentes mediatos – “os chamados 'homem de trás' – **sim**, porque autores dos crimes.

¹ Art. 20, § 2º do CP – Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

12. Antes de nos posicionarmos sobre o mérito, para determinar ou não a persecução penal em desfavor de Protógenes Queiroz e Paulo Lacerda, na extensão pretendida pelo pelo r. Juiz Federal Dr. Ali Mazloum, faz-se necessário, em preliminar, abordar algumas premissas do seu alentado e bem elaborado despacho.

Da atuação do juiz no inquérito policial. Sistema acusatório. Imparcialidade. Excesso de linguagem.

13. Entende o r. Juiz singular que “cumpre ao Judiciário exercer o controle do arquivamento do inquérito policial, bem como velar pelo princípio geral do processo penal de que **as infrações penais não devem ficar impunes**”. Continua: ***Tais circunstâncias não vituperam sua isenção, e não se confundem com a figura do juiz acusador. E, em matéria de direitos fundamentais, qualquer tentativa de submeter decisão judicial à prévia chancela do órgão acusador constitui rematado despautério.***” (fls. 3.010/3010-V)

14. Há equívocos, como se demonstrará.

15. **Primeiro**, vige, no ordenamento jurídico pátrio, o sistema penal acusatório, “onde é vedada qualquer atividade persecutória do magistrado na fase pré-processual, ressalvadas as hipóteses de medidas cautelares.” E, **segundo**, a *opinio delicti*, nesse sistema, cabe **exclusivamente** ao Ministério Público, na forma do art.129, inc. I da Constituição de 1988. Se ao Ministério Público, em nome do Estado, é deferida a exclusividade da persecução penal, cabe ao Juiz, ao se utilizar da regra do art. 28 do Código de Processo Penal - **por muitos considerada anacrônica,** em face do próprio sistema acusatório e da Carta de 1988 – **agir** e fundamentar seu entendimento **com extrema cautela**, sob pena de inversão de papéis e **falta de imparcialidade**.

16. Não sem preocupações, muitos juristas tem se debruçado sobre o sistema acusatório e a regra do art. 28 do CPP, em face da Constituição de 1988. O professor Geraldo Prado é objetivo:

“Com efeito, não há razão, dentro do sistema acusatório, ou sob a égide do princípio acusatório, que justifique a imersão do juiz nos autos das investigações penais, para avaliar a qualidade do material pesquisado, indicar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas já realizadas, ou, ainda, **interferir** na atuação do Ministério Público, em busca da formação da “*opinio delicti*”. **A imparcialidade do juiz, ao contrário, exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune de preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório**, de sorte a avaliar **imparcialmente**, por ocasião do exame da acusação formulada, com o oferecimento da denúncia ou queixa, se há justa causa para a ação penal, isto é, **se a acusação não se apresenta como violação ilegítima da dignidade do acusado**. Neste ponto a manutenção do controle, pelo juiz, das diligências realizadas no inquérito ou peças de informação, e do atendimento, pelo Promotor de Justiça, ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, naquelas hipóteses em que, em vez de oferecer denúncia, o membro do Ministério Público requer o arquivamento dos autos da investigação, constitui inequívoca afronta ao princípio do contraditório (...).” (Geraldo Prado, Sistema Acusatório, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, pág. 198/203).

17. No mesmo sentido, é o escólio do eminente processualista Sérgio Demoro Hamilton:

“**A fase que antecede a ação penal exige o completo afastamento do juiz da persecução criminal em um sistema que pretenda ser acusatório. Em tal etapa do procedimento, só encontra justificativa a presença do magistrado quando pratica atos jurisdicionais que tenham por fim assegurar direitos fundamentais não relacionados, diretamente, com o fato em apuração**. É o caso, por exemplo, das cautelares de natureza pessoal ou real, em que, por força do próprio princípio acusatório assegurado pela Constituição, a presença do juiz se faz necessária.” (Revista do MP do Estado do Rio de Janeiro, nº 12, jul/dez/2000, pág. 195).

18. Em homenagem ao **sistema acusatório** e à Carta de 1988, o próprio Conselho de Justiça Federal, pela Resolução nº 63, de 26 de

junho de 2009, ao estabelecer a *tramitação direta dos inquéritos policiais entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal*, trouxe à baila, dentre outros, os seguintes CONSIDERANDA: a **nítida separação entre as funções de acusar e julgar**; ser o MP o *dominus litis* da ação penal; o MP é o único destinatário final das investigações, levadas a “cabo no curso do inquérito policial presidido pela autoridade policial”; ao MP compete o controle externo da atividade policial – inc. VII art. 129 da CF; o inquérito deve ter seu andamento “**sem necessidade de intermediação do Poder Judiciário, a não ser para o exame de medidas cautelares**”; e que a “**medida constritiva de natureza acautelatória, por força de determinação legal, só pode ser adotada se e quando deferida pelo Poder Judiciário.**”

19. Vê-se, portanto, que, na fase pré-processual, o juiz só comparece quando há pedido da Polícia Judiciária ou do Ministério Público para medidas constritivas ou cautelares, em defesa dos direitos fundamentais dos investigados. E, no caso de pedido de arquivamento, remete os autos ao Procurador Geral da República – leia-se 2a. Câmara (área Criminal) do MPF -, quando discorda da posição do *Parquet*.

20. Ao rejeitar o arquivamento do inquérito contra o Delegado Protógenes e o Diretor-Geral da ABIN Paulo Lacerda, **em 19 laudas muito bem redigidas**, houve, **data venia**, excesso de linguagem. Excesso esse que se pode verificar sob duas óticas.

21. **Primeiro**, quanto à constante afirmação de que “*cumprido ao Judiciário exercer o controle do arquivamento do inquérito policial, bem assim velar pelo princípio do processo penal de que **as infrações penais não devem ficar impunes (nec delicta naneant impunita)**. Por isso, sob pena de também incidir em crime, o Juiz tem a obrigação legal de adotar medidas quando arrostado com indícios e prova de crime (art. 40 e 211 do CPP).*”

22. De fato, nas ações penais e/ou cíveis e em papéis em que tiver acesso, se o juiz constatar indícios de crime, ele os remeterá ao MP ou à polícia – essa é sua obrigação legal. Ainda, folga-nos saber que o i. Dr. Ali Mazloum também reconhece que ao juiz cabe velar “*pelo princípio do processo penal*”, para que **as infrações penais não fiquem impunes**. Ao Ministério Público cabe, precipuamente, tal encargo, podendo se utilizar de todos os meios legais para tal fim. Ao juiz cabe, de qualquer modo, julgar, com absoluta **imparcialidade**, garantindo a “paridade de armas” e o devido processo legal.

23. Dentro desse enfoque, soa equivocada também a afirmação, **no caso**, de que “*em matéria de direitos fundamentais, qualquer tentativa de submeter decisão judicial à prévia chancela do órgão acusador constitui rematado depautério.*” (fls. 3010/3011)

24. Ora, o Ministério Público Federal denunciou Protógenes e outro por violação de sigilo funcional e fraude processual e não o denunciou e ao então Diretor da ABIN Paulo Lacerda por usurpação de função pública (art. 328 do CP) e art. 10, segunda parte, da Lei nº 9.296/96, apesar da proposta da autoridade policial no relatório do inquérito. O MPF, como titular da ação penal, detentor da *opinio delicti*, poderia fazê-lo? Sim!

25. Quando o Ministério Público pede o arquivamento de parte de um inquérito e o juiz discorda, não há violação a direitos fundamentais (ao contrário), nem está ele “submetendo a decisão judicial à prévia chancela do órgão acusador” (?). Está, sim, exercendo o seu poder/dever de apresentar (ou não) a denúncia. De dizer a sua *opinio delicti*, porque titular exclusivo da ação penal – art. 129, inc. I da Constituição. Conseqüentemente, o Juiz não pode obrigar o Ministério Público a fazer uma acusação, nem pode se sentir **ofendido** caso ele não a faça.

26. **Segundo**, houve **excesso de linguagem**, *data venia*, quando, discordando do pedido de arquivamento do inquérito, o juiz adentra,

em profundidade, nas provas – **provas essas em que não houve contraditório** - para dizer, por exemplo:

“As provas já referidas revelam que **ambos** promoveram a participação de servidores da **ABIN** em investigação policial em inquérito sob segredo de justiça, permitindo-lhes acesso a material abrigado pelo sigilo legal.” (fl. 315-V)

“O cenário dos fatos e a sua cronologia colocam, em tese, **PROTÓGENES PINHEIRO QUEIROZ e PAULO LACERDA** na condição de partícipes nos crimes.” (fl. 315-V)

“Os agentes, como subordinados, **sob vontade** de superiores, executaram ordens. **PAULA LACERDA e PROTÓGENES** tinham pleno **domínio do fato**, ao passo que os servidores agiram como **instrumentos** na execução de atividades a eles vedadas. Neste caso, o chamado “**homem de trás**”, expressão doutrinária, é que deve responder pelo crime, pois os autores imediatos do fato agiram induzidos a erro. Cuida-se, desse modo, de **erro determinado por terceiro**.

A par dos mencionados elementos probatórios, à guisa de constatação, merecem citação as informações trazidas com a quebra de dados telefônicos, autorizada por este Juízo, relativas ao período de **fevereiro a agosto de 2008**, em telefones móveis apreendidos em poder de **PROTÓGENES**.” (fl. 3016)
(os grifos e os sublinhados são do original)

27. Como se vê, há, **no caso**, uma inversão de papéis. Dar os motivos jurídicos pelos quais se discorda de um arquivamento de inquérito policial requerido pelo MPF é algo bem diferente, *data maxima venia*. Esta Câmara recebe centenas, senão milhares de inquéritos todo ano, pelo art. 28 do CPP, e nunca se deparou com um caso como este, em que **sobressai, de maneira exponencial**, o excesso de linguagem. Se tal excesso, quando da pronúncia, pode influenciar no julgamento de competência do Júri, muito mais pode, no caso, “influenciar” o próprio magistrado/julgador que se utilizou de tais excessos, caso esta Câmara venha a optar pela denúncia.

28. Uma incursão aprofundada no mérito da causa, no dizer do STJ “*pode influenciar a decisão do Conselho de Sentença, de modo a caracterizar usurpação da competência constitucionalmente conferida ao Tribunal do Júri (excesso de linguagem)*” (STJ, Resp 738316/CE, Min. Arnaldo Esteves Lima, 5a. Turma, DJ 3.8.2009 – Conhecido e provido,

unânime). A questão apresenta-se tão fundamental, porque em jogo o princípio da **imparcialidade** do julgador. Há, inclusive, nulidade, quando o juiz, ao despronunciar, “incorre em excesso de eloquência defensiva”, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa (STF – HC 90.217/RR DJ de 24.8.2007).

29. *Mutatis mutandis*, uma incursão acentuada nas provas **na fase pré-processual**, por parte do juiz, além de representar violação das atribuições do Ministério Público, *data venia*, pode configurar uma futura condenação, em havendo denúncia, **com violação dos direitos fundamentais dos acusados**. Como diz o professor Geraldo Prado, na obra já citada, em registro no artigo do Procurador da República Marcus Vinicius de Viveiros Dias, ao comentar o art. 28 do CPP²:

“Dizia-se com razão, na Idade Média, que aquele que tem um juiz por acusador, precisa de Deus como defensor. E, às vezes, isso não é suficiente.”

Da exclusividade da investigações pela Polícia Federal. Art. 144, § 1º, IV, da CF. E dos órgãos de segurança pública.

30. No entender do r. Juiz Dr. Ali Mazloum a “**Constituição Federal** outorgou à polícia federal, **com exclusividade**, as funções de polícia judiciária da União (art. 144, § 1º, IV). O preceito constitucional é claro, unívoco.” (fl. 3010/3011 – grifos do original). Afirma: “dizer que a **ABIN** exerce ‘atividades relativas à segurança da sociedade’, como invoca o **Parquet**, para concluir que cabe à agência o “combate ao crime”, é admitir que **órgãos públicos em geral** também possam empreender investigações criminais.” (fl. 3012)

31. Há também equívocos, como se demonstrará, *data venia*.

² Artigo publicado no Mundo Jurídico (www.mundojuridico.adv.br) em 24.8.2003.

32. O direito de investigar mediante o **inquérito policial** é **exclusivo** da polícia judiciária, mas investigações de crimes são feitas pelos mais diversos órgãos públicos. Receita Federal, Banco Central, Corregedoria Geral da União, fiscais do IBAMA, Tribunal de Contas e outros, quando apuram ilícitos administrativos, estão, muitas vezes, apurando também ilícitos penais. Como a *opinio delicti* é de titularidade exclusiva do Ministério Público, dispondo ele de elementos obtidos dos mais diversos meios legais, que evidenciem a materialidade e indícios de autoria, pode apresentar, **sem o inquérito policial**, a respectiva ação penal pública.

33. Muito mais pode o *Parquet*, por isso mesmo, fazer investigações. E ele o faz por **direito próprio**, como assinalou **recentemente** o Supremo Tribunal Federal no HC 89.837, Relator Min. Celso de Mello (STF, 2a. Turma, julgado em **20 de outubro de 2009**, unânime): “O MP tem a plena faculdade de obter elementos de convicção de outras fontes, **inclusive procedimento investigatório de sua iniciativa e por ele presidido.**” Tal **poder próprio** decorre da Constituição (art.129 e seguintes), seja em função dos poderes explícitos, seja em função dos poderes implícitos – *inherent powers*, da doutrina constitucional norte-americana. Assinalou o Min. Celso de Mello, ao analisar o inc. IV, parágrafo único, art. 144, da CF, que a “exclusividade” ali mencionada visa apenas distinguir as atribuições da Polícia Federal das funções das demais polícias – civis dos estados, policiais militares, polícia rodoviária e ferroviárias federais.

34. O Ministro Ayres Britto (STF), no inquérito 1.968/DF, evidencia que **investigar** fatos e documentos é da natureza do Ministério Público. São suas palavras textuais:

“(…)

8. Investigar fatos, documentos e pessoas, assim, é da natureza do Ministério Público. É o seu modo de estar em permanente atuação de *custos legis* ou de defesa da lei. De *custos iuris* ou de defesa do Direito. Seja para lavrar um parecer, seja para oferecer uma denúncia, ou não oferecer, ou seja ainda para

pedir até mesmo a absolvição de quem já foi denunciado. 9. **Privar** o Ministério Público dessa peculiaríssima atividade de defensor do Direito e promotor da Justiça **é apartá-lo de si mesmo. É desnaturá-lo.** Dessubstanciá-lo até não restar *pedra sobre pedra*, ou pior ainda, **reduzi-lo à infamante condição de bobo da Corte.** Sem que sua inafastável capacidade de investigação criminal por conta própria venha a significar, todavia, o poder de abrir e presidir inquérito policial.” (grifos não são do original)

35. O Ministro Eros Grau trilha o mesmo caminho, ao mencionar, no referido inquérito 1.968/DF, que:

(...)
“Uma primeira leitura do art. 144, § 4º da Constituição do Brasil poderia conduzir o leitor à conclusão de que as polícias civis detêm o privilégio exclusivo da investigação criminal, exceto no que concerne aos delitos militares. 03. A Constituição **não** existe, contudo, para ser lida, **mas para ser interpretada** pelos operadores do direito. O **intérprete** da Constituição **não** é um mero leitor das palavras contidas no texto normativo. Repetindo o que tenho afirmado reiteradamente, não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação isolada do texto do § 4º do seu artigo 144 não se justifica. Ela, a Constituição, há de ser interpretada no seu todo, na sua totalidade.”

36. Depois de citar Carlos Maximiliano, a propósito dos poderes implícitos, conclui o r. Ministro Eros Grau: *“Concluo, destarte, pelo reconhecimento de que o Ministério Público tem a sua disposição todos os meios necessários ao desempenho dessas funções, inclusive a investigação criminal.”* (Inq. 1968 - DF)

37. Realmente, não se pode interpretar a Constituição **em tiras** ou aos pedaços. Assim, *data venia* do entendimento do r. Magistrado, não **há reserva de mercado** investigatório para a Polícia Federal. Quando a Constituição a enumera, no art. 144, entre os órgãos de segurança pública, tal enumeração não representa *numerus clausus*.

38. Ora, pelo referido artigo, a segurança pública é dever do Estado e **responsabilidade de todos** e é exercida, em princípio, pelos órgãos

que determina (art. 144). Contudo, tal enumeração, como dito, é meramente exemplificativa, caso contrário a Constituição **não** falaria em responsabilidade de **todos**. Se **todos**, conseqüentemente, são responsáveis pela segurança pública, inclusive os cidadãos – que, por isso mesmo, podem prender alguém em flagrante delito -, muito mais poderão fazê-lo outros órgãos e instituições, em **cooperação** com a própria Polícia. Aliás, a responsabilidade de **todos** pela segurança pública tem possibilitado, em vários Estados, a criação de comissões de bairros, de polícia da cidadania, de reuniões entre órgãos policiais e as organizações da comunidade etc, tudo objetivando melhorar a segurança pública. Como diz a socióloga Julita Lemgruber, Diretora do Centro de Segurança Pública da Universidade Cândido Mendes, ao falar, sobre a **responsabilidade de todos**: *“Neste país, todos acreditam que o Estado vai resolver tudo, que o presidente da República, o governador e o prefeito vão e devem resolver tudo. Ficamos todos esperando o salvador da pátria e reclamando que pagamos impostos e nada é realizado. Segurança pública é responsabilidade de todos. Enquanto a sociedade não acordar para essa realidade, não vai ter nem condições de cobrar das autoridades.”*

39. Ora, se **todos são responsáveis pela segurança pública**, não se pode afastar, *a priori*, a colaboração de outros órgãos, muitos menos da ABIN. Agência essa que tem, dentre suas atividades, o objetivo de: *“II – planejar e executar a proteção de conhecimento sensíveis, relativos aos interesses e à **segurança do Estado e da sociedade.**”* (art. 4º, inc. II, da Lei 9.883/99)

40. Por isso, entendo corretas as palavras dos Procuradores da República, quando assinalam:

“Não há, pois, de se ter como anômala a cooperação entre ABIN e Polícia Federal na execução de atividades relativas à segurança da sociedade, não tendo como isso excluir o combate ao crime, notadamente à delituosidade organizada. É certo que cabe à Polícia Federal a função de polícia judiciária, mas colaborações são admissíveis, não apenas com a ABIN, mas também com outros órgãos, como a Receita Federal e o Banco

Central do Brasil, para melhor resultado e eficiência da polícia judiciária. Note-se que todos esses órgãos estão integrados no SISBIN – *Sistema Brasileiro de Inteligência* -, conforme disposto no art. 4º, do Decreto nº 4.376/02, que regulamentou a referida lei” (Lei nº 9.883/99). (fl. 2946)

41. Admitida, portanto, **em princípio**, a referida colaboração, entro agora propriamente no mérito da questão, que se refere à cessão de servidores da ABIN para atuar na operação Satiagraha.

Da cessão (ou colaboração) dos servidores da ABIN.

42. Os servidores da ABIN, **cedidos** por Paulo Lacerda, seu Diretor, a pedido do Delegado Protógenes, atuaram como **coadjuvantes e auxiliares**, **sob as ordens e a direção da Polícia Federal** - no caso, do Delegado Protógenes, encarregado da operação Satiagraha. Não praticaram atos de gestão ou decisão. Colaboraram nas investigações, efetuando atividades de pesquisa, vigilância, seleção e desgravação de ligações interceptadas etc. Eram **meros** auxiliares de Protógenes. Todos se reportavam diretamente a ele. Não foi uma colaboração ininterrupta, porque muitos ficaram ociosos (fl. 2945). O formato da colaboração pode ser notado nos depoimentos transcritos pelo MPF, às fls. 2943 e 2943-verso:

“O depoimento de Paulo Maurício Fortunato Pinto – Diretor do Departamento de Contra-Inteligência da ABIN – as fls. 354/358 é elucidativo a respeito do ocorrido. Atente-se para o seguinte excerto:

'Que em fevereiro de 2008 o Superintendente Estadual da ABIN no Rio de Janeiro, JOUBERT MARTINS, recebeu uma solicitação verbal feita pelo Delegado PROTOGENES QUEIROZ no sentido de que a ABIN lhe apoiasse em pequenas confirmações de endereços residenciais e comerciais de interesse de uma operação que estava sendo presidida por ele; QUE seguindo regramento interno a solicitação foi repassada, também verbalmente, ao Depoente para que deliberasse a respeito, uma vez que a Superintendência não tem autonomia para decidir quanto ao pedido de apoio; QUE

o Depoente por sua vez levou a solicitação ao Diretor-Adjunto, JOSÉ MILTON CAMPANA, também de modo verbal, para que ele avaliasse a situação e a levasse ao conhecimento do Diretor Geral, Dr. PAULO LACERDA; QUE certo é que uns dois dias depois, em uma reunião do Depoente com o Diretor-Adjunto ele lhe informou que poderia ser dado o apoio, inclusive enfatizando que seria importante esse apoio à Polícia Federal, como Instituição; Que o Dr. QUEIROZ era pessoa conhecida de alguns da ABIN, talvez até pelo próprio Diretor-Geral da ABIN, sendo certo que ficou decidido que havia apoio ao Delegado, na operação de sua responsabilidade, naquilo que fosse legal e que estivesse dentro das competências e atribuições da ABIN;'

José Ribamar Reis Guimarães, Coordenador-Geral de Operações de Contra-Inteligência, também deu depoimento bastante esclarecedor a fls. 517/527, destacando-se o seguinte:

“QUE o que lhe foi falado é que o apoio, já deferido pelos superiores do Depoente, seria na designação de servidores que iriam realizar levantamentos, em pedidos pontuais, no interesse da operação, cujo teor não lhe foi revelado; QUE além desses levantamentos os servidores iriam fazer análise de mídia, que deveriam ter conhecimento na realização de consultas pela internet e fazer análise de jornais, revistas, enfim da mídia com um todo; (...) QUE para atender a demanda de São Paulo, o primeiro pedido, o Depoente selecionou 08 servidores (...) QUE da mesma forma houve solicitação para trabalhos no Rio de Janeiro/RJ (...) QUE normalmente o pedido do Dr. QUEIROZ era de que mandasse gente, por exemplo, por uns 30 dias; QUE quando estava próximo ao término dos 30 dias, ele entrava em contato e informava da necessidade de continuar e do número de pessoas que ele precisava; QUE tudo isso era feito de modo verbal e o depoente programava a disponibilização da equipe, conforme possibilidade; (...) QUE as equipes designadas não apresentavam qualquer relatório, apenas quando questionadas, informavam ao Depoente, verbalmente, que estavam realizando os levantamentos pleiteados e que não geravam relatório dos trabalhos realizados.” (fls. 2943/2943 e 2945 – marcado – anexo 1)

43. Todas as medidas cautelares, busca e apreensão, interceptações telefônicas etc **deferidas judicialmente**, não foram solicitadas pela ABIN, mas pela Polícia Federal (diga-se pelo Delegado Chefe da Operação Satiagraha) ou pelo Ministério Público. O cumprimento de mandados do Juízo, decisões, ordens etc foram executados pela Polícia Federal,

entrando os agentes **cedidos como meros coadjuvantes**, em questões pontuais e determinadas, sob ordens da Polícia Federal, muitos deles desconhecendo o objetivo maior da operação. Daí porque o próprio Juiz, Dr. Ali Mazloum, reconhece o erro plenamente *justificável pelas circunstâncias* dos referidos servidores cedidos, com espeque no art. 20, § 2º do CP.

44. O instituto da cessão de servidores é previsto no ordenamento jurídico brasileiro, em várias leis. Cessão é o “*afastamento do servidor para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a critério do órgão cedente, sem vacância do cargo e sem lotação na sede de origem*”. Regula referida cessão o próprio Estatuto do Servidores Públicos da União – Lei 8.112/90, art. 93 – bem como outras leis, como, por exemplo, a Lei 6.999, de 7.6.82, da Justiça Eleitoral, e, inclusive, resoluções do Conselho de Justiça Federal, de nºs. 85/93 e 225/2000. A própria ABIN tem em seus quadros servidores cedidos ou requisitados de outros órgãos públicos. E isso é público e notório, como dá notícia o jornal “> Zero Hora.com”, de 20 de julho de 2008, no artigo “Por dentro da ABIN, a CIA brasileira”:

*“Policiais são cedidos à Abin para ajudar nas investigações. Grande parte das investigações é feita por policiais civis, militares e **federais** cedidos para atuar no órgão. O pessoal é agregado à agência e recebe, em troca, uma ajuda de custo (espécie de função gratificada) que, no caso dos policiais estaduais, chega a dobrar os vencimentos. O objetivo é dar experiência aos novatos, resume um agente.”*

45. O próprio relatório deste inquérito, fls. 2817, há menção de que um Delegado de Polícia Federal fora cedido, **antes**, à ABIN: “Ainda no mês de **setembro de 2007** houve modificações da Chefia imediata do Delegado Queiroz, tendo saído o Delegado RENATO HALFEN DA PORCIÚNCULA, que também foi da ABIN, tendo assumido, a primeira posição, o Delegado Daniel Lorenz de Azevedo.”(sublinhou-se)

46. Vê-se, portanto, que mesmo antes de Paulo Lacerda sair da Direção da Polícia Federal para a ABIN, outros delegados (e, possivelmente, agentes) da PF já trabalharam na Agência de Inteligência, confirmando a informação transcrita, obtida pelo Jornal Zero Hora, a partir de uma entrevista com um agente da ABIN.

47. Como se vê, houve cessões de servidores para o Delegado Protógenes, deferidas verbalmente, **podendo-se falar em irregularidade administrativa e, por isso, em improbidade, quando muito, mas não em crime.** Afora isso, após os fatos aqui questionados, **há norma posterior, que permitiu a regularização de servidores cedidos pela ABIN, que estariam irregulares.**

Da Lei nº 11.776, de 17.9.2008.

48. De fato, recentemente, foi editada a Medida Provisória nº 434, 05 de junho de 2008 – durante ainda a colaboração de servidores da ABIN na operação Satiagraha – que restou convertida na Lei nº 11.776, de 17 de setembro de 2008 - que dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreiras e Cargos da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN. Pelo art. 4º, foram criados 240 cargos de Oficial Técnico de Inteligência e 200 cargos de Agente Técnico de Inteligência. Só a criação desses cargos e a referida reestruturação evidencia que a Agência Brasileira de Inteligência tinha em seus quadros, como ainda tem, vários servidores oriundos de outros órgãos, inclusive da Polícia Federal, como se constata pelas informações antes transcritas.

49. De outro lado, o art. 44 da nova lei, veda, **em princípio**, a cessão de servidores, **mas admite referida cessão** em determinadas situações: *“para os casos previstos em legislação específica ou investidura em*

*cargo de Natureza Especial ou do Grupo-Direção e assessoramentos Superiores – DAS, níveis 4, 5 6 ou equivalentes.*³

50. Diante dessa situação, impõe-se uma questão: os servidores cedidos ao Delegado Protógenes eram titulares integrantes do Quadro de Pessoal da ABIN ou eram requisitados ou vieram cedidos de outros órgãos? Se eram do quadro, só poderiam ser cedidos nas condições mencionadas no artigo 44; mas se não eram, nada impedida a cessão, em princípio.

51. Mesmo que se considere a **vedação** constante da regra do art. 25, da Lei ° 10.862, de 20.4.2004⁴, revogada pela Medida Provisória 434/2008, que se converteu na Lei nº 11.776, de 17 de setembro de 2008, quando se proibia a cessão de servidores da Agência, **ocupantes** de cargos do Plano Especial de Cargos da ABIN durante os **primeiros** dez anos de efetivo exercício naquele Órgão, **havia a exceção dos casos previstos em lei** e aqueles que se “configurarem como excepcional interesse público, assim caracterizados pelo Presidente da República.”

52. De qualquer modo, não se pode negar que havia, em determinadas situações, **cessão de servidores** da ABIN para outros órgãos públicos, sem obediência eventualmente aos parâmetros indicados, como no caso da cessão de servidores a Protógenes, Delegado da Polícia Federal responsável pela operação “Satiagraha”, tanto assim que, para sanar quaisquer cessões administrativamente irregulares, foi editado o parágrafo único do art. 44, da Lei 11.776, de 17 de setembro de 2008, o qual determina:

³ Lei nº 11.776, de 17.9.2008 – Art. 44: Fica vedada a cessão dos titulares de cargos integrantes do Quadro de Pessoal da ABIN, exceto para os casos previstos em legislação específica ou investidura em cargo de Natureza Especial ou do Grupo-}Direção e Assessoramento Superiores – DAS, níveis 4, 5, 6 ou equivalentes.

⁴ Dispõe sobre a criação sobre a criação do Plano Especial de Cargos da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN. Art. 25 – Fica vedada a cessão de servidores ocupantes de cargos do Plano Especial de Cargos da ABIN para outros órgãos ou entidades da administração pública federal de Estados, do Distrito Federal e de Municípios durante os primeiros 10 (dez) anos de atividades na ABIN ou nos órgãos que a antecederam, excetuando-se os casos previstos em lei e aqueles que se configurarem como de excepcional interesse público, assim caracterizados pelo Presidente da República.

“as cessões em desconformidade com o disposto no caput deste artigo serão regularizadas até 06 de outubro de 2008”.

53. Ora, o legislador ordinário, ciente da situação especial da cessão de servidores pela ABIN, fixou a **vedação**, excepcionou determinadas situações, **e**, foi mais longe, **permitiu a regularização** daquelas cessões em desconformidade com as normas de regência. Ou seja, excluiu o ilícito administrativo, já que o que era, em princípio, irregular – cessão de servidores em desobediência às regras – passou a ser regular, além de se reconhecer, **mesmo indiretamente**, que a cessão de servidores, para colaborar com outros órgãos, não era incomum.

54. Só por isso, vê-se que não se pode, **inexistindo o ilícito administrativo**, impor, reconhecer ou determinar o ilícito penal, **no caso**. Não desconheço que as instâncias administrativa e penal são independentes. **Mas a norma de regência (§ único, art. 44, antes citada) age aqui como manifesta exclusão da ilicitude material de fato**. Há, assim, falta de justa causa para a ação penal. Não há lesão a bem jurídico tutelado.

55. Diante dessa situação, não se pode chamar o direito penal, se, por lei, já se permitiu regularizar a situação. No dizer do ilustre Ministro Joaquim Barbosa:

“À luz de todos os princípios que regem o **direito penal**, especialmente o princípio da **subsidiariedade**, da **fragmentariedade**, da **necessidade** e da **intervenção mínima**, é **inadmissível** que uma conduta seja considerada **administrativamente irrelevante** e, ao mesmo tempo, seja considerada **criminalmente relevante** e punível. A única conclusão a que se pode chegar, na espécie, é a de que **não houve lesão ao bem jurídico tutelado**. (STF, HC 92438, 2a. Turma, DJ 19.12.2008)

56. Além disso, **não houve** a vontade consciente de exercer funções que não lhe eram próprias, sejam dos agentes cedidos, seja do Delegado Protógenes, seja do Diretor da Abin, Delegado Paulo Lacerda.

Houve foi colaboração e auxílio, dentro de uma operação que nunca saiu do controle da Polícia Federal.

57. *Mutatis mutandis*, o julgado abaixo, do Tribunal de Justiça de São Paulo, se aplica, como luva, no caso em tela:

“Usurpação de função pública. Inocorrência. Interrogatório judicial realizado pelo escrivão e datilografado pelo escrevente do cartório. Vontade, apenas, de colaborar para o bom andamento dos serviços forenses da parte de ambos. Ausência de qualquer vantagem pessoal e, conseqüentemente, de dolo. Absolvição decretada. Inteligência do art. 328 do CP. Ausência do ânimo de usurpar, desnatura completamente o delito do art. 328 do CP, que sem ele não se configura. Custa crer, pois, que, num **ato de solidariedade funcional, destituído de qualquer vantagem perceptível**, e no qual o serventuário é movido pela vontade de colaborar no andamento dos serviços forenses e não de se passar por juiz, executando função que a ele competia, se pretenda ver caracterizada a infração em apreço.” (RT 542/320-1, *apud* CP interpretado, 2a. Edição, Julio Fabrini Mirabete, 2001, pág. 1986)

58. Não havendo vontade consciente de usurpar a função pública, agindo com boa-fé, fica descaracterizada a figura do crime do art. 328 do CP. De mais a mais, é preciso anotar a situação da Polícia Federal, à época, com a mudança de seu comando, no ano de 2007, com a ida de Paulo Lacerda para a ABIN, que tinha, tudo indica, bom relacionamento com o Delegado Protógenes.

Da atuação heterodoxa do Delegado Protógenes e suas implicações.

59. Afora isso, está evidente, pelo relatório policial, que Protógenes, como Delegado de Polícia Federal, tinha, antes mesmo da operação Satiagraha, uma atuação “heterodoxa”. Fazia seu trabalho, mas não se reportava a seus superiores imediatos. Com a nova direção, a partir 03 de setembro de 2007, quando assumiu Luiz Fernando Corrêa na direção geral da

Polícia Federal, a situação se complicou. Consta do relatório do inquérito (fl. 2816):

“Essa modalidade de atuação, verificada na conduta do Delegado Queiroz, caracterizada pela **ausência de obediência às formalidades** e não apresentação à chefia hierárquica, de informações a respeito de suas atividades, é confirmada pelo Depoimento de DANIEL LORENZ AZEVEDO (fls. 243/254), pessoa que substituiu RENATO HALFEN DA PORCIÚNCULA na Diretoria de Inteligência Policial.”

60. Constatou também, a nova direção da PF, que a Diretoria de Inteligência Policial – DIP estava operando em áreas de atribuição da Diretoria Executiva – DIREX e da Diretoria de Combate ao Crime Organizado – DCOR, *“quando deveria atuar apenas em caráter residual, situação que, consoante nova política administrativa adotada, demandaria o deslocamento da Operação Satiagraha para o DCOR, mais especificamente para a Divisão de Repressão a Crimes Financeiros-DFIN, chefiada pelo Delegado PAULO DE TARSO TEIXEIRA.”* (fls. 2817-v e 2818).

61. **Entretanto, dada a importância e sensibilidade** da investigação (operação Satiagraha), esclarece o relatório, decidiu-se pela continuidade da mesma, **com a estrutura logística que vinha sendo adotada e dentro da Diretoria de Inteligência Policial – DIP** (fls. 2.818), **só** não prevalecendo o vínculo direto com o Diretor Geral. Estabeleceu-se, então, um conflito de interesses, diz o relatório, que *“aproximou ou ensejou o pedido de apoio e a obtenção de aval do então Diretor Geral da ABIN, Dr. PAULO LACERDA.”* (fl. 2820).

62. Duas questões se extraem desses fatos. **Primeiro**, que a nova direção da Polícia Federal **deixou** o Delegado Protógenes continuar agindo com a mesma *desenvoltura inusual*, dentro da estrutura logística da DIP, **“dada a importância e sensibilidade da operação Satiagraha”**. **Segundo**, com os conflitos, que devem ter continuado latentes, motivou, novamente, a reaproximação dele (Protógenes) com Paulo Lacerda, agora

Diretor Geral da ABIN. Diz o relatório do inquérito: permitiu-se ao “*Delegado Queiroz dispor de recursos e equipamentos, de modo oficioso, sem qualquer controle efetivo, **exatamente nos mesmos moldes das ações que até então lhes eram possibilitadas, na condição de coordenador de operações, no âmbito do Departamento de Polícia Federal, antes das modificações de chefias.***” (fls. 2820 e 2821)

63. Vê-se, portanto, que, longe de constituir crimes, a conduta de Protógenes e Paulo Lacerda, nas circunstâncias, não foram movidas pela vontade livre e consciente de usurpar função pública ou de quebrar o sigilo da operação. A verdade é que Protógenes, **que não foi afastado da operação Satiagraha**, não dispunha mais dos mesmos meios e só passou a tê-los, em princípio, com a ajuda do Diretor Geral da ABIN. Este cedeu servidores à Polícia Federal para atuar sob as ordens de um Delegado da Polícia Federal (Protógenes Queiroz). Se o fez em desobediência às normas administrativas, em princípio, tal fato não constitui crime, como antes mencionado. Quando muito representa irregularidade administrativa e/ou improbidade, mesmo que se desconsidere, **só para argumentar**, a exclusão da ilicitude prevista no parágrafo único do art. 44, da Lei nº 11.776, de 17.9.2008, como antes mencionado.

64. É importante mencionar, ademais, que toda a cooperação de servidores da ABIN deu-se a partir de jan/fev de 2008, antes, portanto, da MP 434, de 05.6.2008, que se converteu na Lei nº 11.776, de 17.9.2008. E o magistrado que deferiu as interceptações telefônicas e telemáticas – e que acompanhou as investigações - foi o Juiz Federal Auxiliar Márcio Rached Milani⁵, que só não determinou as medidas de 08 de julho de 2008, dia da execução da operação Satiagraha, quando se fez as buscas, apreensões e as prisões temporárias, porque estava de férias.

⁵ Informação recebida dos Procuradores da República que atuaram no caso.

Da ABIN, do Sistema Brasileiro de Inteligência e do Subsistema de Inteligência de Segurança Pública.

65. Faz-se necessário ainda, para espancar qualquer dúvida, analisar agora a cooperação, **na frase pré-processual**, entre a ABIN e a Polícia Federal e o que é o Sistema Brasileiro de Inteligência e seu respectivo **Subsistema** voltado para a **segurança pública**.

66 Primeiramente, é importante assinalar que não advogo a cooperação da ABIN (Agência de Inteligência) em qualquer caso. Tal cooperação deve ser regrada e obedecida a legislação de regência. Entretanto, é importante também esclarecer que hoje há um Sistema, em que se permite a cooperação dos vários órgãos de inteligência no combate à criminalidade.

67. O Sistema Brasileiro de Inteligência foi criado para organizar os diversos sistemas de inteligência dos mais variados órgãos da União. Se a ABIN tem determinadas funções específicas, para subsidiar a tomada de decisões do Presidente da República, o referido Sistema e Subsistema vão mais longe. Por trabalhar com *inteligência em informação*, que corresponde, *mutatis mutandis*, à *inteligência na análise do fato investigado*, é que a Lei nº 9.883, de 07 de dezembro de 1999, estabelece que, para os efeitos de sua aplicação “*entende-se como inteligência a atividade que objetiva a obtenção, **análise** e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional **sobre fatos e situações** de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a **segurança da sociedade e do Estado**.” (grifou-se)*

68. No mesmo sentido é a regra do art. 2º, do Decreto nº 4.376, de 13 de setembro de 2002. De outro lado, criou-se também, pelo Decreto nº 3.695, de 21 de dezembro de 2000, o **Subsistema de Inteligência de Segurança Pública** no âmbito do Sistema Brasileiro de Inteligência. E o § 3º, art. 2º, desse Decreto, na esteira do quanto posto na Lei 9.883/99, não

deixa margem a dúvidas, no que se refere à participação da ABIN, juntamente com outros órgãos, no âmbito de suas competências, para acompanhar e identificar as várias ameaças à segurança pública, com o fim de compartilhar informações e conhecimentos, tendo em vista **coibir e reprimir** atos criminosos. Eis a redação do dispositivo:

“Art. 2º, § 3º – Cabe aos integrantes do Subsistema, no âmbito de suas competências, identificar, acompanhar e avaliar ameaças reais ou potenciais de **segurança pública e produzir conhecimentos e informações que subsidiem ações para neutralizar, coibir e reprimir atos criminosos de qualquer natureza.**” - grifou-se.

69. Vê-se que há todo um conjunto de normas que não vedam, mas, ao contrário, permitem uma cooperação dos diversos órgãos que compõem o Subsistema de Segurança Pública, a partir do Sistema Brasileiro de Inteligência, para compartilhar informações, **apuradas dentro da área de competência de cada qual**, mas com o objetivo precípua de garantir a **segurança pública, mediante ações que coibam e reprimam a criminalidade.**

70. Por isso, correto o entendimento do Tribunal Regional Federal da 3a. Região, ao analisar, em *habeas corpus*, a cooperação da ABIN no âmbito da “operação Satiagraha”:

“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. PARTICIPAÇÃO DE SERVIDORES DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) EM INQUÉRITO CONDUZIDO PELA POLÍCIA FEDERAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – LEI 9.883/99 QUE PERMITE COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA – NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL NÃO CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA.

(...)

4. Não há prova acerca de um prejuízo concreto experimentado pelo paciente, pelo fato de servidores da Agência Brasileira de Informação, hipoteticamente, terem conhecimento do conteúdo de conversas telefônicas interceptadas. É certo que esse fato pode até vir a gerar a responsabilização funcional daquela

autoridade que eventualmente violou o seu dever de sigilo, contudo, tal violação não possui o condão de macular a prova como um todo.

5- A Lei 9.883/99 – que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência – indica a possibilidade de órgãos componentes do aludido sistema compartilharem informações e dados relativos a situações nas quais haja interesse do estado brasileiro. Tanto a Polícia Federal como a ABIN integram o Sistema Brasileiro de Inteligência, como se infere dos incisos III e IV do artigo 4º do Decreto nº 4.376/02, que regulamenta a Lei 9.883/99.

6 – O compartilhamento de dados e informações sigilosos entre os órgãos encarregados da persecução penal e outros órgãos integrantes do Estado, não é novidade. Basta lembrar que, ordinariamente, IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), Receita Federal, INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), BACEN (Banco Central do Brasil) e CVM (Comissão de Valores Mobiliários), os quais cita-se apenas a título de exemplo, compartilham dados com a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, **visando o aprofundamento das apurações criminais, e isso nunca causou perplexidade ou surpresa.**

7 - Eventuais nulidades da fase pré-processual não possuem o condão de contaminar a ação penal. O Código de Processo Penal consagra a dispensabilidade do Inquérito Policial (artigo 39, § 5º), o que, também, roborava o raciocínio de que eventuais nulidades verificadas naquele âmbito não contaminam a ação penal, que lhe é posterior e ontologicamente distinta. Ordem denegada.” (TRF 3ª Região, julgado de 23.3.2009, nos autos do HC 2008.03.00.044165-7). (os grifos não são do original)

71. No mesmo sentido, de conseguinte, são as razões apresentadas pelo *Parquet*, no ponto, que trazem luzes à porfia:

“ Diante desse quadro de entendimento jurídico, não se afigura correto afirmar que a atuação da ABIN na "Operação Satiagraha" tenha sido ilícita, irregular, ou que tenha tornado inválidas as provas produzidas. Mesmo em se tratando de degravações de interceptações telefônicas efetuadas por agentes da ABIN, não há falar, sob nenhum pretexto, em ilicitude da prova produzida, porquanto nada há nos autos que indique que tais interceptações manuseadas por servidores da ABIN não tenham sido judicialmente deferidas, ou que não tenham sido realizadas pelo sistema técnico da Polícia Federal. Em suma, os ora signatários entendem pela validade da prova produzida nessas condições, muito embora tal questão deva ser

decidida pelo juízo natural da "Operação Satiagraha" e instâncias recursais respectivas". (fl. 2948 – anexo 1)

72. Finalmente, é preciso anotar que o Partido Popular Socialista – PPS ajuizou ação direta de inconstitucionalidade tendo por objeto o § 4º do art. 6º-A do Decreto 4.376, de 13/09/02, com a redação que lhe deu o art. 2º, do Decreto nº 650, de 19/8/08, que dispõe o seguinte:

“Art. 6º-A – A ABIN poderá manter, em caráter permanente, representantes dos órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência no Departamento de Integração do Sistema Brasileiro de Inteligência.

(...)

§ 4º – Os representantes mencionados no caput poderão acessar, por meio eletrônico, as bases de dados de seus órgãos de origem, respeitadas as normas e limites de cada instituição e as normas legais pertinentes à segurança, ao sigilo profissional e à salvaguarda de assuntos sigilosos.”

73. Como mencionou o saudoso Ministro Relator Menezes de Direito (STF), o PPS “enxerga a norma como uma porta aberta para a invasão da privacidade e do sigilo de dados dos cidadãos”. Referida ação foi indeferida, *in limine*, porquanto não se pode questionar a validade de uma norma secundária (o decreto), dissociada “*da lei ordinária que lhe empresta imediato fundamento de validade.*” Não houve recurso contra esta decisão.

74. Assim a ABIN, em sua “página” na *internet*, comenta a decisão do STF: “*O decreto questionado criou no âmbito da Abin o Departamento de Integração do Sisbin – Disbin. O objetivo do Disbin é funcionar de forma contínua, em regime de plantão e integrando informações dos vários órgãos integrante sdo Sisbin em um único espaço físico. Para isso, a Abin preparou um Centro de Integração onde, até o momento, já estão em caráter permanente representantes da Polícia Federal, Ministério da Defesa, Receita Federal, Ibama, Censipam, Anvisa, Ministério da Previdência Social e Polícia Rodoviária Federal.*” (www.abin.gov.br – em 19.10.2009)

75. Vê-se, portanto, que a colaboração dos órgãos públicos, seja quanto à análise e compartilhamento de *inteligência em informações*, seja

quanto à defesa da sociedade e à garantia da **segurança pública**, para reprimir e coibir **atos criminosos de qualquer natureza**, não é uma situação absurda ou anômala, como insiste em dizer o r. Juiz Federal Dr. Ali Mazloum. Se o fosse, o próprio Supremo Tribunal Federal, na referida ADIN, não teria, de imediato, arquivado o pleito. Assim, há todo um arcabouço normativo que permite tal colaboração e a eventual irregularidade administrativa da colaboração de servidores da ABIN, como se viu, restou superada com a edição da Lei nº 11.776/2008.

76. Finalmente, quanto ao crime do art. 10, da Lei nº 9.296/96 (violação de sigilo) adoto, como razões de decidir, as esclarecedoras razões do Ministério Público às fls. 2.948, *verbis*:

“Uma melhor compreensão do que efetivamente ocorreu revela a inexistência da prática do crime do artigo 10 da Lei nº 9.296/96 no caso. Na realidade, Protógenes nunca pretendeu, ao trazer a ABIN para as investigações, violar o seu sigilo. Ele desejava simplesmente aumentar o quadro de servidores disponibilizados, a fim de conseguir melhores resultados. **A operação, ademais, nunca foi retirada do controle da Polícia Federal, tendo os agentes da ABIN sempre trabalhado sob a coordenação de policiais.** Enxergar, pois, a questão como quebra de segredo de Justiça, mormente num quadro em que os servidores da ABIN também estavam obrigados a manter o sigilo das informações recebidas, nos termos do artigo 116, inciso VIII, da Lei nº 8.112/90, seria totalmente desarrazoado.” (grifos do original)

CONCLUSÃO.

77. Por estas razões, **voto pela insistência no pedido de arquivamento**, com a *força* imposta na parte final do art. 28 do CPP.

78. Por último, como foi afastado o sigilo dos autos (fl. 3018), e tendo em vista o fato de o r. Juiz Federal Dr. Ali Mazloum ter enviado *ofícios* às corregedorias do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, voto para a remessa desta manifestação àquelas

respeitáveis Corregedorias, que tantos serviços vêm prestando para o melhor funcionamento das Instituições.

79. Com a decisão do Colegiado (e este voto), retornem os “autos” ao Dr. Ali Mazloun, i. Juiz Federal oficiante. Dê-se ciência aos Procuradores que subscreveram a petição de fls. 2.933 a 2.956.

É o voto.

Brasília, 26 de outubro de 2009.

WAGNER GONÇALVES
Subprocurador-Geral da República
Coordenador e Membro Titular – 2ª CCR