

HABEAS CORPUS Nº 149.250 - SP (2009/0192565-8) (f)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP:

O paciente foi denunciado perante a Justiça Federal pela atribuída prática do crime de corrupção ativa, previsto no art. 333, *caput*, combinado com o art. 29, *caput* do Código Penal. A ação penal que se instaurou terminou pela condenação do paciente, pendente ainda o julgamento da apelação apresentada contra a mesma sentença.

Entrementes, com respeito aos procedimentos de investigação prévios à ação penal, foi impetrado junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região pedido de *habeas-corpus* (HC 34.848/SP–TRF3ª) buscando livrar o paciente de alegada insanável nulidade da sentença, haja vista a atuação da ABIN na investigação preparatória, de natureza policial penal. Em face disso, alegaram mais: todas as provas colhidas ao longo da operação correspondente deveriam ser consideradas ilícitas e portanto inadmissíveis e ineficazes, sendo destituídas de valor jurídico.

A ordem contudo foi denegada pelo Regional ao fundamento de que o magistrado apontado como coator e a autoridade policial negavam esse fato e porque não havia nos autos documentos capazes de evidenciá-lo, resumindo-se a prova das supostas arguições a recortes de jornal.

Disse o Tribunal que, mesmo quando tivesse havido a colaboração da Agência, esta se deu de forma secundária sendo todas as medidas de apuração promovidas pela autoridade policial e, conforme o caso, deferidas pela autoridade judicial.

Além disso, assentou a Corte local, o compartilhamento de informações é medida rotineira entre diversas instituições e a Polícia Federal (v.g. IBAMA, INSS, BACEN, CVM, Receita Federal, e outros estaduais ou municipais).

Em resumo, a 5ª Turma do TRF/3ª Região considerou a inexistência de ilegalidade ou abuso de poder na sentença proferida pela autoridade tida por coatora, o Juiz Federal da 6ª Vara Federal de São Paulo.

Eis a ementa do julgado, que foi confirmado por embargos declaratórios:

“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 – ORDEMDENEGADA.

1. Os impetrantes não instruíram o “writ” com elementos de prova suficientes para que esta Corte, neste passo, emita juízo de valor sobre a participação, ou não, de servidores vinculados à Agência Brasileira de Informação (ABIN) nos procedimentos investigatórios, relacionados com a denominada “Operação Satiagraha”. E mesmo que, por hipótese, se prestassem a permitir uma conclusão positiva, tais documentos não esclarecem em que medida se deu essa participação, a ponto de autorizar, já neste momento, um exame da sua legalidade.

2. A autoridade impetrada nega a participação de agentes da ABIN na persecução penal nº 2008.61.81.008291-3, amparando-se, inclusive, em declaração da própria autoridade policial que presidiu as investigações que culminaram na denúncia formulada pelo Ministério Público Federal. À míngua de quaisquer outros elementos de convicção, robustos o suficiente para provar o contrário, é medida de rigor prestigiar as informações apresentadas pela autoridade impetrada, pois é aquela que se encontra em contato mais direto

com os fatos.

3. No que diz respeito aos demais procedimentos investigatórios verifica-se que, em relação a eles, também não foram apresentados a esta Corte, elementos de convicção suficientes o bastante para que seja avaliada a participação e eventual ilegalidade dessa atividade, por parte dos agentes da ABIN. A impetração não indica um único fato específico, concreto, no qual houve a participação de agentes da ABIN. As informações prestadas pela autoridade impetrada indicam que, se houve participação de agentes da ABIN nos demais procedimentos investigatórios que integram a operação em apreço, esta deu-se de forma secundária, incapaz de justificar qualquer alegação de nulidade de prova, especialmente porque ausente demonstração concreta de prejuízo, conforme se viu do trecho das informações já transcritas nesta decisão. Há que se ter em mente que é premissa básica do processo penal a regra segundo a qual não se declara nenhuma nulidade sem a demonstração do prejuízo. O artigo 563 do Código de Processo Penal é firme nesse sentido.

4. Não há prova acerca de um prejuízo concreto experimentado pelo paciente, pelo fato de servidores da Agência Brasileira de Informação, hipoteticamente, terem conhecido 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, robora o raciocínio de que eventuais nulidades verificadas naquele âmbito não contaminam a ação penal, que lhe é posterior e ontologicamente distinta.

8. Ordem denegada.”

A propósito, vale registrar que na discussão dos embargos declaratórios foi suscitada questão relacionada com o oferecimento de provas pelos impetrantes na véspera do julgamento do *habeas-corpus*, as quais, contidas em CD-ROM, cuja leitura teria sido então inviável, deixaram de ser consideradas pelo Desembargador Relator.

Sustentou-se nos declaratórios essa omissão, mas o argumento não prosperou pela razão antes indicada.

Contra esse acórdão em *habeas-corpus*, que não acolheu as arguições contra a sentença condenatória, os impetrantes oferecem agora o presente *habeas-corpus* -- como se fosse originário.

O acórdão local transitou em julgado em 28.08.2009, e esta impetração -- entrada no STJ em 30.09.2009 -- revela-se assim substitutiva de possível recurso ordinário naqueloutro *habeas-corpus*, por sua vez concomitante com a apelação ainda pendente de julgamento no TRF/3ª Região (Processo 0010136-40.2008.4.03.6181).

Buscam os impetrantes, aqui, especificamente seja declarado ilegal o ato de julgamento do *habeas-corpus* anterior da 5ª Turma do TRF/3ª Região que deixou de reconhecer a nulidade dos procedimentos 2007.61.81.010208-7 (monitoramento telefônico), 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telemático), e 2008.61.81.008291-3 (ação controlada) os quais teriam subsidiado a ação penal 2008.61.81010136-1 e o inquérito policial 2008.61.81.009002-8.

Para tanto, afirmam que as investigações da chamada “Operação Satiagraha/Quero-Quero” promovida pela autoridade policial com a colaboração da Agência Brasileira e Inteligência - ABIN teria incorrido em inúmeras ilegalidades adiante resumidas.

O inquérito policial respectivo, segundo afirmam, iniciou-se formalmente em 25.06.2008, mas as diligências ter-se-iam estendido clandestinamente desde fevereiro de 2007 a julho de 2008, dando origem aos procedimentos de monitoramento mencionados *antes* da instauração do inquérito, e assim com desatenção à Lei nº 9.296/99.

Nesse trabalho, o Delegado de Polícia Federal, Protógenes Queiróz, serviu-se para as ações de monitoramento entre 75 e 100 servidores da ABIN sem o conhecimento do Juiz e do Ministério Público consoante demonstrado extensamente no IPL 2008.61.81.011893-2 (que é base da ação penal contra o mesmo delegado e que resultou na sua condenação por violação de sigilo funcional).

Argumentam ainda os impetrantes que a suposta atividade de colaboração da ABIN, além de ofensiva a direitos e garantias individuais padece da falta de fundamento jurídico, pois as prerrogativas da atividade policial (art. 144, § 1º, IV CF) não lhe são extensivas, sendo exorbitante das tarefas institucionais próprias de subsidiar o Presidente da República nos assuntos de interesse e segurança nacional consoante a Lei nº 9.883/99.

E mesmo, dizem, o eventual compartilhamento de informações colhidas só é admitido entre a ABIN e o Departamento de *Inteligência* do DPF, e não a *qualquer* autoridade policial.

Todas as atividades de natureza policial praticadas pela ABIN portanto constituiriam usurpação ilegal de atribuições policiais, daí resultando nulidade e ilicitude da prova.

Por essas razões, os impetrantes pediram a nulidade dos procedimentos acima referidos (2007.61.81.010208-7 monitoramento telefônico, 2007.61.81.011419-3 monitoramento telemático, e 2008.61.81.008291-3 ação controlada), para que *verbis* “*ulteriormente se possa avaliar sobre a derivação da nulidade a investigações e/ou ações penais decorrentes de tais procedimentos*” inclusive a sentença editada na ação penal (2008.61.81.010136-1).

Recusadas nas informações do impetrado todas as alegações da impetração, o parecer do Ministério Público Federal, inobstante, manifestou-se pela concessão *de ofício* da ordem *para anular desde o início a ação penal, ou pela anulação do acórdão do Tribunal impetrado para que seja proferido outro com a apreciação das provas não examinadas no julgamento anterior constantes de um CD entregue pelos impetrantes no dia do julgamento* e que contém a íntegra da ação penal que culminou com a condenação do Delegado Protógenes.

O Ministro Relator concedeu a ordem para anular, “*desde o início, a ação penal na esteira do parecer do MPF*”, forte em “*que existe uma grande quantidade de provas*

aptas a confirmar, cabalmente ... a participação indevida e flagrantemente ilegal da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado Protógenes Queiroz”.

Para tanto, considerou que a participação de agentes estranhos à autoridade policial que tem a exclusividade da investigação constituiria violação do art. 144, § 1º, IV da CF, da Lei nº 9.883/99 e do art. 4º do CPP e particularmente aos preceitos do estado democrático de direito.

Assinalou também, como fato relevante, a edição de sentença condenatória do policial referido por crime de violação de sigilo profissional e fraude processual (AP nº 2008.61.81.011893-2, 7ª Vara Federal SP, atualmente convertida na Ação Penal nº 563/SP, Rel. Ministro Ayres Britto, junto ao STF).

A partir daí, reconhecendo a ilicitude das provas assim reunidas (art. 157, §§ CPP), concluiu o Ministro Relator pela nulidade do processo e da sentença, na linha da jurisprudência.

Acompanhou o voto do Ministro Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Pedi vista para melhor exame.

A primeira consideração que merece a atenção deste colegiado é a circunstância de coexistirem perante o mesmo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sobre o mesmo tema e de iniciativa do paciente, uma apelação ordinária contra a sentença que o condenou por corrupção e um *habeas-corpus* com, pelo menos na parte aqui discutida, a mesma alegação destinada a anular a sentença.

E, agora, esta outra impetração contra o insucesso do *habeas-corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça.

Por oportuno, relembro as observações que já fiz assinalar em julgamentos semelhantes, pois estou certo de que esse expediente de medidas concomitantes e substitutivas de recursos ordinários é logicamente incompatível com a ordem processual ao expor diferentes órgãos judiciais que vão examinar o mesmo caso concreto a possível ambiguidade, contradição ou equívoco.

A sobreposição deliberada de impetração, sobre apelação, a meu ver, revela inescandível desprestígio das instâncias ordinárias e seus órgãos, a meu ver, com inevitável violação da organização jurisdicional que também tem fundamento constitucional

Em outras palavras, aqui se pede ao STJ que julgue tema sujeito à competência do TRF da 3ª Região *antes* da manifestação daquele colegiado regional e com risco de invasão ou usurpação da competência jurisdicional local.

Aliás, levado ao extremo o uso do *habeas-corpus* substitutivo de recurso ordinário implicaria inclusive na possível preclusão dos recursos ordinários, pois ao apreciar o presente *habeas-corpus*, o STJ poderá vir a decidir de modo a acolher ou recusar o pedido com reflexo nas pretensões da outra parte no recurso ordinário cujo interesse seria alcançado sem a devida oportunidade de defesa e contraditório.

Feita essa ressalva, vale registrar que o pedido nesta impetração limita-se a reclamar a manifestação do STJ *exclusivamente* com relação aos procedimentos investigatórios de monitoramento, os quais teriam sido fundamento da convicção do Juiz e que, tendo sido supostamente ilícitos, seriam nulos.

É que os impetrantes *não* pediram a nulidade da sentença (como o deferiu o voto do Ministro Relator), mas *apenas* o reconhecimento da nulidade dos mencionados procedimentos preparatórios para, só após, avaliar a eventual nulidade da sentença.

Quanto ao pedido, o fundamento da pretensão dos impetrantes é que as investigações correspondentes a esse procedimentos foram realizadas por servidores não integrantes da Polícia Federal, daí resultando violação formal da exclusividade constitucional (art. 144, § 1º, IV CF), a dizer que a prova apurada via da atuação desses agentes não policiais constituiria prova ilícita.

É fora de dúvida que a ABIN se rege por legislação especial e que sua vocação institucional efetivamente orienta-se ao assessoramento e subsídio ao Presidente da República em matéria de interesse ou segurança da sociedade e do Estado. Mas tal não afasta a possível participação de seus agentes, nessa ou noutra atividade relacionada com seus propósitos institucionais, a relacionar-se com outras instituições.

Por isso, toda a questão relacionada a essa suscitação, apesar das reconhecidas limitações legais legitimamente alegadas pelos impetrantes, é bom que se registre desde logo, diz respeito a matéria naturalmente sujeita à discussão mediante produção ou avaliação fática da prova.

Com efeito, a extensão, intensidade, modo, grau de autonomia ou desenvoltura, e, sobretudo, grau e intensidade do suposto desvio de suas finalidades institucionais, da colaboração da ABIN com a Polícia Federal, por certo reclamam o esquadrihamento e a demonstração das ditas ações com ampla discussão dos personagens, objetivos e principalmente dos resultados das atividades assim caracterizadas para neles verificar a pretensa ilicitude.

Em outras palavras, para saber se, em face da exclusividade da atuação de polícia judiciária pela Polícia Federal, a atividade da ABIN em colaboração excedeu os limites constitucionais seria necessário avaliá-la e cotejá-la miudamente.

Assim, porque -- e os impetrantes admitem que a colaboração com a polícia judiciária não é inédita por parte de outros organismos estatais -- a despeito da expressa finalidade da ABIN não é impossível a cessão de seus servidores, técnicos, material ou recursos tecnológicos e respectivos operadores para atuação conjunta com a polícia judiciária.

E nem seria compreensível uma vedação radical ao modo sustentado pelos impetrantes, quando ambas as instituições orientam-se *naturalmente* pela preservação do interesse e bem públicos.

O que as distingue institucionalmente, é bem de ver, é a racionalidade funcional que responde à discricionariedade administrativa de cada qual, embora sempre respeitada a responsabilidade da autoridade policial quando em estrita exclusividade como polícia judiciária, para o que, parece intuitivo, será preciso examinar detidamente a prova correspondente.

Até mesmo a contratação, designação ou credenciamento de terceiros, ex-funcionários ou não, da administração pública ou não, não constituem, *em si*, motivo de violação das prerrogativas da polícia judiciária exclusiva da Polícia Federal enquanto submetidos à orientação, controle ou direção do responsável pelo inquérito.

E para saber se nisso teria havido excesso e ou desvio ilegal seria, mais uma vez, necessário sindicarmos o teor e importância da atuação e desempenho desses servidores ou terceiros e, principalmente, se estavam ou não sendo orientados ou controlados pelo dirigente do inquérito, pois apenas na falta provada dessa certeza caracterizar-se-ia situação de objetiva ilicitude capaz de redundar em prova ilícita.

Daí, que a definição com a suficiente clareza que justificasse a repressão a essa colaboração afrontosa da Constituição demandaria tanto um improvável esforço probatório no *habeas-corpus*, quanto para tanto a largueza investigatória seria incompatível com a via mandamental.

Mais, admitido por suposto o possível excedimento pelos agentes de inteligência dos limites da colaboração sugerida ou mesmo a eventual invasão de atribuições policiais por seus integrantes, isso só seria formalmente valorizado quando *inequívoca* e *objetivamente* demonstrado, a ponto de não remanescer dúvidas.

Ao contrário, porém, o que existe nestes autos é uma grande quantidade de cópias de documentos, referências, ilações, suscitações ou questionamentos apenas *sugerindo*

que agentes da ABIN teriam vulnerado os limites da atuação de polícia judiciária de modo ilegal.

Conquanto de fato existam outras indicações, a maioria revelada por depoimentos recolhidos nos autos *de outro Inquérito Policial* e subsequente outra ação penal, esta movida contra o Delegado Protógenes (a quem se atribui os crimes de violação de sigilo funcional e fraude processual quando no exercício da apuração dos fatos relacionados com o caso ora em exame), e portanto como prova produzida em outra instrução penal, o suposto prevailecimento dessa prova emprestada (como o admitiu o voto do Ministro Relator sem reservas) pressupõe a discussão *por ambas as partes* do seu teor e credibilidade, o que não ocorreu.

Aliás, o fundamento principal desta impetração está na alegada afirmação de que a prova dos monitoramentos impugnados de ilícitos teria sido, na maior parte, produzida por agentes de inteligência em usurpação de atividade exclusiva da Polícia Federal, mas essa afirmação dos impetrantes se baseia fundamentalmente na prova mostrada no inquérito para apuração dos delitos atribuídos ao delegado.

No entanto, se fosse considerável a alegação dos impetrantes de que naquela ação penal contra o policial tal prova era irrefutável, a conclusão seria inversa, pois a denúncia contra Protógenes resumiu-se à *violação de sigilo profissional e fraude processual* em virtude do arquivamento dos demais supostos crimes atribuídos ao Delegado relacionados com a suposta vulneração da exclusividade da polícia judiciária da Polícia Federal, aliás, justamente o único fundamento *desta* impetração.

É que, apesar da discordância do Juiz Federal da 7ª Vara Federal Criminal de São Paulo (juiz do caso contra o delegado), que fez submeter sua objeção de não ter o MPF denunciado o delegado por esse crime à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (art. 28, CPP c/c art. 62, IV, LC 75/93) a confirmação do arquivamento fez produzir a certeza de que na colaboração entre as agências referidas não teria sido excedido o limite da legalidade que caracterizasse a arguida violação da Constituição.

Em outras palavras, o MPF afirmou naquela investigação policial contra o Delegado Protógenes que a atuação conjunta da Polícia Federal com a ABIN no caso ora em apreciação, nos termos apreciados, não caracterizava violação da lei penal.

Por tais razões, os eventuais e até possíveis desvios ou excessos na colaboração entre essas agências, particularmente diante da magnitude das ações de investigação policial – *e aqui pouco importa se tinha a Direção-Geral inteiro ou parcial conhecimento das iniciativas ou desenvoltura das ações do delegado condutor, pois isso se circunscreve*

naturalmente ao âmbito disciplinar interno da corporação – não levam indubitavelmente à conclusão acolhida pelo Ministro Relator sem detido, metuculoso e criterioso exame dos fatos e logicamente para além da sua simples valorização jurídica.

A conclusão de que as investigações reunidas nos procedimentos indigitados são fruto de condutas ilícitas, por essa razão, é incompatível com a via aqui adotada, pois seria preciso analisar e avaliar o restante da prova para tanto.

Nessa linha, em princípio, as provas ali contidas não são necessariamente ilícitas nem se poderia dizer em que porção ou importância produziriam a nulidade que se quer afirmar.

Além do que, estando superada a fase de investigação, pois há denúncia recebida, sentença de mérito editada pela condenação e apelação oferecida sobre todos os temas referidos havidos antes da instauração da ação penal, tudo deveria ter sido discutido no tempo próprio, ou na pior hipótese, no âmbito da apelação. Acaso as supostas nulidades ou ilicitudes já não estivessem preclusas pela força do disposto na combinação dos arts. 564, III; 566; 571, II; e 573, e §§ do CPP.

De outra parte, nem mesmo há certeza de que as interceptações ou monitoramentos tidos por ilícitos foram efetivamente realizados à margem de autorização judicial (o Juiz afirma implicitamente, a validade deles no ato de recebimento da denúncia), e no limite, insista-se, tendo havido denúncia e instrução penal resultante em condenação do ora paciente, as possíveis nulidades, mesmo as mais graves, resolvem-se no julgamento da apelação como preliminar e, sabem os impetrantes, toda a trama revelada pelas interceptações foi judicialmente confirmada por depoimentos de testemunhas colhidos em contraditório e respeitada a ampla defesa.

A tardia alegação de nulidade da prova préprocessual, depois majoritariamente suplantada por depoimentos judiciais não impugnados, cede logicamente ante a produção do veredicto da sentença que se fundou nas provas produzidas em audiência. Mas também, tal como indicado na denúncia, em informações obtidas por interceptação telefônica e telemática e ação controlada *devidamente* autorizadas pelo Juiz e em datas bem posteriores àquelas insinuadas pelos impetrantes.

Ante o exposto, com a licença do Ministro Relator e fundado nas considerações acima, tanto por inviável a discussão do tema nesta via como por inexistência de elementos de certeza para a conclusão pretendida pelos impetrantes, *denego* a ordem.

É o voto.