

Quem pode mandar instaurar inquérito contra “detentor de foro por prerrogativa de função”

Por André Lenart

1. O INÍCIO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEVE SER AUTORIZADO PELO TRIBUNAL COMPETENTE PARA PROCESSAR E JULGAR O DETENTOR DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Como escrevemos antes, o STF fixou posição segundo a qual a abertura de investigação contra detentor da prerrogativa de ser processado e julgado originariamente pela Corte (*foro por prerrogativa de função*) depende de autorização do próprio Tribunal. Com isso, vedou-se à Polícia Federal e à Procuradoria-Geral da República a iniciativa de promover a apuração, à revelia da Corte, de possíveis crimes cometidos por Parlamentares.

[...]

9. Segunda Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Cezar Peluso. A partir do momento em que não se verificam, nos autos, indícios de autoria e materialidade com relação à única autoridade dotada de prerrogativa de foro, caberia, ou não, ao STF analisar o tema da nulidade do indiciamento do parlamentar, em tese, envolvido, independentemente do reconhecimento da incompetência superveniente do STF. O voto do Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, abriu divergência do Relator para apreciar se caberia, ou não, à autoridade policial investigar e indiciar autoridade dotada de predicamento de foro perante o STF. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema da instauração de inquéritos em geral e dos inquéritos originários de competência do STF: i) a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe a juiz ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro; ii) qualquer pessoa que, na condição exclusiva de cidadão, apresente “notitia criminis”, diretamente a este Tribunal é parte manifestamente ilegítima para a formulação de pedido de recebimento de denúncia para a apuração de crimes de ação penal pública incondicionada. Precedentes: INQ nº 149/DF, Rel. Min. Rafael Mayer, Pleno, DJ 27.10.1983; INQ (AgR) nº 1.793/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, maioria, DJ 14.6.2002; PET – AgR – ED nº 1.104/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, DJ 23.5.2003; PET nº 1.954/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, maioria, DJ 1º.8.2003; PET (AgR) nº 2.805/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ 27.2.2004; PET nº 3.248/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, DJ 23.11.2004; INQ nº 2.285/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 13.3.2006 e PET (AgR) nº 2.998/MG, 2ª Turma, unânime, DJ 6.11.2006; iii) diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, b, da CF e pelo RI/STF. A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições em razão das atividades funcionais por eles desempenhadas. Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante

o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF.

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.

[...]

(Pet QO 3.825/MT, rel. Min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, pleno, 10.10.2007, DJE 03.04.2008).

Pela lógica da *simetria*, a exigência de prévia autorização se estende e aplica a toda e qualquer investigação contra agentes públicos sujeitos a julgamento originário por Tribunais. Assim, a instauração de inquérito contra Governadores, Conselheiros dos Tribunais de Conta dos Estados ou Municípios, Desembargadores e demais integrantes de Tribunais de 2ª instância, e membros do Ministério Público da União em atuação junto aos Tribunais Federais de 2ª instância deverá passar pelo crivo do STJ (**CRFB 105 I a**), e a investigação contra Deputados Estaduais, Prefeitos, Magistrados e membros do Ministério Público, entre outros, deverá ser precedida da anuência dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais de Justiça (**CRFB 108 I a; 125; etc**) a cuja jurisdição tais autoridades se achem sujeitas. **A não-observância da exigência constitui irregularidade sancionada com a declaração de nulidade dos atos, inclusive do indiciamento.** Compreende-se o porquê: caso não se confiscasse a validade do ato, a regra poderia ser livremente violada, reduzindo-se a letra morta. Por esse motivo, ao menos em princípio não se fala em convalidação dos atos.

Um importante passo no sentido de endossar a incidência da *simetria* foi dado no HC 95.277-1. Ao julgar prejudicado *habeas corpus* preventivo intentado pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público contra possível ato de indiciamento de Promotores de Justiça pela CPI do Sistema Carcerário, o Plenário do STF declarou *incidenter tantum* que às Comissões Parlamentares de Inquérito não é cometido o poder de indiciar “*autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função*”. Voto vencido foi o Ministro Marco Aurélio, que afastava o óbice e reconhecia às Comissões Parlamentares a faculdade de promover os indiciamentos que lhes parecessem apropriados. Eis a ementa:

Decisão: O Tribunal, por maioria, não conheceu do pedido, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que dele conhecia e o indeferia. Não votaram os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau por não terem assistido ao relatório. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 19.12.2008.

EMENTA: HABEAS CORPUS. ATO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO EXTINTA. PREJUDICIALIDADE DA PRESENTE AÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ABUSO DE PODER NO RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que a extinção da Comissão Parlamentar de Inquérito prejudica o conhecimento do habeas corpus impetrado contra as eventuais ilegalidades de seu relatório final, notadamente por não mais existir legitimidade passiva do órgão impetrado. Precedentes.
2. O encaminhamento do relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito, com a qualificação das condutas imputáveis às autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, para que o Ministério Público ou as Corregedorias competentes promovam a responsabilidade civil, criminal ou administrativa, não constitui indiciamento, o que é vedado linha da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal.
3. Habeas corpus não conhecido.
(HC 95.277-1/MS, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, 19.12.2008, DJE 19.02.2009)

2. DESENVOLVIMENTOS: ESTADO ATUAL DAS DISCUSSÕES

O estado atual das discussões no âmbito do STF pode ser sumarizado da seguinte forma:

i) a outorga de competência originária para processar e julgar determinadas Autoridades (“detentoras de foro por prerrogativa de função”) não se limita ao processo criminal em si mesmo, mas, à base da teoria dos poderes implícitos, estende-se à fase apuratória pré-processual, de tal modo que cabe igualmente à Corte – *e não ao órgão jurisdicional de 1ª instância* - o correlativo **controle jurisdicional dos atos investigatórios** (STF: Rcl 2349/TO, T2, DJ 05.08.2005 – Rcl 1150/PR, Tribunal Pleno, DJ 06.12.2002);

ii) *a fortiori*, **cabe à Corte**, por meio de decisão monocrática do relator, **autorizar a abertura de inquérito penal contra o detentor da prerrogativa de julgamento originário em Tribunal**, inquérito esse que se distingue em parte do *inquérito policial*, não só por pressupor essa autorização, mas por tramitar sob direta fiscalização do Tribunal e obedecer a regras inscritas na Constituição da República, em determinadas leis orgânicas, e nos Regimentos Internos das respectivas Cortes;

Assim, em se tratando de Autoridades sujeitas a processo e julgamento originariamente perante o STF, como Parlamentares Federais, Ministros de Estado ou de Tribunais Superiores, caberá a um dos dez Ministros – *o Presidente fica excluído da distribuição* – autorizar a instauração de inquérito. Em se tratando de Governador de Estado ou do Distrito Federal, Desembargador ou de alguma outra Autoridade sujeita à competência criminal originária do STJ, caberá ao relator nessa Corte a autorização. Em se tratando de Juiz Federal, Juiz Auditor da Justiça Militar da União, Juiz do Trabalho, Membro do Ministério Público Federal em atuação junto à 1ª instância, Deputado Estadual suspeito de crime de competência federal, *etc.*, caberá ao respectivo TRF, por meio do Desembargador Federal relator, decidir a respeito, e daí por diante.

iii) à Polícia Judiciária – *Polícia Federal, Polícias Civis e, em casos restritos, Polícias Militares e das diversas Armas* – **falta atribuição para instaurar de ofício inquérito**

policial ou policial militar contra Autoridade sujeita à competência penal originária de Tribunal – “foro por prerrogativa de função”;

Sobre a impossibilidade de lavratura de ato de prisão em flagrante, veja-se o item 4, infra.

iv) **só ao órgão de execução do Ministério Público em atuação junto à Corte competente** para supervisionar as apurações se reconhece legitimidade para requerer a instauração de inquérito contra o detentor de “foro de prerrogativa de função”;

v) caso qualquer pessoa, Polícia Judiciária, órgão da Administração Pública ou órgão de execução do Ministério Público (*que não officie junto à Corte com competência para autorizar o início e fiscalizar o andamento das investigações*) tenha notícia da suposta prática de ilícito criminal por parte de Autoridade sujeita à competência originária de Tribunal – “detentor de foro por prerrogativa de função” – deverá remeter imeditamente as peças de informação à Corte competente, abstendo-se de promover qualquer ato investigatório;

vi) **qualquer ato investigatório**, assim como o indiciamento, levado a efeito pela Polícia Judiciária **sem autorização do Tribunal competente** constitucionalmente para autorizar e fiscalizar as investigações **é inválido** e, em princípio, insuscetível de convalidação;

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA DESTINADA À PRÁTICA DE CRIMES HEDIONDOS. DEPUTADO ESTADUAL. PRERROGATIVA DE FORO. INQUÉRITO. INOBSERVÂNCIA. ATOS VICIADOS. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DESCABIMENTO. ORDEM DENEGADA.

I – A inobservância da prerrogativa de foro conferida a Deputado Estadual, ainda que na fase pré-processual, torna ilícitos os atos investigatórios praticados após sua diplomação.

II – O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada quando indiscutível a ausência de justa causa ou quando há flagrante ilegalidade demonstrada em inequívoca prova pré-constituída.

III – Ordem denegada.

(STF: HC 94.705/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, T1, 09.06.2009, DJE 30.06.2009)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA ALEGADAMENTE DESTINADA AO COMETIMENTO DE CRIMES HEDIONDOS. PRISÃO PREVENTIVA DE VEREADOR DECRETADA POR AUTORIDADE COMPETENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS.

IRRELEVÂNCIA. AFRONTA A PRERROGATIVA DE FORO. INOCORRÊNCIA. ARTS. 102, § 1o. E 349 DA CONSTITUIÇÃO FLUMINENSE. DISPOSITIVO

SUSPENSO. ADIN 558/RJ-STF. DEPUTADO ESTADUAL. PRERROGATIVA DE FORO. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO QUE DEVE CURSAR NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA AO PRIMEIRO PACIENTE E DENEGADA AO SEGUNDO.

1. A real periculosidade do réu, evidenciada no modus operandi de múltiplos alegados delitos, bem como a ameaça perpetrada contra testemunha, representam motivação idônea capaz de justificar a manutenção da constrição cautelar, assim demonstrada a necessidade de se resguardar a ordem pública, de se assegurar o regular andamento da instrução criminal e de se garantir a eventual aplicação da lei penal. Precedentes do STJ.
2. As condições subjetivas favoráveis do paciente, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando preenchidos seus pressupostos legais, segundo reiterativa orientação jurisprudencial desta Corte Superior.
3. A competência originária por prerrogativa de jurisdição, isoladamente, não desloca para o Tribunal de Justiça as atribuições de Polícia Judiciária, mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao Magistrado de primeiro grau, na fase das investigações (HC 82.507/SE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 10.12.2002).
4. O Magistrado de Tribunal de Justiça, quando no exercício de atividade plantonista, apresenta por todos os órgãos do Tribunal, inclusive o Órgão Especial que detém a competência para processar e julgar a ação penal de competência originária do Tribunal de Justiça.
5. Sendo o Inquérito Policial essencialmente informativo, a constatação de eventual vício nessa fase pré-processual não tem o condão de contaminar ou de tornar nula a prisão preventiva fundamentadamente decretada pela autoridade competente, antes de sua conclusão. Precedentes STJ. No presente caso, a Ação Penal foi ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, competente para officiar junto ao Tribunal de Justiça, onde o paciente tem foro especial.
6. O art. 349 da Carta Política Fluminense, que estende aos Vereadores do Estado do Rio de Janeiro as prerrogativas processuais de Deputado Estadual previstas no art. 102, § 1o. da mesma Carta, acha-se com a sua eficácia suspensa (ADIN 558/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJU 26.03.1993), daí não poder ser invocado para regular casos concretos, dada a força vinculante da decisão do Colendo STF.
7. A partir da diplomação, o Deputado Estadual passa a ter foro privativo no Tribunal de Justiça, inclusive para o controle dos procedimentos investigatórios, desde o seu nascedouro até o eventual oferecimento da denúncia (STF, INQ 2.411/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES, Informativo 483 do STF).
8. O foro especial por prerrogativa funcional não é privilégio pessoal do seu detentor, mas garantia necessária ao pleno exercício de funções públicas, típicas do Estado Democrático de Direito: é técnica de proteção da pessoa que o detém, em face de dispositivo da Carta Magna, significando que o titular se submete a investigação, processo e julgamento por órgão judicial previamente designado, não se confundindo, de forma alguma, com a idéia de impunidade do agente.

9. O MPF manifesta-se pela denegação da ordem.

10. Ordem parcialmente concedida ao primeiro paciente, mas apenas para determinar o desentranhamento dos atos investigatórios realizados sem a necessária autorização do Tribunal de Justiça; denegação do pedido quanto ao segundo paciente.

(HC 99.773/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008)

vii) **é irrelevante que a Autoridade figure inicialmente como “testemunha”** – artifício cômodo e muito utilizado pelas Comissões Parlamentares de Inquérito para burlar o *nemo tenetur se detegere* (direito fundamental à nãoautoincriminação, isto é, a permanecer em silêncio – *Schweigerecht* – CRFB 5º LXIII) e, ao mesmo tempo, permitir a prisão em flagrante dos inquiridos por falso testemunho. Se as apurações tiverem como foco ato praticado pelo detentor da prerrogativa de julgamento originário perante Tribunal, ele é investido materialmente na condição de *investigado*, pouco importando a que título esteja sendo ouvido. Desde logo se fixa a competência da Corte para autorizar as investigações;

Cf. item 3

viii) **cabe à Polícia Federal, com prévia autorização do Tribunal, investigar as pessoas sujeitas à competência originária de STF, STJ, TRFs, TREs.** À Polícia Civil dos Estados Membros cabe, também com prévia autorização dos Tribunais de Justiça, investigar pessoas sujeitas à competência originária dessa Corte – Membros do Ministério Público Estadual, Juízes de Direito, Prefeitos e Deputados Estaduais – exceto no tocante às infrações penais de interesse federal -, entre outros;

ix) **os fenômenos processuais da conexão e da continência podem levar à alteração para “maior” do órgão jurisdicional competente.** Assim, se pesa contra Prefeito a suspeita da prática de crime em conluio com Ministro de Estado, a competência para autorizar o início das apurações será do STF – juiz natural, em matéria criminal, dos Ministros de Estado. Ao Supremo, e *somente a ele*, será dado decidir sobre possibilidade e conveniência do desmembramento do inquérito com relação aos agentes cujo juiz natural está no 1º grau de jurisdição.

“É de ser tida por afrontoso à competência do STF o ato da autoridade reclamada que desmembrou o inquérito, deslocando o julgamento do parlamentar e prosseguindo quanto aos demais” (STF: Rcl 1.121/PR, Tribunal Pleno, DJ 16.06.2000).

Decisão divulgada no último dia 4 de junho, no sítio do STF (2), dá conta da aplicação prática desses precedentes em caso envolvendo Senador pelo Estado de Roraima. O texto, inteiramente ajustado aos precedentes da Corte, é o seguinte:

INQUÉRITO 2.963 RORAIMA

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AUTOR(A/S)(ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

[...]

DECISÃO: Cuida-se de Inquérito Policial instaurado por Delegado de Polícia Federal lotado na SR/DP/RR, sediada em Boa Vista-RR, em cumprimento de requisição do Ministério Público Federal encaminhada pelo Ofício n.º 045/2010/3º Ofício Criminal /PR-RR/MPF.

Conforme a Portaria, esta investigação trata de possível prática de crime de ‘falsidade ideológica, de desvio de contribuições previdenciárias e de crimes contra a ordem tributária praticados, em tese, pelo Senador RJ, e seus filhos M e RJ, sua esposa nominada apenas como ‘Sra. T’, além de filhas conhecidas por ‘A e L’. A autoridade policial considerou que, em tese, trata-se de crimes previstos nos artigos, 299, 168-A, e no art. 1º da Lei 8.137/90.

Ainda na mesma Portaria, o Delegado de Polícia determina seja remetida “cópia desta e de toda documentação que a acompanha ao Supremo Tribunal Federal e a Procuradoria-Geral da República comunicando a instauração deste Inquérito Policial”. (fls.02).

É o relatório.

Passo a Decidir.

Destaque-se, desde logo, que o presente inquérito tem por escopo investigar Senador da República, que detém foro por prerrogativa de função, conforme a Constituição da República Federativa do Brasil.

Com efeito, nos termos do art. 102, I, “b”, da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente os membros do Congresso Nacional nas infrações penais comuns.

No entanto, a requisição de fls. 04, datada de 8 de março de 2010, compelindo a Polícia Federal à instauração deste inquérito, foi realizada por Procurador da República, sem qualquer delegação do Procurador-Geral da República.

Como cediço, o inquérito para investigar fatos em tese praticados por membro do Congresso Nacional, na qualidade de coautor ou autor, não só é supervisionado pelo STF, como tem tramitação eminentemente judicial e não obedece ao processamento dos ordinários inquéritos policiais.

Nesses casos, a abertura da investigação apenas se dá no Supremo Tribunal Federal, por requisição do Procurador-Geral da República ou de SubProcurador-Geral da República que atue na Corte mediante delegação.

O Plenário do STF decidiu nesse sentido no julgamento da PET 3825, cujo acórdão foi assim ementado:

“Questão de ordem em Petição.

1. Trata-se de questão de ordem para verificar se, a partir do momento em que não se constatam, nos autos, indícios de autoria e materialidade com relação à única autoridade dotada de prerrogativa de foro, caberia, ou não, ao STF analisar o tema da nulidade do indiciamento do parlamentar, em tese, envolvido, independentemente do reconhecimento da incompetência superveniente do STF. Inquérito Policial remetido ao Supremo Tribunal Federal (STF) em que se apuram supostas condutas ilícitas relacionadas, ao menos em tese, a Senador da República.

2. Ocorrência de indiciamento de Senador da República por ato de Delegado da Polícia Federal pela suposta prática do crime do art. 350 da Lei n.º 4.737/1965 (Falsidade ideológica para fins eleitorais).

3. O Ministério público Federal (MPF) suscitou a absoluta ilegalidade do ato da autoridade policial que, por ocasião da abertura das investigações policiais, instaurou o inquérito e, sem a prévia manifestação do *Parquet*, procedeu ao indiciamento do Senador, sob as seguintes alegações: i) o ato do Delegado de Polícia Federal que indiciou o Senador violou a prerrogativa de foro de que é titular a referida autoridade, além de incorrer em invasão injustificada da atribuição que é exclusiva desta Corte de proceder a eventual indiciamento do investigado; e ii) a iniciativa do procedimento investigatório que envolva autoridade detentora de foro por prerrogativa de função perante o STF deve ser confiada exclusivamente ao Procurador-Geral da República, contando, sempre que necessário, com a supervisão do Ministro-Relator deste Tribunal.

4. Ao final, o MPF requereu: a) a anulação do indiciamento e o arquivamento do inquérito em relação ao Senador, devido a ausência de qualquer elemento probatório que aponte a sua participação nos fatos; e b) a restituição dos autos ao juízo de origem para o exame da conduta dos demais envolvidos.

5. Segundo o Ministro Relator Originário, Sepúlveda Pertence, o pedido de arquivamento do inquérito, solicitado pelo Procurador-Geral da República, com relação ao Senador, seria irrecusável pelo Tribunal, porque, na linha da jurisprudência consolidada do STF, o juízo do *Parquet* estaria fundado na inexistência de elementos informativos que pudessem alicerçar a denúncia. Voto do relator pelo arquivamento do inquérito com relação ao Senador indiciado e proposta de concessão de *habeas corpus*, de ofício, em favor do também indiciado JGB, de modo a estender-lhe os efeitos do arquivamento do inquérito.

6. Com relação ao pedido de anulação do indiciamento do Senador por alegada ausência de competência da autoridade policial para determiná-lo, o Min. Sepúlveda asseverou: i) a instauração de inquérito policial para a apuração de fato em que se vislumbre a possibilidade de envolvimento de titular de prerrogativa de foro do STF não depende de iniciativa do Procurador-Geral da República, nem o mero indiciamento formal reclama prévia decisão de um Ministro do STF; ii) tanto a abertura das investigações de qualquer fato delituoso, quanto, no curso delas, o indiciamento formal, são atos da autoridade que preside o inquérito; e iii) a prerrogativa de foro do autor do fato delituoso é critério atinente, de modo exclusivo, à determinação da competência jurisdicional originária do Tribunal respectivo, quando do oferecimento da denúncia ou, eventualmente, antes dela, se se fizer necessária diligência sujeita à prévia autorização judicial. Voto pelo indeferimento do pedido de anulação do indiciamento do Senador

investigado por entender como válida a portaria policial que instaurou o procedimento persecutório.

7. Ademais, segundo o Min. Pertence, o inquérito deveria ser arquivado com relação ao Senador e a ordem de *habeas corpus* ser concedida, de ofício, com relação a JGB. Quanto à concessão da ordem de ofício, o Min. Pertence entendeu que JGB encontrava-se em idêntica situação objetiva à do Senador, pois, em tese, também teria cometido o crime de falsidade ideológica para fins eleitorais. Desse modo, inexistindo elementos informativos que pudessem alicerçar a denúncia com relação ao Senador, ao co-autor JG também deveria ser conferido idêntico tratamento. (...)

9. Segunda Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Cezar Peluso. A partir do momento em que não se verificam, nos autos, indícios de autoria e materialidade com relação à única autoridade dotada de prerrogativa de foro, caberia, ou não, ao STF analisar o tema da nulidade do indiciamento do parlamentar, em tese, envolvido, independentemente do reconhecimento da incompetência superveniente do STF. O voto do Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, abriu divergência do Relator para apreciar se caberia, ou não, à autoridade policial investigar e indiciar autoridade dotada de predicamento de foro perante o STF. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema da instauração de inquéritos em geral e dos inquéritos originários de competência do STF: i) a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe a juiz ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro; ii) qualquer pessoa que, na condição exclusiva de cidadão, apresente '*notitia criminis*', diretamente a este Tribunal é parte manifestamente ilegítima para a formulação de pedido de recebimento de denúncia para a apuração de crimes de ação penal pública incondicionada. Precedentes: INQ n.º 149/DF, Rel. Min. Rafael Mayer, Pleno, *DJ* 27.10.1983; INQ (AgR) n.º 1.793/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, maioria, *DJ* 14.6.2002; PET – AgR – ED n.º 1.104/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, *DJ* 23.5.2003; PET n.º 1.954/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, maioria, *DJ* 1º.8.2003; PET (AgR) n.º 2.805/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, *DJ* 27.2.2004; PET n.º 3.248/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, *DJ* 23.11.2004; INQ n.º 2.285/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, *DJ* 13.3.2006 e PET (AgR) n.º 2.998/MG, 2ª Turma, unânime, *DJ* 6.11.2006; iii) diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, b, da CF e pelo RI/STF. A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições em razão das atividades funcionais por eles desempenhadas. Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF.

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 n.º 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.”

(PET 3825/MT, Red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 4.4.2008, grifamos).

Na oportunidade, consignei no voto que se tornou condutor do acórdão:

“Penso que, neste ponto, valeria o esforço no sentido de diferenciar as regras e procedimentos aplicáveis ao **inquérito policial** em geral, tal como previsto nos arts. 4º ao 23 do Código de Processo Penal, daquele **inquérito originário**, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, a ser processado nos termos do art. 102, I, ‘b’, da CF e do regramento do RI/STF (arts. 230 a 234).

O referido dispositivo constitucional assegura a determinadas autoridades a prerrogativa de foro para a investigação, a apreciação e o julgamento de delitos eventualmente por elas cometidos nessa condição. Trata-se, em nosso sistema constitucional, de uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições em razão das atividades funcionais por eles desempenhadas.

Como já lembrado em assentadas anteriores, cabe, aqui, a lição de Hely Lopes, no sentido de que tais prerrogativas têm por escopo garantir o livre exercício da função do agente político. Percebeu o ilustre administrativista, sobretudo, a peculiaridade da situação dos que governam e decidem – os chamados agentes políticos –, em comparação àqueles que apenas administram e executam encargos técnicos e profissionais. Nas palavras de Hely:

‘Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados’ (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros Editores, 29ª edição, 2004, cit., p. 78).

Não é outro o *ethos* da prerrogativa de foro entre nós, conforme se extrai da lição de Victor Nunes:

‘A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída **não no interesse da pessoa do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade.** Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia bilateral, garantia contra e a favor do acusado’’. (grifo nosso)

No mesmo sentido, forte na lição de Frederico Marques, é o entendimento do eminente Márcio Bonilha, Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em artigo de 2002, *verbis*:

‘No mundo jurídico, a precisão conceitual constitui exigência essencial indeclinável, para evitar distorções e equívocos na interpretação e valoração de fatos e normas. Esse requisito hermenêutico é lembrado a propósito da controvérsia instaurada sobre a jurisdição competente, em relação ao julgamento de infrações relativas à improbidade administrativa, no tocante a certos agentes públicos.

Desde logo se assinala que prerrogativa de foro não se confunde com foro privilegiado, pois a prerrogativa de função é distinta de privilégio de pessoa. A imprecisão terminológica pode gerar na opinião pública uma falsa idéia de favorecimento pessoal, no tratamento da matéria, em relação a certas autoridades, na aferição da responsabilidade funcional, pondo em dúvida a igualdade na distribuição da justiça.

Compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o presidente da República e os demais integrantes dos órgãos de cúpula dos Poderes e, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, outras altas autoridades nacionais.

A instituição da prerrogativa de foro, relativamente a esses agentes, não traduz favorecimento pessoal, pois contempla as exigências de garantia constitucional pertinentes aos respectivos cargos e funções, pela relevância que representam nos Poderes correspondentes e nos escalões hierárquicos, cuja dignidade funcional cumpre resguardar.

Assim é, no interesse nacional, pouco importando as inferências no plano político e o subjetivismo de opiniões contrárias.

Bem por isso, a discussão sobre o tema deve ser travada à luz objetiva dos princípios e normas constitucionais, sem especulações ideológicas, muito menos as infundadas suspeitas de solução personalista.

O foro especial, que decorre da prerrogativa da função, é instituído para melhor permitir o livre desempenho de certas atividades públicas. É garantia da função, que não pode ficar à mercê de paixões locais. Não é honraria pessoal nem representa privilégio. É proteção que nasce com o exercício do cargo ou função, pelo reconhecimento da elevada hierarquia funcional e dos poderes que emanam de seu exercício, visando à

segurança e à isenção na distribuição da justiça. Resguarda-se dessa forma o prestígio das instituições.

No Direito brasileiro, vigoram os princípios do juiz natural e da igualdade de todos perante a lei, sendo proibido o juízo ou tribunal de exceção, mas são legítimos os foros por prerrogativa de função.

Segundo Frederico Marques, ‘é errôneo o entendimento’ de que ‘os casos de competência originária dos tribunais superiores para o processo e julgamento de determinadas pessoas constituem exceções de direito estrito, porque a competência *ratione personae* dos tribunais superiores não constitui <foro privilegiado>, nem se regula pelos preceitos pertinentes aos juízos especiais. Não mais existe o foro privilegiado, como o disse o desembargador Márcio Munhoz, e sim competência destinada a melhor amparar o exercício de certas funções públicas. Não se trata de privilégio de foro, porque a competência, no caso, não se estabelece por amor dos indivíduos, e sim em razão do caráter, cargo ou funções que eles exercem.’ (Prerrogativa de foro, *O Estado de São Paulo*, 10 de dezembro de 2002)

A decisão judicial que determina abertura de inquéritos originários para a apuração de condutas eventualmente imputadas a autoridades dotadas de prerrogativa de foro perante esta Corte há de ser entendida de maneira a evitar a interpretação de que as competências constitucionais dos órgãos do Poder Judiciário – em especial a deste Supremo Tribunal Federal – estariam definidas em *numerus clausus*. A pretensa decorrência imediata de tais argumentos é a suposta exigência de norma constitucional para a disciplina específica do tema.

(...)

Vejam, portanto, numa Constituição tão detalhada como a nossa, que não há como não fazer essa interpretação compreensiva do texto constitucional.

Resulta impossível não se fazer esse tipo de compreensão com relação à competência para aquilo que o Min. Sepúlveda Pertence denomina como atividade constitucional de “supervisão judicial (e nada mais do que isso) do Supremo Tribunal Federal” (Voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence na RCL no 2.349-TO, *DJ* de 05.08.2005).

Nosso sistema constitucional não repudia, por conseguinte, a idéia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Parece-me que este argumento está fortemente consolidado. Por isso considero incorreta e contrária à jurisprudência pacífica a afirmação segundo a qual a competência desta Corte há de ser interpretada de forma restritiva.

Para o caso específico da apreciação das questões incidentes nos **inquéritos originários**, invoco o precedente firmado no julgamento da RCL no 2.349-TO, Red. para o acórdão Min. Cezar Peluso, Rel. originário Min. Carlos Velloso (*DJ* de 05.08.2005).

Nesse julgado, o Plenário, por maioria, asseverou a necessidade de garantia da competência do STF para, nos termos do art. 102, I, ‘b’, fazer incidir o foro por prerrogativa de função com relação a parlamentares sempre que intimados com o

objetivo de esclarecerem imputação, ao menos em tese, criminosa, na condição de investigado e/ou testemunha. Eis o teor da Ementa desse julgado:

‘EMENTA: COMPETÊNCIA. Parlamentar. Senador. Inquérito policial. Imputação de crime por indiciado. Intimação para comparecer como testemunha. Convocação com caráter de ato de investigação. Inquérito já remetido a juízo.

Competência do STF. Compete ao Supremo Tribunal Federal supervisionar inquérito policial em que Senador tenha sido intimado para esclarecer imputação de crime que lhe fez indiciado” (RCL no 2.349-TO, Red. para o acórdão Min. Cezar Peluso, Rel. originário Min. Carlos Velloso, Plenário, por maioria, *DJ* de 05.08.2005).

Em outras palavras, se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante esta Corte (CF, art. 102, I, *b*), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à ‘supervisão judicial’ (como é o caso da abertura de procedimento investigatório, por exemplo) sejam retiradas do controle judicial do STF.

Fixadas essas premissas, observa-se que é justamente por isso que está consagrada, em nosso sistema constitucional, a instituição da prerrogativa de foro. Além de estar destinada a evitar o que poderia ser definido como uma tática de guerrilha – nada republicana, diga-se – perante os vários juízos de primeiro grau, tal prerrogativa funcional serve para que os dirigentes das principais instituições públicas sejam julgados perante órgão colegiado – dotado de maior independência, pluralidade de visões e de inequívoca seriedade.

Trata-se de um assunto intimamente impregnado por elementos constitucionais que devem nortear políticas públicas criminais destinadas a esses agentes.

Daí o porquê da urgência da discussão das atribuições e competências no caso de investigação de supostos crimes cometidos por pessoas detentoras de prerrogativa de foro em sede de inquérito originário perante este STF.

Portanto, há de se fazer a devida distinção entre os inquéritos originários, a cargo e competência desta Corte (CF, art. 102), e aqueles de natureza tipicamente policial, os quais se regulam inteiramente pela legislação processual penal brasileira.

Sobre esse aspecto, assim manifestou-se o Procurador-Geral em seu parecer:

‘6. O foro por prerrogativa de função tem sua justificativa na necessidade de assegurar garantias aos titulares de certos e determinados cargos, cuja importância é definida na Constituição, para que possam exercer em plenitude as atribuições que lhe são cometidas. O elemento de referência para o estabelecimento da garantia não é a pessoa que o titulariza em determinado momento, mas sim o plexo de atribuições do cargo.

7. Permitir que o procedimento de investigação predisposto à colheita de elementos probatórios, que suportarão eventual imputação penal contra titular de cargo a que se assegura foro especial, possa ser aberto por autoridade policial que integra o Departamento de Polícia Federal, e é órgão integrante da estrutura administrativa do

Ministério da Justiça, certamente enfraquece a garantia que a Constituição consagra' (fl. 128).

O despacho que admite o pedido diretamente apresentado pelo Procurador-Geral da República corresponde a ato judicial de natureza administrativa que imputa determinação procedimental de abertura de inquérito no âmbito desta Corte, o qual deve ser aqui autuado e numerado nos termos dos arts. 55, XIV; 56, V; e 231 do RI/STF.

A urgência dessa definição deve-se à exigência constitucional de evitar eventuais excessos por parte da Polícia Judiciária no sentido de se vislumbrar – conforme no excerto do ofício acima transcrito –, inclusive, e independentemente do controle jurisdicional deste Tribunal, a pretensão jurídica de instauração, ‘*ex officio*’, dos referidos inquéritos originários.

Assim, a discussão acerca dessa possibilidade não é uma mera formulação hipotética. Daí a necessidade de definição das competências constitucionais dos relatores desta Suprema Corte nos inquéritos originários.

Nesse contexto, a iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator dessa Corte.

É dizer, 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).

Diante do exposto e na linha dos precedentes arrolados, voto no sentido de que, no exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, “b” c/c Lei no 8.038/1990, art. 2o), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações (isto é, desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo *dominus litis*).

Nestes termos, voto no sentido de que a questão de ordem seja resolvida para anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado.”

Assim, a abertura de inquérito originário no STF depende de requisição do Procurador-Geral da República e de supervisão desta Corte.

Na espécie, o Delegado de Polícia Federal apenas entendeu por ‘comunicar’ ao Supremo Tribunal Federal e à Procuradoria-Geral da República a instauração do inquérito, ao mesmo tempo em que determinou a prática de diversos atos de investigação que, ao seu talante, pareceram-lhe razoáveis. Agindo dessa forma, a Polícia Federal, de acordo com requisição de Procurador da República oficiante em 1ª instância, chamou para si atribuição que é do Procurador-Geral da República, exercida perante o Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, há vício de origem na instauração do presente procedimento, ao menos no que diz respeito ao membro do Congresso Nacional investigado.

Além disso, em mínimo juízo de admissibilidade, não se verificam, na espécie, elementos suficientes aptos a permitir a abertura de inquérito judicial contra os investigados em relação aos delitos inculpidos nos arts. 299, 168-A, ambos do Código Penal e art. 1º da Lei 8.137/90.

Com efeito, o presente inquérito fundamenta-se exclusivamente em *e-mail* remetido por desafeto dos investigados e em matérias jornalísticas lançadas na internet que derivam daquilo que foi noticiado por GM, em sua denúncia voluntária ao Ministério Público Federal. Nenhum documento consta dos autos e não há qualquer outro começo mínimo de prova documental.

Na realidade, os ilícitos apontados na notícia-crime endereçada ao Ministério Público e à Polícia Federal em Roraima constituem delitos contra a ordem tributária e de falsidade ideológica, que, conexo àquele, guarda a função de crime-meio.

Com acerto, o Ministério Público Federal em Roraima, em manifestação nos autos do procedimento administrativo, afirmou que “os gestores da TV C. teriam praticado uma série de ilícitos tributários, tais como o desvio de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados.” E ainda que “há apenas notícia de supostas práticas de crimes tributários e contra a previdência,(...)”. É o que há nesse inquérito equivocadamente instaurado na SRDPF/RR: Notícia-crime de crimes contra a ordem tributária e de delitos contra a previdência por não recolhimento de contribuições.

A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que o inquérito com o objetivo de apurar ilícito contra a ordem tributária somente pode ser instaurado quando findo o procedimento fiscal para a constituição do crédito tributário.

Em outras palavras, enquanto o Estado-Administração não determinar – com respeito ao devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa – definitivamente a existência do débito fiscal e seu montante devido, não poderá o Estado-Polícia investigar o crime contra a ordem tributária, pois não estará ainda configurada a sua tipicidade.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello, “enquanto não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, o crédito tributário, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei n.º 8.137/90.” (HC 86032 / RS, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008.)

Ou seja, é elemento constitutivo do tipo penal o débito comprovadamente existente e líquido, o que só é possível com a confirmação do crédito tributário, findo o procedimento Administrativo-Fiscal.

Essa regra alcança, também, o antigo fato típico previsto no artigo 95, alínea “d”, da Lei 8.212/95, hoje previsto no Código Penal, artigo 168–A. Para a instauração de Inquérito Policial há de ser concluído o procedimento administrativo prévio.

Sem a finalização do Procedimento Administrativo e Fiscal, não há justa causa para este Inquérito Policial, nos termos da Súmula Vinculante nº 24:

“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1o, incisos I a IV, da Lei no 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS” – DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI N.º 8.137/90, ART. 1º) – CRÉDITO TRIBUTÁRIO AINDA NÃO CONSTITUÍDO DEFINITIVAMENTE – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL AINDA EM CURSO QUANDO OFERECIDA A DENÚNCIA – AJUIZAMENTO PREMATURO DA AÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE TIPCIDADE PENAL – RECONHECIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA TÍPICA SOMENTE POSSÍVEL APÓS A DEFINITIVA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – INVIABILIDADE DA INSTAURAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL, ENQUANTO A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO SE REVESTIR DE DEFINITIVIDADE – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A “PERSECUTIO CRIMINIS”, SE INSTAURADO INQUÉRITO POLICIAL OU AJUIZADA AÇÃO PENAL ANTES DE ENCERRADO, EM CARÁTER DEFINITIVO, O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL – OCORRÊNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO, PORQUE DESTITUÍDA DE TIPCIDADE PENAL A CONDUTA OBJETO DE INVESTIGAÇÃO PELO PODER PÚBLICO – CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DOS ATOS PERSECUTÓRIOS – INVALIDAÇÃO, DESDE A ORIGEM, POR AUSÊNCIA DE FATO TÍPICO, DO PROCEDIMENTO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL DE PERSECUÇÃO PENAL – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – “HABEAS CORPUS” CONHECIDO, EM PARTE, E, NESSA PARTE, DEFERIDO.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, “*hic et nunc*”, da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada diverja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade.

Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. – Enquanto o crédito tributário não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei n.º 8.137/90. É que, até então, não havendo sido ainda reconhecida a exigibilidade do crédito tributário (“*an debeatur*”) e determinado o respectivo valor (“*quantum debeatur*”), estar-se-á diante de conduta absolutamente desvestida de tipicidade penal.

- A instauração de persecução penal, desse modo, nos crimes contra a ordem tributária definidos no art. 1º da Lei n.º 8.137/90 somente se legitimará, mesmo em sede de investigação policial, após a definitiva constituição do crédito tributário, pois, antes que tal ocorra, o comportamento do agente será penalmente irrelevante, porque manifestamente atípico. Precedentes.

- Se o Ministério Público, no entanto, independentemente da “representação fiscal para fins penais” a que se refere o art. 83 da Lei n.º 9.430/96, dispuser, por outros meios, de elementos que lhe permitam comprovar a definitividade da constituição do crédito tributário, poderá, então, de modo legítimo, fazer instaurar os pertinentes atos de persecução penal por delitos contra a ordem tributária.

- A questão do início da prescrição penal nos delitos contra a ordem tributária. Precedentes.

No presente caso, não cuidou a autoridade policial sequer de verificar a existência de procedimento fiscal relativo aos fatos noticiados, como também não fez juntar a este apuratório qualquer notícia de sua existência ou finalização.

Logo, o presente inquérito não merece prosperar, sem prejuízo de que novo procedimento de investigação venha a ser instaurado para apurar os fatos citados na notícia-crime, se for o caso, desde que requerido pelo Procurador-Geral da República perante esta Corte e concluído o pertinente procedimento administrativo fiscal.

Diante do exposto e na linha dos precedentes arrolados, **concedo *habeas corpus de ofício*** para determinar o trancamento deste inquérito, seja porque, no exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, “b” c/c Lei no 8.038/1990, art. 2o), a abertura do inquérito não pode ser feita sem requisição do Procurador-Geral da República e controle de relator deste Supremo Tribunal Federal, seja porque não há justa causa para apurar crime material contra a ordem tributária antes da devida conclusão do procedimento administrativo fiscal (Súmula Vinculante nº 24).

Publique-se. Comunique-se. Intime-se o Procurador-Geral da República.

Arquive-se.

Ministro **Gilmar Mendes**

Relator

3. INTIMAÇÃO POR PARTE DE AUTORIDADE POLICIAL

Corolário óbvio de tudo que foi aventado é que Autoridade Policial e órgão de execução do Ministério Público – caso se lhe admita o poder de promover por conta própria investigações criminais, na linha de precedentes da 2ª Turma do STF – não podem validamente, *sem autorização do Tribunal constitucionalmente competente*, intimar detentores de “foro por prerrogativa de função” para ser “interrogados”, “ouvidos” ou para “prestar declarações”, caso sua real condição – *independentemente do rótulo formal* – seja de *investigado*. Vale a ementa de acórdão já transcrita acima:

EMENTA: COMPETÊNCIA. Parlamentar. Senador. Inquérito policial. Imputação de crime por indiciado. Intimação para comparecer como testemunha. Convocação com caráter de ato de investigação. Inquérito já remetido a juízo.

Competência do STF. Compete ao Supremo Tribunal Federal supervisionar inquérito policial em que Senador tenha sido intimado para esclarecer imputação de crime que lhe fez indiciado.

(RCL no 2.349/TO, red. p/ ac. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 05.08.2005).

Em ocasião recente, Ministro do STJ teve oportunidade de enfrentar sob novas luzes o tema:

INQUÉRITO Nº 603 – DF (2008/0167019-3)

RELATOR : MINISTRO PAULO GALLOTTI

REQUERENTE : M P F

REQUERIDO : EM APURAÇÃO

DECISÃO

Às fls. 30.480/30.487, FAB, Desembargador do Tribunal Federal da 1ª Região, invocando o disposto no parágrafo único do artigo 33 da Lei Complementar nº 35/1979, postula não ser interrogado pela autoridade policial encarregada das investigações no presente inquérito.

Às fls. 30.533/30.539, JGG, Conselheiro do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, informando que já prestou declarações à Polícia Federal, pretende que se torne sem efeito o seu formal indiciamento, destacando que o Delegado encarregado não teria atribuição para a prática do ato, pois seu foro é determinado pelo cargo que ocupa.

Às fls. 30.698/30.705, JLCJ, também Conselheiro do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, afirmando já haver sido intimado pela autoridade policial para prestar depoimento, objetiva, da mesma forma, não ser indiciado.

O Ministério Público Federal, às fls. 31.025/31.038, opina pela legalidade do indiciamento, remarcando tratar-se de ato que “não reclama prévia decisão judicial”, requerendo, caso assim não se entenda, sua ratificação nesta Corte.

Requer, ainda, o **parquet** federal, o “desmembramento das peças do Inquérito nº 603-DF alusivas ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, as quais serão autuadas com novo número, mas permanecerão na esfera de competência do STJ, haja vista o foro privilegiado de alguns dos investigados, e sob os cuidados de Vossa Excelência na qualidade de relator, devido à inegável conexidade existente com os demais aspectos da investigação”.

Tenho que a questão relativa à possibilidade de os investigados FAB, JGG e JLCJ serem interrogados pela autoridade policial responsável pela condução das investigações deve ser vista com o cuidado que naturalmente é tratada a matéria referente às competências estabelecidas, constitucional e legalmente, para o exercício da persecução penal, embora, aqui, ressalte-se, ainda se esteja na fase de inquérito.

De qualquer sorte, levando-se em conta que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, no artigo 33, inciso IV e parágrafo único, preceitua que o juiz não está “sujeito a notificação ou intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial”, tenho, por medida de cautela, que se mostra necessário suspender qualquer determinação de comparecimento do investigado FAB, Desembargador do Tribunal Federal da 1ª Região, à Polícia Federal para ser ali interrogado.

Confirmam-se os mencionados dispositivos da Lei Complementar nº 35/1979:

“Art. 33 – São prerrogativas do magistrado:

(...)

IV – não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial;

(...)

Parágrafo único – Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.”

No tocante a JGG e JLCJ, ambos Conselheiros do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, embora não alcançados pela referida norma, visto que não são magistrados, afigura-se razoável, sem prejuízo dos atos já praticados pela autoridade policial, que se suspenda eventual intimação para interrogatório, de modo a se afastar qualquer dúvida, neste momento, acerca da preservação da competência desta Corte, prevista no artigo 105, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal.

Com esse enfoque, torna-se inviável a manutenção dos indiciamentos dos que possuem foro por prerrogativa de função, pois, conquanto se trate de ato meramente administrativo, não vinculando a atuação do Ministério Público, os efeitos dele decorrentes, no plano prático, são inegáveis, daí por se concluir que tal ato não deve ser concretizado pelo Delegado da Polícia Federal responsável pelo inquérito, justamente em razão da aludida preservação da competência do Superior Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, torno sem efeito a determinação para que essas pessoas, detentoras de foro por prerrogativa de função, compareçam à Polícia Federal a fim de serem interrogadas, invalidando-se, ainda, os indiciamentos já realizados e proibindo a efetivação de qualquer outro.

Defiro o pedido de desmembramento requerido pelo Ministério Público Federal.

Remetam-se os autos ao **parquet** para que se manifeste sobre a sugestão da autoridade policial de arquivamento do inquérito, fls. 30.783/30.784, quanto a MMJ.

Intime-se o representante do Ministério Público Federal.

Publique-se.

Brasília (DF), 30 de junho de 2009.

MINISTRO PAULO GALLOTTI, Relator

4. A PRISÃO EM FLAGRANTE

Em ocasião anterior, escrevemos:

Parece-me que há uma única exceção possível: no caso de flagrante por crime inafiançável, a prerrogativa de julgamento originário por Tribunal não tolhe nem anula o dever da Autoridade Policial de determinar a lavratura do *auto de prisão em flagrante*, o qual constitui a um só tempo *título de custódia, peça de instauração do Inquérito Policial e ato de indiciamento formal e material*. Como se sabe, o IPL é instaurado por portaria ou por auto (de prisão em flagrante, de resistência). Com a remessa dos autos ao órgão competente, o IPL se converte em Inquérito Penal (IP), seguindo o procedimento que lhe é peculiar e sem mácula alguma sobre a validade dos atos até então praticados.

Melhor refletindo, temos que a incompatibilidade entre a exigência de autorização do Tribunal para instauração de IPL e o dever funcionar de dar voz de prisão àqueles detentores de “foro por prerrogativa de função” que supostamente se encontrem em flagrante delito de crime inafiançável, é apenas aparente e não resiste a um olhar mais acurado.

Eis o modo adequado de proceder: diante de situação descrita como possível flagrante de crime inafiançável, a Autoridade Policial **não deverá mandar lavrar auto de prisão em flagrante, nem expedir nota de culpa**, mas proceder à imediata comunicação ao Presidente do Tribunal, ao Procurador de Justiça, ao Presidente da Casa Legislativa, *etc.* Nada obsta a que, antes ou enquanto tenta estabelecer contato com o órgão competente, ouça os envolvidos a fim de dissipar dúvidas e forjar sua convicção sobre o ocorrido. Mas tais depoimentos deverão ser refeitos, *se e quando* autorizada a instauração de inquérito penal – *a requerimento do Ministério Público com atuação junto ao Tribunal competente* – pelo Magistrado-relator do caso.

Lembremos que as Leis Orgânicas da Magistratura (LC 35/79) e do Ministério Público (Lei n. 8.625/93), entre outros diplomas existentes, disciplinam razoavelmente o tema e podem ser aplicadas por analogia às demais pessoas com prerrogativa de julgamento originário perante Tribunais:

(LOMAN) Art. 33 – São prerrogativas do magistrado:

[...]

II – não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (vetado);

[...]

Parágrafo único – Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

(LOMP) Art. 40. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica:

[...]

III – ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça;

[...]

Parágrafo único. Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.

A LOMAN é até mais rigorosa no tratamento, visto que determina a imediata apresentação do Magistrado ao Presidente do Tribunal, o que se revela incompatível com a natural demora que as rotinas destinadas à lavratura do APF e à expedição de nota de culpa ocasionariam.

Uma última palavra, já com vistas a certos abusos que vêm ocorrendo amiúde, por precipitação, ignorância ou, simplesmente, má-fé. Relembremos o que foi dito sobre a atribuição de cada Polícia Judiciária para investigar supostos atos ilícitos praticados por detentores da prerrogativa de julgamento originário por Tribunal:

i) se a pessoa estiver sujeita à competência criminal originária de Tribunal Superior ou Federal Regional (ou Eleitoral), caberá à Polícia Federal proceder à investigação – uma vez autorizada a tal;

ii) se se tratar de Autoridade sujeita à competência originária de Tribunal de Justiça, a apuração ficará sob responsabilidade da Polícia Civil do Estado-membro.

Segue-se daí que, em situação de *suposto flagrante de crime inafiançável*, o detentor de “foro por prerrogativa de função” em Tribunal Superior ou Regional Federal (ou Eleitoral) *poderá sim receber voz de prisão, mas de forma alguma poderá ser conduzido à Delegacia de Polícia Civil*, pois compete exclusivamente à Polícia Federal a apuração de ilícitos cujos pretensos autores estejam sujeitos à jurisdição dessas Cortes. E na hipótese de ser conduzido, deverá o Delegado de Polícia Civil atentar para os imperativos constitucionais e abster-se de proceder a qualquer ato, limitando-se a reencaminhar a ocorrência à Superintendência ou Delegacia mais próxima da Polícia Federal, a cujo titular caberá então proceder à análise do caso e, a partir daí, tomar as medidas apropriadas.
