

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Referência: Distribuição por Dependência ao HC 198013, na forma do art. 69 do RISTF, à Ministra Rosa Weber (vide decisão da Presidência do STF, datada de 03.03.21, no HC 198013, segundo a qual “*os feitos que fixaram a prevenção da Ministra Rosa Weber para a Operação Spoofing têm a mesma origem do Inquérito instaurado pela Portaria STJ/GP n° 58, de 19 de fevereiro de 2021, do Superior Tribunal de Justiça*”)

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA (ANPR), sociedade civil sem fins lucrativos, portadora do CNPJ n.º 00.392.696/0001-49, localizada no SAF Sul, Quadra 4, Conj. C, Bloco B, Salas 113/114 Brasília, Distrito Federal, CEP 70.050-900, neste ato representada por seu presidente, FABIO GEORGE CRUZ DA NÓBREGA, brasileiro, Procurador Regional da República, portador da RG n. 1234792/SSP-PB, e do CPF 645.874.444-72, com endereço profissional na sede da ANPR, vem, respeitosamente, por seus procuradores abaixo signatários, com base no art. 5º, LXVIII, da CRFB e nos artigos 647 e 648, I, III e VI, do CPP, e art. 188 e seguintes do RISTF, impetrar

HABEAS CORPUS COLETIVO COM PLEITO LIMINAR

contra ato ilegal, praticado com abuso de poder, pelo **Excelentíssimo Senhor Presidente do Superior Tribunal de Justiça**, Sua Excelência o Ministro Humberto Martins, materializado na instauração do Inquérito 1460-DF, promovida pela Portaria STJ/GP n.º 58, de 19/02/2021, em favor de **TODOS OS MEMBROS DA ASSOCIAÇÃO IMPETRANTE** que se acham sob iminente risco de sofrer constrangimento ilegal em razão da inauguração do supracitado ato inaugural de procedimento inquisitorial, pelas razões abaixo articuladas.

Brasília, 11 de março de 2021.

Alexandre Vitorino Silva
OAB/DF 15.774

Bruna Cabral Vilela Bonomi
OAB/DF 43.447

Dayane Rabelo Queiroz
OAB/DF 59.118

Colendo Supremo Tribunal Federal,

Ilustre Ministro(a) Relator(a),

(I) DOS FATOS RELACIONADOS À OPERAÇÃO SPOOFING E DA INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO PELA PORTARIA STJ/GP n.º 58, de 19/02/2021.

No julgamento liminar na Reclamação n.º 43.007, o eminente Ministro Ricardo Lewandowski autorizou o compartilhamento dos arquivos apreendidos no bojo da Operação *Spoofing* (objeto do Inquérito n.º 1017553-96.2019.4.01.3400/DF) com a defesa técnica do ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva.

De acordo com a decisão proferida em 28/12/2020, deveriam ser franqueados aos defensores técnicos, em razão do citado compartilhamento, exclusivamente as mensagens que dissessem respeito ao ex-presidente, a fim de permitir a sua eventual utilização para rebater as imputações que lhe foram irrogadas pela Força-Tarefa da Operação Lava Jato.

Sucedo, porém, que a autoridade policial federal participou ao MM. Juízo da 10ª Vara Federal da SJDF, perante a qual tramita o Inquérito n.º 1017553-96.2019.4.01.3400/DF, em 12/01/2021, a impossibilidade técnica de desmembrar, do conteúdo dos arquivos apreendidos, tão só as mensagens alusivas a Luís Inácio Lula da Silva, da forma restritivamente comandada pelo ilustre Relator da reclamação.

Daí ter a polícia federal resolvido, *sponte propria*, ceder aos patronos de Lula todo o material que fora apreendido em poder do *hacker* e criminoso confesso Walter Delgatti Neto.

Tal trágica solução para o problema técnico aventado, a pretexto de dar cumprimento à ordem emanada do STF, acabou por violá-la, ao expandir, drasticamente, o seu dispositivo.

Placitou, ainda, grave violação aos direitos fundamentais dos procuradores da República, que tiveram a sua intimidade devassada e o conteúdo de suas conversas deturpado por órgãos de imprensa em ocasião posterior, como revelou, por exemplo, o Procurador Diogo

Castor de Mattos **em recente informação prestada ao Corregedor Nacional do CNMP.**

Apenas a título ilustrativo, o citado procurador teve que esclarecer que a CNN divulgara, ainda que de forma inadvertida, uma das mensagens trocadas com teor adulterado.

O procurador, em abono da conduta escurra e republicana do Ministro Félix Fischer, teria afirmado, na suposta mensagem publicada, que se tratava de um magistrado sério, que jamais se envolveria em negócios ilícitos. Usou a expressão “*Felix Fischer eu duvido, eh um cara sério.*”

Pois desse inocente comentário derivou a informação distorcida segundo a qual o membro do MPF teria supostamente afirmado que *somente* o Ministro Felix Fischer seria honesto no STJ, o que é um evidente despautério e não corresponde ao sentimento de respeito que Diogo Castor de Mattos devota ao Tribunal da Cidadania.

Em outro caso recente, foi divulgado pelo mesmo veículo de mídia um suposto áudio em que o procurador da República Deltan Dallagnol relataria que a juíza Gabriela Hardt lhe teria informado que “sentenciaria” o caso do Sítio de Atibaia, envolvendo o ex-presidente Lula. Contudo, o veículo divulgou que o procurador teria afirmado que a juíza se comprometeu a “condenar” o ex-presidente, em evidente distorção da suposta mensagem.

Esses são apenas dois entre outros exemplos de má utilização do conteúdo das mensagens criminosamente hackeadas e distorcidas para tentar lançar à infâmia os pacientes da presente impetração; demonstram, por si, de forma eloquente, o perigo de tomar por verdade autênticos boatos improvisados na imprensa por réus que procuram, a qualquer custo, pôr abaixo condenações que foram alcançadas na operação de combate à corrupção de maior alcance já executada durante a vigência Constituição de 1988.

O fato é que, levantado o sigilo das supostas mensagens identificadas na *Operação Spoofing*, a imprensa nacional, por diversos veículos de comunicação, teve acesso ao seu conteúdo e passou a fazer circular diversas informações que alegadamente refletiriam conversas virtuais travadas por procuradores da República integrantes da Força-Tarefa da Operação Lava Jato, muitas delas de conteúdo adulterado.

Impressionado com alegadas mensagens relacionadas a Ministros do STJ cuja

integridade não foi sequer confirmada, o Presidente da Corte da Cidadania, açodadamente, em 19/02/2021, instaurou procedimento inquisitório penal (Inquérito 1460-DF), com alegado arrimo nos artigos 21, II, e 58, *caput* e §1º, do RISTJ, para apurar suposta tentativa de intimidação e de imaginária investigação indevida de magistrados daquela Alta Corte por membros do *parquet* federal em primeiro grau.

Conforme será visto adiante, a portaria de instauração de inquérito é ato impregnado de diversas ilegalidades e inconstitucionalidades que constringe, ilegitimamente, o *status libertatis* dos pacientes.

Antes, porém, de adentrar o mérito do *habeas corpus* e demonstrar o abuso de poder, necessário se faz assentar a presença dos requisitos formais para o seu processamento e conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal.

(II) DA COMPETÊNCIA DO STF E DO CABIMENTO DO HABEAS CORPUS PARA TRANCAR A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO MANIFESTAMENTE ILEGAL

No caso, dúvidas não pairam da competência do STF e do cabimento do remédio de *habeas corpus* para trancar o inquérito instaurado pelo eminente Presidente do Superior Tribunal de Justiça por meio da Portaria STJ/GP n.º 58, de 19/02/2021.

A competência está definida pelo art. 102, I, “i”, da CRFB, por se tratar de *writ* impetrado contra constrangimento ilegal iminente à liberdade de ir e vir perpetrado por ato da Presidência de Tribunal Superior (no caso, do STJ).

A jurisprudência do STF é, ainda, prenhe de casos em que se deliberou, na via do HC, pelo trancamento de inquéritos logo no seu nascedouro, quer por falta de justa causa, quer por veicularem imputação baseada em provas ilícitas ou ilegítimas, quer, ainda, por resultarem de atuação de autoridade incompetente.

O *habeas corpus*, nessas situações peculiares, **assume feições preventivas em relação à ação penal, e repressivas em relação à atividade inquisitorial.**

Já o cabimento do *habeas corpus* se infere, à luz do texto do art. 5º, LXVIII, da

CRFB, e do art. 647 do CPP, pela ameaça ao *status libertatis* dos pacientes, procuradores da República associados à impetrante que, nos termos da portaria de inauguração do inquérito, passaram a ser investigados por alegadas mensagens trocadas via aplicativo telefônico, na Força-Tarefa da Operação Lava Jato.

A instauração do inquérito lhes impõe, desde logo, o início da sujeição penal, bem como autoriza que venham a ser alvo de buscas e apreensões e outras medidas cautelares, até mesmo de ofício.

De acordo com a narrativa precipitadamente encampada pela Presidência do STJ, o conteúdo de tais mensagens, apesar de não confirmado pelos procuradores, foi encontrado na posse de criminosos com ampla ficha criminal que inclui multifárias falsificações; o teor dos supostos diálogos não está, ademais, escorado em cadeia de custódia preservada, mas, mesmo assim, ao ver da autoridade coatora, revelaria suposta tentativa de intimidar ou mesmo de investigar Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Ou seja, um conjunto bastante frágil de elementos indiciários derivados de uma grosseira violação ao sigilo telemático e à intimidade dos procuradores foi o mote necessário para converter, acriticamente, a sua posição de vítima de cibercrimes em autênticos suspeitos de uma suposta conspiração difamatória de Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Como foi bem pontuado pelo ilustre membro do MPF que oficiou perante o HC n.º 198013/DF, que corre paralelamente à presente impetração no STF:

“Após a devida análise, é possível afirmar que o Inquérito n.º 1460/DF foi instaurado exclusivamente em razão de quatro reportagens sobre supostas mensagens que integram os arquivos digitais apreendidos pela Polícia Federal no bojo da chamada Operação *Spoofing*, e que as diligências até então determinadas pelo Ministro Presidente do STJ têm como objetivo obter cópia do mencionado material, para instrução da investigação (cópia integral do Inquérito n.º 1460 anexa). As mensagens noticiadas, segundo a avaliação do Presidente do STJ, revelariam condutas ilícitas cometidas por membros do MPF contra Ministros do STJ (...)” (fl. 4/37)

Nem mesmo houve a determinação circunstanciada dos fatos a serem investigados nesse procedimento *ad hoc*, como exige o art. 5º, II, §1º, “a” a “c”, do CPP, de forma categórica, tudo a revelar uma flagrante falta de justa causa para a simples existência do

inquérito, tal como concebido pela autoridade coatora.

A legitimidade da ANPR para o manejo do *habeas corpus* deriva, inegavelmente, do art. 3º, I, II e IV, do seu estatuto constitutivo, cujo teor estabelece como função da associação defender os seus associados em juízo perante autoridades públicas.

A possibilidade de impetração coletiva do *writ*, **para atacar uma situação-tipo homogênea de constrangimento ilegal**, já foi, por sua vez, assentada pelo Supremo em diversas oportunidades, **como no HC 143641**, alusivo ao regime de cumprimento domiciliar das gestantes presas cautelarmente.

No caso, os pacientes estão unidos pelo vínculo associativo à ANPR, bem como pelo fato de serem investigados, conjuntamente, em inquérito no STJ no qual estão sendo utilizadas provas ilícitas, derivadas da violação de sua intimidade e privacidade. **Esses elementos indiciários – que não têm a sua autenticidade atestada** - correspondem a informações devassadas por *hackers* que desrespeitaram o seu sigilo de dados telemáticos, bem como vazaram e modificaram mensagens trocadas por integrantes da Força-Tarefa da Lava Jato.

Como é público e notório, o Excelentíssimo Senhor Presidente do STJ solicitou e obteve perante o STF acesso às supostas mensagens que teriam sido trocadas **entre mais de duzentos procuradores da República**. Desse compartilhamento dos supostos diálogos é que deflui a ilegítima instauração do Inquérito n.º 1460/DF, com base na Portaria STJ/GP n.º 58/2021.

O ato coator está materializado na citada portaria, abaixo reproduzida:



Superior Tribunal de Justiça

PORTARIA STJ/GP N. 58 DE 19 DE FEVEREIRO DE 2021

O PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições conferidas pelos artigos 21, II, e 58, *caput* e § 1º do Regimento Interno,

CONSIDERANDO que o princípio constitucional da independência judicial é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e um dos pré-requisitos para um julgamento justo;

CONSIDERANDO o levantamento do sigilo das mensagens trocadas entre membros da magistratura e do ministério público nos autos da Reclamação n. 43.007/DF, que tramita no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (arquivos da Operação Spoofing);

CONSIDERANDO que os meios de comunicação noticiaram a suposta existência – no teor das mensagens trocadas – de tentativas de investigar e intimidar ministros do STJ por meio de procedimentos apuratórios ilegais e sem autorização do Supremo Tribunal Federal;

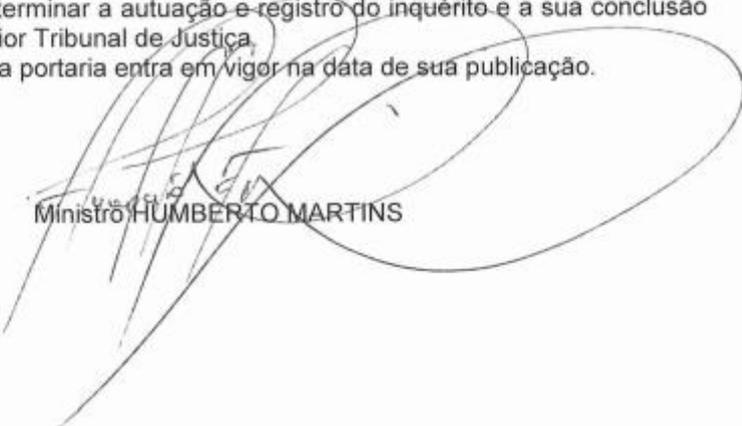
CONSIDERANDO a necessidade de apuração de tais fatos e que a Portaria GP/STF n. 69, de 14 de março de 2019, e o art. 43 do RISTF (que possui redação idêntica ao art. 58 do RISTJ) foram declarados constitucionais pelo STF ao julgar a ADPF n. 572/DF, de relatoria do Ministro Edson Fachin,

RESOLVE:

Art. 1º Instaurar inquérito para apurar os fatos e as infrações, em tese delituosas, relacionados às tentativas de violação da independência jurisdicional e de intimidação de ministros do Superior Tribunal de Justiça, bem como de outros do mesmo gênero eventualmente cometidos e cujas práticas sejam reveladas no curso da investigação.

Art. 2º Determinar a autuação e registro do inquérito e a sua conclusão à Presidência do Superior Tribunal de Justiça.

Art. 3º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.


Ministro HUMBERTO MARTINS

O constrangimento ilegal, a seu turno, está presente, consoante o art. 5º, LXVIII, da CRFB, e os incisos I, III e VI, do art. 647, vez que, resumidamente:

- a) **não há justa causa para a instauração de inquérito no STJ baseado exclusivamente em provas ilícitas**, derivadas de mensagens telemáticas hackeadas, obtidas clandestinamente, sem autorização judicial, e sem cadeia de custódia a assegurar a sua integridade, em confronto com o art. 5º, LVI, da CRFB, e art. 157 do CPP; além disso, as condutas descritas na portaria de instauração do inquérito **não são típicas, do prisma penal**, a reforçar a ausência de justa causa.
- b) **o STJ não detém competência para investigar eventuais infrações penais em tese cometidas por procuradores da República que atuaram em 1º grau de jurisdição**, na Força-Tarefa da Operação Lava Jato, à luz do art. 108, I, “a”, da CRFB, norma especial sobre o seu foro por prerrogativa de função;
- c) Os artigos 21, II, e 58, *caput* e §1º, do RISTJ, ao tratarem de delitos cometidos nas dependências do STJ e de autoridades submetidas a sua jurisdição, não incidem na espécie, pois tratam de hipótese **distinta da que é revelada pelas mensagens de Telegram hackeadas**, fugindo a interpretação da autoridade coatora, ainda, **dos parâmetros restritivos fixados pelo julgamento da ADPF 572, derivados da interpretação conforme feita pelo Supremo da norma regimental análoga à do STJ; o RISTJ é mera norma infralegal** e não tem o *status* formal de lei que a jurisprudência atribui ao RISTF. **Daí não poder o regimento da Corte Cidadania atribuir funções atípicas ao tribunal**, ao contrário do que sucede na Suprema Corte.
- d) Os artigos 21, II e 58, *caput* e §1º, do RISTJ, mesmo que incidissem na espécie, o que se admite apenas para argumentar, **são incompatíveis com o princípio acusatório** abraçado pelo art. 129 da CRFB;
- e) a instauração do inquérito também **não observa o requisito formal objetivo do art. 18, parágrafo único, da LC 75/93**, cujo teor, inspirado na necessidade de assegurar a autonomia do Ministério Público e sua independência funcional, afirma que **somente o Procurador-Geral da República ou membro por este designado pode investigar integrante do MPU**.

Logo se vê, no contexto antes retratado, que a portaria inaugura inquérito nulo, em prejuízo do princípio acusatório, conduzido por órgão do Judiciário que se afasta de sua posição imparcial e emprega provas ilícitas para justificar a sujeição penal dos pacientes. O constrangimento ilegal, portanto, deve ser coarctado por todas essas razões, que serão adiante pormenorizadas.

(III) DA FALTA DE JUSTA CAUSA DIANTE DA ILICITUDE DA PROVA EM QUE SE AMPARA A PORTARIA DE INAUGURAÇÃO DO INQUÉRITO. DA INEXISTÊNCIA DE NARRATIVA DE CONDUTA TÍPICA DO PRISMA PENAL NA PORTARIA DE INSTAURAÇÃO.

Os elementos indiciários de imputação em que se baseia a portaria de inauguração do inquérito contra os pacientes, derivados de mensagens de aplicativos dos procuradores que teriam sido identificadas pela Operação *Spoofing*, são chapadamente ilícitos e não podem legitimar a *persecutio criminis*, mesmo na fase embrionária, pré-processual.

A instauração da investigação tem repercutido intensamente na mídia nacional.

Segundo a revista *Veja*, o fato que teria, de imediato, justificado a instauração do inquérito teria sido a “comemoração” dos pacientes ao obterem provas de um suposto esquema de compra de decisões no STJ.

Confira-se:

“um bilhete apócrifo apreendido em julho de 2015 por policiais federais foi a gota d’água para o Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro Humberto Martins, determinar a abertura de um inquérito sigiloso na Corte para investigar a Operação Lava Jato. O manuscrito, apreendido no apartamento do consultor Flávio Lúcio Magalhães (...), foi localizado no início de fevereiro no acervo de mensagens hackeadas dos telefones dos procuradores da então força-tarefa comandada por Deltan Dallagnol. As mensagens hackeadas e agora compartilhadas pelo próprio STJ mostram que a existência do bilhete apreendido com Flávio Lúcio causou euforia entre os procuradores, que celebraram o triunfo em conversas por meio do aplicativo Telegram (...)”

Também o site “O Antagonista” asseverou que:

“O Presidente do STJ, Humberto Martins, acaba de instaurar de ofício inquérito para apurar ‘suposta tentativa de intimidação e investigação’ de Ministros da Corte por integrantes da Força-Tarefa da Lava Jato. O inquérito também vai apurar “violação da independência jurisdicional dos magistrados””

O outro fato que teria motivado a instauração do inquérito teria sido a notícia equivocada, veiculada pela CNN, de que o procurador Diogo Castor teria insinuado que somente o Ministro Felix Fischer seria honesto no STJ, algo que foi por ele, formal e plenamente desmentido, até mesmo com base nas supostas mensagens de *Telegram* que teriam embasado o comentário, como já referido.

Logo se vê que, em um e outro caso, a fonte das supostas evidências incriminatórias seriam os supostos diálogos de *Telegram* hackeados, cujo sigilo foi levantado na Reclamação 43.007.

De acordo com o art. 5º, X e XII, da Lei Fundamental, a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, assim como o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações são valores invioláveis, erigidos, inclusive, à condição de cláusulas pétreas, intangíveis até mesmo para o constituinte derivado.

É certo que, por não haver direitos absolutos no Estado Democrático de Direito, a própria Carta de 1988 cuidou de permitir, para efeito exclusivo de impedir a conversão das garantias constitucionais citadas em biombo protetor da criminalidade, o afastamento do sigilo das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas **por meio de ordem judicial devidamente fundamentada**, para fins exclusivos processuais penais.

No caso, porém, os celulares dos pacientes foram invadidos de forma clandestina, sem qualquer controle prévio judicial, e as informações deles constantes foram simplesmente subtraídas sem a sua anuência, hackeadas, e submetidas, como tudo indica, a processo de adulteração parcial.

Assim, essa alegada “prova” em que se baseia a autoridade coatora, derivada da violação de direitos fundamentais tutelados pela ordem constitucional brasileira, **é ilícita e imprestável seja para sustentar a instauração de inquérito, seja para endossar a**

propositura de ação penal futura contra os pacientes, consoante se extrai do art. 5º, LVI, da CRFB, e do art. 157 do CPP.

A ilicitude da prova em questão, derivada de ação de cibercriminosos, já foi reconhecida, em diversas oportunidades, **pelo próprio CNMP**, nas **RDs 1.00555/2019-23, 1.00509/2019-15, 1.00422/2019-93, 1.00490/2019-06 e 1.00560-2019-08.**

Confiram-se, por todas, as ementas da RD 1.00555/2019-23, **que assenta a ilicitude das mensagens dos aplicativos hackeadas**, e da RD 1.00509/2019-15, que, além da ilicitude, **declara a falta de autenticidade das informações obtidas de forma clandestina e contrária à Constituição:**

RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. IMPERATIVO REGIMENTAL PARA INSTAURAÇÃO DE RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR E COLETA MÍNIMA DE ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO. DIVULGAÇÃO NA IMPRENSA DE SUPOSTOS DIÁLOGOS ENTRE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE CURSOS. OBTENÇÃO MANIFESTAMENTE ILÍCITA E CRIMINOSA DOS SUPOSTOS DIÁLOGOS PREVIAMENTE ASSENTADA PELA CORREGEDORIA NACIONAL EM OUTRAS RECLAMAÇÕES DISCIPLINARES. AUTENTICIDADE DOS DIÁLOGOS NÃO RECONHECIDA E INDICAÇÃO DA SUA ADULTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DOS SUPOSTOS DIÁLOGOS COMO ELEMENTO PROBATÓRIO. NULIDADE DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO (TEORIA DOS “FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA”). INEXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS APTOS PARA CONFIGURAR ILÍCITO DISCIPLINAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE JUSTA CAUSA, ENQUANTO LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO, A JUSTIFICAR A DEFLAGRAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE. DIÁLOGOS QUE, MESMO QUE EXISTISSEM E HOUVESSEM SIDO CAPTADOS DE FORMA LÍCITA, NÃO CARACTERIZAM INFRAÇÃO DISCIPLINAR. POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADES ACADÊMICAS DE COORDENAÇÃO PEDAGÓGICA RECONHECIDA PELA JURISPRUDÊNCIA DO CNMP

(xxx)

DIVULGAÇÃO NA IMPRENSA DE SUPOSTOS DIÁLOGOS ENTRE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE CURSOS. OBTENÇÃO MANIFESTAMENTE ILÍCITA E CRIMINOSA DOS SUPOSTOS DIÁLOGOS PREVIAMENTE ASSENTADA PELA CORREGEDORIA NACIONAL EM OUTRAS RECLAMAÇÕES DISCIPLINARES. AUTENTICIDADE DOS DIÁLOGOS NÃO RECONHECIDA E INDICAÇÃO DA SUA ADULTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DOS SUPOSTOS DIÁLOGOS COMO ELEMENTO PROBATÓRIO. NULIDADE DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO (TEORIA DOS “FRUTOS DA ÁRVORE

ENVENENADA”). INEXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS APTOS PARA CONFIGURAR ILÍCITO DISCIPLINAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE JUSTA CAUSA, ENQUANTO LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO, A JUSTIFICAR A DEFLAGRAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE. DIÁLOGOS QUE, MESMO QUE EXISTISSEM E HOUVESSEM SIDO CAPTADOS DE FORMA LÍCITA, NÃO CARACTERIZAM INFRAÇÃO DISCIPLINAR. POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADES ACADÊMICAS DE COORDENAÇÃO PEDAGÓGICA RECONHECIDA PELA JURISPRUDÊNCIA DO CNMP.

1. O Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público torna cogente a instauração da Reclamação Disciplinar uma vez preenchidos os requisitos formais da representação inicial. Diferentemente da Notícia de Fato, por exemplo, não se admite o indeferimento da instauração da Reclamação Disciplinar, devidamente formalizada. 2. Reclamação Disciplinar que imputa violação de dever funcional a Membros do Ministério Público da União amparada, exclusivamente, em matéria jornalística que, por sua vez, se baseia em informações de sítio eletrônico da internet anunciando que obteve, de fonte dita anônima, mensagens trocadas por aplicativo de mensagens entre os Reclamados e outros Membros do Ministério Público da União. **Ausência de certeza quanto à existência dos diálogos apresentados e quanto à não adulteração das mensagens.** Tal contexto torna essa “prova” (rectius: elemento de informação) estéril para os fins de apuração disciplinar. 3. Considerando a inexistência de autorização judicial para a interceptação (telefônica ou telemática) das referidas mensagens, sua obtenção afigura-se ilícita e criminosa, o que a torna inútil para a deflagração de investigação preliminar. Reconhecimento, no caso, da imprestabilidade da prova ilícita por derivação (Teoria dos “frutos da árvore envenenada”). 4. Unicamente em homenagem ao princípio da eventualidade, ausentes elementos de comprovação de conflito de interesses, a realização de palestras remuneradas não se configura em ilícito disciplinar, conforme assentado pelo CNMP no julgamento do Recurso Interno na Reclamação Disciplinar nº 1.00553/2017-36. 5. Arquivamento imperioso da presente reclamação disciplinar, na forma do art. 77, inciso I, do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público.

O Estado Democrático de Direito há de assegurar, por elementar dever de fidelidade à pauta valorativa de proteção aos cidadãos contida na Constituição, **uma posição de primazia ética; não pode, assim, se equiparar aos criminosos e ceder à máxima utilitarista de que os fins justificariam os meios, para utilizar diálogos criminosamente obtidos a fim de sustentar imputações penais.**

Acaso admitisse, casuisticamente, provas contrárias aos direitos assegurados pela Carta, em postura contraditória inaceitável com a sua própria jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, ademais, incentivaria as autoridades encarregadas a desprezar a dignidade dos indivíduos e acabaria, por via transversa, por legitimar toda sorte de agressão a valores democráticos, em um largo espectro que vai do malferimento à intimidade dos indivíduos e da

intangibilidade de seu domicílio até a agressão, pura e simples, a sua integridade física e psicológica pelas instituições encarregadas da repressão penal.

No caso vertente, resta evidente – e já foi reconhecido por outras instâncias sancionadoras, como o próprio CNMP – **que todos os elementos que sustentam a instauração do inquérito derivam das espúrias informações obtidas pelo grupo do hacker Walter Delgatti Neto, que empregou método criminoso para ter acesso a aplicativo de mensagens dos procuradores que provavelmente adulteraram, como os recentes episódios já noticiados na presente peça revelam.**

Daí que, pela teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), largamente empregada pelo STF para interpretar o âmbito de proteção do art. 5º, LVI, da CRFB, sob inspiração da jurisprudência da Suprema Corte a propósito das 4ª e 5ª Emendas à Constituição Americana, **tanto os diálogos hackeados, como as informações prestadas pelo hacker são insuscetíveis de aproveitamento probatório em quaisquer processos sancionatórios (do prisma da imputação), penais ou administrativos.**

A jurisprudência do STF sobre o tema é, como se sabe, copiosa:

17. O reconhecimento, portanto, da imprestabilidade do resultado da busca realizada no apartamento funcional da Senadora da República para fins probatórios, como também de eventuais elementos probatórios diretamente derivados (*fruits of the poisonous tree*), é medida que se impõe. 18. Nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, “**são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos**”. 19. **Por sua vez, o art. 157 do Código de Processo Penal, ordena o desentranhamento dos autos e a inutilização das provas ilícitas**, “assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, a fim de não interferir, subjetivamente, no convencimento do juiz. 20. Reclamação julgada procedente, para o fim de invalidar a ordem de busca no domicílio funcional do titular de prerrogativa de foro e, por consequência óbvia, reconhecer a ilicitude das provas ali obtidas, bem como de eventuais elementos probatórios outros delas derivados. 21. Determinado o desentranhamento dos respectivos autos de apreensão e dos relatórios de análise de material apreendido, com sua consequente inutilização, bem como a inutilização de cópias e espelhamentos de documentos, computadores e demais dispositivos eletrônicos, e a restituição de todos os bens apreendidos no citado local, caso já não tenha ocorrido. 22. Determinada, ainda, a inutilização de todas as provas derivadas daquelas obtidas na busca, que deverão ser desentranhadas dos autos e, se for o caso, restituídas a quem de direito. (Rcl 24473, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 26/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 05-09-2018 PUBLIC 06-09-2018)

HC 169825/DF - DISTRITO FEDERAL

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 04/10/2019

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 07/10/2019 PUBLIC 08/10/2019

(..)

Decisão

DECISÃO: Trata-se de “habeas corpus” impetrado contra decisão que, emanada do E. Superior Tribunal Militar, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado:

“HABEAS CORPUS’. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL MILITAR. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS **PROVAS** DECLARADAS **ILÍCITAS** NO PROCESSO EM CURSO NA JUSTIÇA FEDERAL. OPERAÇÃO SAÚVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONDUCTAS TIPIFICADAS NO CÓDIGO PENAL MILITAR. DILAÇÃO PROBATÓRIA INADMISSÍVEL. DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. ART. 106 DO CPPM. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. UNANIMIDADE.

O trancamento da ação penal é medida excepcional, somente juridicamente possível na via estreita do ‘habeas corpus’ quando se verificar, de forma clara e incontroversa, **a ausência de justa causa hábil à sua instauração, consubstanciada, ‘prima facie’, na constatação da atipicidade da conduta, da incidência de causa excludente de culpabilidade, da ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.**

O Ministério Público Federal, em pronunciamento da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, manifestou-se contrariamente à pretensão deduzida pela parte impetrante em parecer assim ementado:

(...)

Ninguém desconhece o decisivo papel que desempenha, no âmbito do processo penal condenatório, a garantia constitucional do devido processo legal, cuja fiel observância condiciona a legitimidade jurídica dos atos, resoluções e decisões do Poder Judiciário, notadamente em matérias que envolvam a atividade probatória do Estado (“nulla accusatio sine probatione”).

A transgressão, pelo Poder Público, das restrições e das garantias constitucionalmente estabelecidas em favor de investigados (e de acusados) culmina por gerar a ilicitude da prova eventualmente obtida no curso das diligências estatais, que provoca, como direta consequência desse gesto de infidelidade às limitações impostas pela Lei Fundamental, a própria inadmissibilidade processual dos elementos probatórios assim coligidos.

Impõe-se lembrar, bem por isso, até mesmo como fator de expressiva conquista (e preservação) dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República tornou inadmissíveis, no processo, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

A norma inscrita no art. 5º, inciso LVI, da vigente Lei Fundamental consagrou,

entre nós, o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre (MAURO CAPPELLETTI, “Efficacia di Prove Illegittimamente Ammesse e Comportamento Della Parte”, “in” Rivista di Diritto Civile, p. 112, 1961; VICENZO VIGORITI, “Prove illecite e Costituzione”, “in” Rivista di Diritto Processuale, p. 64 e 70, 1968) – pelos juízes e Tribunais, “por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade (...)” (ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Novas Tendências do Direito Processual”, p. 62, 1990, Forense Universitária).

A cláusula constitucional do “due process of law” – que se destina a proteger a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – **tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas**, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado.

A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica **dos acusados em juízo (notadamente em juízo penal) e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário.**

Tenho sempre acentuado que a prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. A **prova ilícita**, qualificando-se como providência instrutória repelida pelo ordenamento constitucional, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.

É por isso que venho enfatizando, neste Tribunal, que a “**exclusionary rule**” – **considerada essencial, pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado – destina-se a proteger os réus, em sede processual penal, contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (Weeks v. United States, 232 U.S. 383, 1914 – Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493, 1967 – Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 1961 – Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471, 1962, v.g.), impondo, em atenção ao princípio do “due process of law”, o banimento processual de quaisquer evidências que tenham sido ilicitamente coligidas pelo Poder Público.**

No contexto do sistema constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o sentido e o alcance do art. 5º, LVI, da Carta Política, tem repudiado quaisquer elementos de informação, desautorizando-lhes o valor probante, sempre que a obtenção dos dados probatórios resultar de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo (RTJ 163/682 – RTJ 163/709).

(...)

“ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

– **A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos**, sob pena de ofensa à garantia constitucional do ‘due process of law’, que tem, no dogma da inadmissibilidade das **provas ilícitas**, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A **‘Exclusionary Rule’ consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal.**

– A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer **prova** cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do ‘male captum, bene retentum’. Doutrina. Precedentes.

(...)

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (‘FRUITS OF THE POISONOUS TREE’): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

– **Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação.** Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de **prova** comprometida pela mácula da ilicitude originária.

– A exclusão da **prova** originariamente **ilícita** – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do ‘due process of law’ e a tornar mais intensa, pelo banimento da **prova** ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

– A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

– **Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita**, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

(...)

Assim é, no Brasil e no direito comparado.

Ao julgar o caso **Wong Sun v. United States, 371 US 471 (1963)**, a Suprema Corte considerou ilegais e inadmissíveis as provas orais e as drogas recuperadas **porque foram frutos de uma entrada indevida e de uma prisão ilegal realizada pela polícia.**

A divisão de combate a narcóticos prendeu um traficante (Toy) **sem um mandado** e sem atender ao requisito jurisprudencial da *probable cause*. Na sequência, fez um acordo com o traficante para chegar ao fornecedor, Wong Sun, que foi preso e confessou. **A prova usada para condenação, portanto, foi excluída com base na teoria dos *fruits of the poisonous tree*.**

Observa-se que o Ministro Celso de Mello cita o precedente referido no julgado transcrito, de modo que, **estabelecida uma relação de causalidade entre a prova original (ilícita) e a derivada**, esta não há de ser considerada válida, exatamente como ocorre na interpretação da *exclusionary rule* pela Suprema Corte Norte-Americana.

Na motivação para a instauração do inquérito pela Presidência do STJ, não há sequer ilação no sentido de que tenha havido a quebra do nexos causal entre a prova ilícita originária – diálogos hackeados – e os elementos indiciários que autorizaram a persecução penal na fase pré-processual. **Daí não se aplicar ao caso a exceção da fonte independente**, que foi desenhada, também pela Suprema Corte Americana, no caso **Murray v. United States, 487 US 533 (1988)** e hoje encontra ressonância, ainda que modesta, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Já se pode antever, portanto, que a investigação **baseada nesses fragmentos de diálogos hackeados é natimorta, e que todos os elementos derivados colhidos, porque decorrentes de uma ostensiva violação às garantias constitucionais do art. 5º, X e XII, da CRFB, serão nulos pelo princípio da causalidade.**

Daí resulta que o inquérito instaurado pela Presidência do STJ deve ser imediatamente paralisado e, no mérito do presente *habeas corpus*, trancado por ordem da Suprema Corte Brasileira.

Não é demais lembrar que um dos efeitos inibitórios principais da garantia

constitucional da imprestabilidade das provas ilícitas **está justamente em coibir a tortura e coerções diretas sobre o investigado; o caminho da coação deve estar ainda interdito para que não surja o subterfúgio baixo das ameaças a familiares dos investigados.**

Sob tortura ou sob coação moral irresistível, ou sob a ameaça dirigida à intimidade ou à reputação do indivíduo, toda carne e toda dignidade se traem, de modo que não pode haver qualquer relativização permissiva da utilização da prova ilícita contra os potenciais investigados.

No máximo, observadas as balizas do princípio da proporcionalidade e a máxima da exigibilidade, ou cenário a denotar autêntico estado de necessidade probatório, **a prova ilícita poderá ser invocada para favorecer o réu, mas jamais para autorizar investigações criminais, injustas acusações ou condenações espúrias.**

Ao fim do presente tópico, logo se nota que o *habeas corpus* já poderia ser concedido pelo fundamento de falta de justa causa para dar supedâneo à instauração do inquérito, vez que, **subtraído o conjunto probatório ilícito (primário ou derivado), não há qualquer evidência remanescente capaz de sustentar a formação, ao final da investigação, de uma *opinio delicti* contra os pacientes. Os elementos espúrios devem, ainda, ser desentranhados do caderno do inquérito e inutilizados, como manda a lei processual penal.**

Não bastasse isso, observa-se que as condutas descritas na portaria de instauração do inquérito **nem mesmo sugerem uma tipificação penal**, de modo que não há fatos relevantes, do prisma criminal, sequer indicados como norte para a atividade investigatória que se seguirá. Daí já se notar, de antemão, que a *persecutio criminis* **será inútil, vez que não há o menor indício de materialidade delitiva.**

A jurisprudência do STF é pródiga em asseverar que, em situações tais, não há justa causa, **e o inquérito** ou a ação penal com base neste intentada podem ser trancados de plano, como se verifica dos arestos abaixo transcritos:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. ATIPICIDADE. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL OU DE EVENTUAL AÇÃO PENAL. FATOS DELITUOSOS, EM TESE. IMPROCEDÊNCIA. **É da jurisprudência desta Corte que o inquérito policial ou a**

ação penal somente são passíveis de trancamento quando evidenciadas a atipicidade da conduta, a ausência de autoria ou a extinção da punibilidade. Na espécie, os fatos imputados às recorrentes configuram crimes, em tese. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (RHC 86534, Relator(a): EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 25/10/2005, DJ 25-11-2005 PP-00013 EMENT VOL-02215-02 PP-00444)

(xxx)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. EXAME DE FATOS. HC DENEGADO. 1. A questão de direito argüida neste habeas corpus corresponde à possível nulidade do inquérito policial por suposta ausência de qualquer elemento que aponte o envolvimento do paciente com possíveis crimes. 2. A pretensão de avaliação do conjunto probatório produzido no curso do inquérito policial se revela inadmissível na via estreita do habeas corpus. 3. **Somente é possível o trancamento de inquérito quando for evidente o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, não havendo qualquer dúvida acerca da atipicidade material ou formal da conduta**, ou a respeito da ausência de justa causa para deflagração da ação penal. 4. A sociedade empresária, titularizada pelo paciente, atua no mesmo ramo das demais sociedades sob investigação, a saber, a prestação de serviços de publicidade virtual. 5. O inquérito policial representa procedimento investigatório, levado a efeito pelo Estado-administrador, no exercício de atribuições referentes à polícia judiciária e, assim, somente deve ser trancado quando for manifesta a ilegalidade ou patente o abuso de autoridade, o que não é a hipótese relacionada ao paciente. 6. Habeas corpus denegado.

(HC 94835, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 07/10/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-04 PP-00670)

(xxx)

Ementa: HABEAS CORPUS. DENÚNCIA OFERECIDA E RECEBIDA ANTES DE ENCERRADAS INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO JUDICIAL INSTAURADO PARA APURAR OS MESMOS FATOS OBJETO DA DENÚNCIA. POSTERIOR ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POR ATIPICIDADE DE CONDUTA DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA SUPERVENIENTE. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. **I - Falta de justa causa à ação penal** iniciada antes de encerradas as investigações em sede de inquérito instaurado para apurar os mesmos fatos e arquivado por decisão judicial, **ante a constatação de atipicidade da conduta do paciente**. II - O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos de manifesta atipicidade de conduta, presença de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas. III - Na situação sob exame, verifica-se a atipicidade da conduta do paciente, constatada no Inquérito 333, que tramitou o Superior Tribunal de Justiça. IV - Ordem concedida para trancar a ação penal.

(HC 108748, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 10/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 26-05-2014 PUBLIC 27-05-2014)

Há, porém, outros argumentos concorrentes a militar no sentido da concessão da ordem ora vindicada.

(IV) DA INCOMPETÊNCIA DO STJ PARA INVESTIGAR PROCURADOR DA REPÚBLICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DO REGIMENTO INTERNO DO STJ

A Portaria STJ/GP n.º 58, de 19/02/2021, indica como fundamento de instauração de inquérito 1460-DF os artigos 21, II, e 58, *caput* e §1º, do RISTJ.



Superior Tribunal de Justiça

PORTARIA STJ/GP N. 58 DE 19 DE FEVEREIRO DE 2021

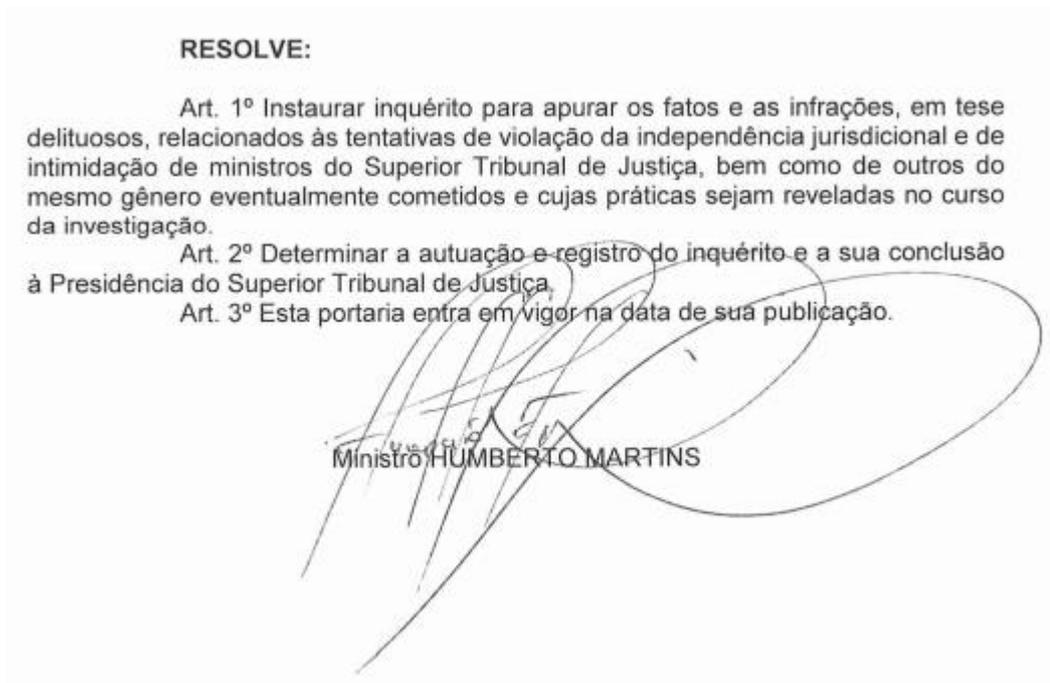
O PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições conferidas pelos artigos 21, II, e 58, *caput* e § 1º do Regimento Interno,

CONSIDERANDO que o princípio constitucional da independência judicial é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e um dos pré-requisitos para um julgamento justo;

CONSIDERANDO o levantamento do sigilo das mensagens trocadas entre membros da magistratura e do ministério público nos autos da Reclamação n. 43.007/DF, que tramita no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (arquivos da Operação Spoofing);

CONSIDERANDO que os meios de comunicação noticiaram a suposta existência – no teor das mensagens trocadas – de tentativas de investigar e intimidar ministros do STJ por meio de procedimentos apuratórios ilegais e sem autorização do Supremo Tribunal Federal;

CONSIDERANDO a necessidade de apuração de tais fatos e que a Portaria GP/STF n. 69, de 14 de março de 2019, e o art. 43 do RISTF (que possui redação idêntica ao art. 58 do RISTJ) foram declarados constitucionais pelo STF ao julgar a ADPF n. 572/DF, de relatoria do Ministro Edson Fachin,



Sucedem que a investigação em testilha não se subsume aos requisitos impostos pelos preceitos regimentais referidos.

O art. 58 do RISTJ tem a seguinte redação:

Art. 58. Ocorrendo infração à lei penal **na sede ou dependências do Tribunal**, o Presidente instaurará inquérito, se envolver **autoridade ou pessoa sujeita** à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º. Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º **O Ministro incumbido do inquérito** designará secretário dentre os servidores do Tribunal.

Para a incidência do regramento, como se nota, a conduta delituosa deve ocorrer **na sede ou dependências do Tribunal; cumulativamente, a autoridade a ser investigada deverá estar sujeita à jurisdição do STJ.**

Se assim comanda o regimento, logo se vê que, mesmo a uma análise literal dos preceitos, sem maior profundidade, procuradores da República que atuam em primeiro grau não poderiam ser investigados por mensagens por eles trocadas no aplicativo *Telegram* por essa forma excepcional de inquérito.

Primeiramente, porque as alegadas condutas, mesmo que se reputassem autênticas as mensagens e válida a prova, o que se admite apenas para argumentar, **não teriam ocorrido nas dependências do STJ.**

Em segundo lugar, porquanto os pacientes do presente *habeas corpus* coletivo não estão sujeitos à jurisdição do STJ.

Como exsurge da própria redação literal da Lei Fundamental, o art. 108, I, “a”, estabelece que o foro por prerrogativa de função de procuradores da República (e dos membros do MPU em geral) **é o Tribunal Regional Federal.**

Além disso, o STF já assentou o entendimento de que o foro especial, **por ser derogatório do princípio da igualdade** e derivar de norma de competência expressa, há de ser, sempre, **objeto de interpretação estrita**, não sendo admitida a interpretação extensiva que foi abraçada pela Presidência do STJ.

Além disso, há consenso jurisprudencial e doutrinário no sentido de que a competência originária do STJ e do STF, por ter sido instituída pelo texto originário da Lei Fundamental, vigora sob reserva de constituição. Isso significa que nenhuma fonte infraconstitucional pode alterá-la, como pretendem as disposições regimentais transcritas e citadas como fundamento para a instauração do inquérito.

Somente emenda à Carta de 1988 poderia alargar o conteúdo do art. 105 para abarcar a hipótese ora em tela, **o que demonstra a nítida e facial inconstitucionalidade do art. 58, caput e §1º, do RISTJ.**

A questão sobre a impossibilidade de **expansão criativa** doutrinária do foro por prerrogativa de função já foi objeto de apreciação na AP nº 937/RJ-QO, bem como no julgamento do Inquérito nº 687 e da ADI nº 2.587.

As ementas dos julgamentos são bastante expressivas e merecem ser reproduzidas:

Direito Constitucional e Processual Penal. Questão de Ordem em Ação Penal. Limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Estabelecimento de marco temporal de fixação de competência. I. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa. (...) Ademais, em inúmeros casos, **o STF realizou**

interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes. (AP 937 QO, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 10-12-2018 PUBLIC 11-12-2018)

(xxx)

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PROCESSO CRIMINAL CONTRA EX-DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA DE JUÍZO DE 1º GRAU. NÃO MAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CANCELAMENTO DA SÚMULA 394. (...). 2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expensas, pois, no art. 102, I, "b", estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar "os membros do Congresso Nacional", nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, "b" e "c"). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. (...) Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é encontrada no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. **Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns,** como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos. 3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1º grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-Deputado Federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário. (Inq 687 QO, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/1999, DJ 09-11-2001 PP-00044 EMENT VOL-02051-02 PP-00217 RTJ VOL-00179-03 PP-00912)

(xxx)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA "E" DO INCISO VIII DO ARTIGO 46 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE GOIÁS, NA REDAÇÃO QUE LHE FOI DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29, DE 31 DE OUTUBRO DE 2001. Ação julgada parcialmente procedente para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão "e os Delegados de Polícia", contida no dispositivo normativo impugnado. (ADI 2587, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2004, DJ 06-11-2006 PP-00029 EMENT VOL-02254-01 PP-00085 RTJ VOL-00200-02 PP-00671)

Não bastasse tudo isso, o RISTJ prevê que, embora o Presidente da Corte **possa inaugurar o inquérito por si mesmo**, deve haver a distribuição do inquérito a um dos Ministros, **aleatoriamente, para impedir a criação de um juízo ad hoc.**

A instauração, como é óbvio, não se confunde com a designação da relatoria; porém, a autoridade coatora resolveu **nomear a si mesma** a qualidade de relatora da

investigação, de modo que nem mesmo a regra regimental está sendo seguida.

O caso, ainda, **desafia regra de suspeição**, pois é fato notório que uma das fases da Lava Jato **aviou, perante a 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, denúncia contra o próprio filho do ilustre magistrado (vide inicial do feito n.º 0004110-09.2019.4.02.5101, anexa a esta petição). Apesar desse liame emocional com a causa, o douto Presidente**, por ato próprio, designou a si mesmo relator.

Rogadas as mais respeitosas vênias à inegável autoridade moral do Presidente do STJ, **diante do vínculo próximo de parentesco estabelecido com um dos réus**, Sua Excelência não detém a necessária isenção – do ponto de vista objetivo, o que não coloca em dúvida a inegável integridade do magistrado – para presidir inquérito que investigará os acusadores de seu próprio filho. **Trata-se de uma medida imprópria que não se coaduna com a ideia de devido processo legal.**

Postas essas premissas, já se vê que, pelo próprio critério da subsunção da *Fattispecie*, não incide a regra de competência citada pela Presidência do STJ.

A autoridade coatora, por sinal, tenta, **a fórceps**, tomar de empréstimo a decisão proferida no julgamento da ADPF 572 para legitimar a instauração do Inquérito 1460-DF no STJ, mas o caso, apesar da redação assemelhada nos regimentos do STJ e do STF, é completamente diferente daquele examinado pela Corte Constitucional no Inquérito 4781.

Como é de conhecimento público e notório, no dia 18.06.2020, o Plenário do STF concluiu, de fato, o julgamento da referida ADPF, tendo, por maioria de votos (10 votos a 1), declarado a constitucionalidade (condicionada) do conhecido “Inquérito das Fake News”, nos termos do voto do Exmo. Ministro Relator Edson Fachin.

Contudo, restaram estipuladas algumas condicionantes para a utilização da prova na parte dispositiva do voto do relator, **em interpretação conforme à Constituição feita pelo plenário do STF:**

Ante o exposto, nos limites desse processo, diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apregoada desobediência a decisões judiciais, julgo improcedente o pedido nos termos expressos em que foi formulado ao final da petição inicial, para declarar a constitucionalidade da Portaria GP n.º 69/2019 enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, nas específicas e próprias

circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas, **desde que tenha a sua interpretação conforme à Constituição, a fim de que, no limite de uma peça informativa, o procedimento:** (a) seja acompanhado pelo Ministério Público; (b) seja integralmente observada a Súmula Vinculante nº14; (c) **limite o objeto do inquérito a manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a Democracia; e (d) observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição,** excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais.

Daí se notar que, no caso do inquérito instaurado no STJ por portaria presidencial – ato coator, praticado com abuso de autoridade –, **não há qualquer questão relacionada ao abuso de liberdade de expressão.**

Ninguém nem mesmo supõe que os pacientes estivessem a arquitetar um ataque paramilitar contra o Poder Judiciário (ou contra o STJ, em particular) a fim de solapar a ordem constitucional constituída.

No caso do Inquérito 4781, a Suprema Corte se defende de agressões feitas por extremistas que usam as redes sociais para atacar as instituições democráticas e incitam diretamente à violência contra os membros da Corte e seus familiares. Há, no denominado inquérito das *Fake News*, um tom de democracia militante, que se defende dos inimigos do Estado Democrático de Direito. Esse *distinguishing* relevante não está, porém, presente no inquérito instaurado no STJ.

Mesmo que a autenticidade das mensagens de *Telegram* hackeadas fosse confirmada, o que se admite apenas para argumentar, não existe qualquer ilação no sentido de que a Força-Tarefa da Lava Jato em Curitiba **tenha feito movimentos golpistas, organizado ações que beiram o terrorismo ou voltadas a ameaçar a integridade física de membros do STJ ou de seus familiares.**

A analogia feita pelo Eminentíssimo Presidente do STJ é, assim, com todas as vênias, interdita pela interpretação restritiva da competência originária penal e desautorizada pelos fatos subjacentes à imputação.

Além disso, não soa razoável comparar a finalidade do Inquérito 4781 do STF – **uma espécie de autodefesa da ordem democrática contra o desvio de exercício da liberdade de expressão** - com o novel inquérito instaurado pela Presidência do STJ. Nenhuma mensagem sugere a articulação de procuradores da República para a incitação à violência, a prática de discurso de ódio, ou o seu apoio a milícias ou quejandos, **que é a realidade – muito mais grave - que a Suprema Corte pretende combater com a medida excepcional.**

Finalmente, é preciso lembrar que o RISTJ, ao contrário do análogo RISTF, não tem *status* de lei. É uma norma infralegal que não pode, portanto, inovar criando qualquer competência, e muito menos para atribuir ao STJ a atribuição atípica de investigar. Também nesse ponto a instauração do Inquérito 1460-DF pela autoridade cotara se afasta, drasticamente, dos parâmetros fixados na ADPF 572, que toma em conta o especial *status* formal legal do RISTF para legitimar a providência.

O tema não escapou, por sinal, do tirocínio do ilustre representante da PGR designado para acompanhar o Inquérito 1460-DF no STJ, Dr. José Adônis Callou de Araújo Sá. Ao listar as ilegalidades de sua instauração, na Petição n.º 425/2021-JAC, o Subprocurador-Geral da República assim se pronunciou:

“O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça é **uma norma infralegal, não possuindo força normativa para legitimar a instauração e condução de inquérito pelo Poder Judiciário (ADPF 572/DF).**”

Ao oficiar no HC individual n.º 198013/DF, que tramita no STF paralelamente à presente impetração, o ilustre membro do MPF vaticinou, ainda:

“Em que pese eventual concordância ou discordância com o resultado do julgamento da ADPF n. 572, é preciso compreender a sua extensão e respeitá-lo.

No caso em exame, o Inquérito n.º 1460/DF foi instaurado de ofício pelo Ministro Presidente do STJ e está sendo por este conduzido diretamente, na condição de investigador de crimes em tese cometidos por membros do MPF (...)

Uma das condições que, ao ver do STF, garantem a legitimidade do INQ 4781 diz respeito aos *status* normativo assumido pelo dispositivo que lastreou a sua instauração, ou seja, pelo art. 43 do RISTF.

Referido artigo foi editado com base no art. 115, parágrafo único, alínea c, da Constituição de 1967, e, segundo a jurisprudência pacífica do STF, foi recepcionado pela Constituição de 1988 com *status* de lei ordinária, estando hoje no mesmo patamar,

portanto do CPP e demais leis processuais penais vigentes. **Assim, ele cumpre o papel previsto no parágrafo único do art. 4º do CPP, possuindo aptidão para validamente conferir a Ministros do STF atribuição para abrir inquéritos e investigar crimes, excepcionando a regra geral que afasta juízes das atividades de investigação. (...)**

Avançando, também do que se depreende do julgamento da ADPF n.º 572, o uso do art. 43 do RISTF para instaurar investigação nos moldes do INQ 4781 apenas se justifica diante de uma *‘grave crise institucional’*, de *‘situação fática de distúrbio institucional de efeitos imponderáveis, a colocar em risco a própria existência do regime republicano e democrático*, valendo-se aqui das palavras da Ministra Rosa Weber, que não destoam, em essência, daquelas usadas pelos demais Ministros -, justamente porque tal dispositivo regimental representa uma medida excepcional, que retira o STF de sua função típica de julgar e coloca-o na posição (atípica) de investigar, afastando-o, com isso, do arranjo ordinário do sistema acusatório pátrio (...)

A análise do *parquet* está correta, pois, de fato, no julgamento da ADPF 572, o Supremo, ao placitar a legitimidade do suposto paradigma, Inquérito 4781, assim se manifestou sobre o tema:

“Ministra Rosa Weber:

“Fundada, a Portaria impugnada, em norma do RISTF, rememoro, como já fizeram os que me antecederam, a compreensão consolidada na jurisprudência da Casa de que os dispositivos regimentais editados com esteio no poder normativo primário conferido ao Tribunal pela Constituição Federal de 1967 – art. 115, parágrafo único, alínea c, repetido pela Emenda Constitucional no 1 de 1969 (art. 120) e pela EC no 7/1977-, possuem status legal, ainda que formalmente regimentais. O precitado art. 115 da CF/1967, é sabido, prescrevia competir ao Supremo Tribunal Federal, em seu regimento interno, estabelecer "o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso".

(...)

Ainda que eliminado o poder normativo primário do STF pela Constituição de 1988, quando atribuiu à União - art. 22, I -, a competência privativa para legislar sobre direito processual, já em 1994, tendo como pano de fundo a discussão sobre o cabimento de embargos infringentes na Reclamação 377-EI-AgR, de relatoria do Ministro Moreira Alves. placitou o Plenário o entendimento de que “as normas processuais (...) contidas no seu regimento interno foram objeto de recepção pela atual Constituição no que com esta se mostrarem compatíveis (...) **como ato normativo com força de lei**” (DJ 27.10.1994, destaquei).

Na mesma linha, o julgamento do vigésimo sexto Agravo Regimental na Ação Penal no 470, quando **reafirmada** pelo Tribunal Pleno a **recepção, com estatura legal**, dos dispositivos editados sob a égide da ordem constitucional anterior, naquilo em que compatíveis com a CF/88.

E é o que ocorre com o artigo 43 do RISTF, que dá suporte normativo à portaria atacada, enquanto norma regimental editada sob a égide da pretérita ordem constitucional, a conferir-lhe (no que não conflitante com o atual texto constitucional), **estatura legal**, equivalente ao próprio Código de Processo Penal e às leis processuais penais esparsas”.

(...) Nesse contexto, em que a **regra** é a investigação via inquérito policial ordinário, mas admitida pelo sistema a possibilidade de apuração de infrações penais por quem teve a si atribuída por lei igual função - sempre condicionada à preservação do núcleo essencial do sistema acusatório constitucionalmente moldado -, manifesto a compreensão de que o vigente artigo 43 do RISTF, dotado de estatura legal e de higidez constitucional, constitui **norma excepcional** a atribuir a este STF **competência administrativa estrita** para inquéritos em que os investigados **detenham, ou não, foro** por prerrogativa de função, **reservado**, todavia, friso, às investigações de infrações à lei penal, e não a toda e qualquer investigação.”

Ministro Alexandre de Moraes:

“A possibilidade de instauração de inquérito prevista no artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal se situa em nível normativo apropriado, semelhante às previsões do próprio Código de Processo Penal alusivas a inquérito policial. O status normativo das espécies normativas primárias do Código de Processo Penal e do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no tocante a norma processual e à possibilidade de instauração de inquéritos e procedimentos investigativos, é absolutamente idêntico: são previsões com força normativa equiparada a lei ordinária.”

Ministro Gilmar Mendes:

“É importante registrar que os arts. 42 e 43 do RISTF foram recepcionados pela atual Constituição com *status* de lei. Com efeito, o art. 120 da Constituição Federal de 1969 estabelecia ser atribuição do STF definir, por meio do Regimento Interno, as normas sobre o funcionamento dos seus órgãos e o processo para o julgamento dos seus feitos de competência originária e recursal. **Essa prerrogativa foi conferida excepcionalmente à Suprema Corte**, visto que, em relação aos demais Tribunais exigia-se, por exemplo, a edição de lei promulgada pelo Poder Legislativo da União. Portanto, conclui-se que não há qualquer inconstitucionalidade formal entre as normas do Regimento que tratam do poder de polícia da Presidência desta Casa, publicadas em 1980, com o parâmetro constitucional vigente à época deste ato – a Constituição de 1969.”

Ministro Ricardo Lewandowski:

“Rememoro, ainda, que esta Suprema Corte assentou o entendimento segundo o qual o Regimento Interno foi recepcionado pela Constituição vigente, **possuindo força de lei**. Isso quer dizer que suas disposições configuram lei em sentido material, ombreando, em termos de hierarquia normativa, com a legislação processual, sobrepujando-a, inclusive, em certos casos, considerada a sua especialidade.

À luz do que se depreende do julgamento da ADPF n. 572, portanto, a circunstância de o INQ 4781 fundar-se em lei ordinária (art. 43 do RISTF) revela-se essencial para que o STF, em clara exceção à regra geral, possa legitimamente instaurar *sponte própria* e conduzir diretamente investigação criminal, exercendo, dessa forma, uma **função atípica**, posto que fora da sua (típica) função de julgar as causas que lhe são apresentadas. **Outra condição que, no entendimento do STF expressado no julgamento da ADPF 572, garante a legitimidade do INQ 4781 liga-se ao caráter de total excepcionalidade das circunstâncias fáticas que permitem a aplicação do art. 43 do RISTF.**

A instauração do INQ 4781 pelo então Ministro Presidente do STF, no início de 2019, deu-se num cenário em que o país era tomado por episódios recorrentes de incitamento ao fechamento da Suprema Corte, de ameaça de morte, agressão ou de prisão de seus membros e familiares e de desobediência às suas decisões judiciais. E o modo como esses episódios ocorriam – de forma massiva, orquestrada e, suspeitava-se, financiada por grupos organizados – demonstrava estar-se diante de crimes que visavam atingir o próprio STF como instituição, com óbvio comprometimento à independência do Poder Judiciário e ao funcionamento das instituições democráticas do país. Mais do que a vida ou a honra de Ministros do Supremo, o bem jurídico em jogo no INQ 4781 é a própria existência da Corte.

Foi nesse ambiente que, ao instaurar INQ 4781, o STF fez uso do art. 43 do RISTF como um verdadeiro instrumento de legítima defesa de toda a Corte, uma **salvaguarda ou garantia não pessoal, mas institucional**, na concepção usada por PAULO BONAVIDES, para quem "a **garantia institucional** visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade", ou seja, "aquele cerne que não deve ser atingido ou violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria o perecimento do ente protegido¹""

Os parâmetros fixados na ADPF 572, em síntese, simplesmente foram ignorados pela autoridade coatora, de modo que não é possível equiparar a investigação ora hostilizada com o Inquérito 4781 do STF.

Daí inexistir, por um critério de incidência literal **ou mesmo por uma análise teleológica**, competência para que o STJ instaure o ato hostilizado no presente *writ*, o que também enseja a sua suspensão liminar e o seu trancamento, no julgamento definitivo do presente *habeas corpus*.

(V) DA INCOMPETÊNCIA DO STJ PARA INVESTIGAR PROCURADOR DA REPÚBLICA À LUZ DA PRERROGATIVA INSTITUÍDA PELO LC 75/93

Também à luz da LC 75/93, o Presidente do STJ não teria competência para iniciar a investigação contra os pacientes.

Releva notar que o citado estatuto do MPU afirma, como norma de organização, a competência **do próprio Procurador-Geral para fazê-lo**, atribuição essa **que**

¹ Curso de Direito Constitucional. 30a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 554

é delegável a um membro da própria instituição.

Confira-se:

Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:

Parágrafo único. **Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por membro do Ministério Público da União, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao Procurador-Geral da República, que designará membro do Ministério Público para prosseguimento da apuração do fato.**

Ora, se o eminente Presidente do STJ aquilata a possível existência de crime cometido por procurador da República, **não pode, portanto, por si mesmo, investigar.**

Teria que provocar o **Procurador-Geral da República** para que este deliberasse sobre a instauração de inquérito, **designando membro** da própria instituição para conduzi-lo.

Aliás, o tratamento é paritário com o concedido aos promotores de justiça nesse ponto, como bem ressalta Emerson Garcia:

“Como se depreende pelo art. 41, parágrafo único, da Lei n.º 8.625/1993, os membros do Ministério Público **não poderão ser indiciados em inquérito policial. Havendo, no curso de uma investigação, indícios da prática de infração penal por membro do Ministério Público, deverá a autoridade competente, civil ou militar, remeter os autos imediatamente ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.** Idêntico procedimento deve ser adotado em se tratando não de investigação de determinado fato, cuja autoria é ignorada ou imputada a terceiros, mas de *notitia criminis* que impute a prática de crimes a tais agentes. (GARCIA, Emerson. **Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico.** 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 510”.

A previsão legal homenageia o sistema de freios e contrapesos **e é um reforço para a autonomia e independência funcionais dos membros.**

Como o Ministério Público e a magistratura estão constitucionalmente pareados, o legislador complementar, **para evitar a tentativa de captura da instituição ministerial por pressões investigatórias externas**, decidiu confiar ao próprio chefe da instituição (PGR ou PGJ, conforme o caso) a instauração do inquérito, que não será conduzido por policial ou por juiz de qualquer hierarquia, mas sim por membro do MP indicado pelo próprio chefe da instituição.

Não basta, portanto, como quer a autoridade coatora, que um membro do MP officie perante o inquérito instaurado no STJ. **A autoridade presidente precisa integrar, organicamente, o próprio *parquet*. A condução do inquérito há de correr por ação ministerial, em síntese.**

Não soa nada legítimo, portanto, que, a pretexto de resguardar-se a independência da magistratura no STJ, **a solução seja manietar ou solapar a autonomia ministerial**, e a capacidade da própria instituição para avaliar eventuais condutas penalmente relevantes de seus membros. Ilegalidades e inconstitucionalidades, *data maxima venia*, **não se submetem a uma questionável lógica de compensação.**

Também desse prisma, logo se percebe a incompetência da Presidência do STJ para instaurar e conduzir, por si mesma, a investigação deflagrada pela portaria objurgada no presente *writ*, diante da disposição específica do art. 18, parágrafo único, da LC 75/93.

(VI) DA NULIDADE CHAPADA DO INQUÉRITO POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO (ART. 129, I, DA CRFB)

Derradeiramente, é inaceitável e inconstitucional que o inquérito seja instaurado e conduzido pelo Poder Judiciário, **justamente o braço do Estado que, futuramente, pode ser chamado a julgar a ação penal que resultar da formação da *opinio delicti*.**

Trata-se de uma palmar violação ao princípio acusatório, que deita raízes na privatividade da promoção da ação penal pelo Ministério Público, ditada pelo art. 129, I, da CRFB, e também no próprio devido processo legal; este, a seu turno, **determina seja aplicada, aos acusados em geral, a lei processual da terra (*law of the land*), sem admitir a criação de juízos de exceção e sem o sacrifício da imparcialidade do juiz natural.**

Tal entendimento está consagrado na remansosa jurisprudência da Suprema Corte, como ilustra o precedente adiante colacionado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MATÉRIA CRIMINAL - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (RESOLUÇÃO N. 213/91) - CONDENAÇÃO PENAL DE PREFEITO MUNICIPAL - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO - PRINCÍPIO DO JUIZ

NATURAL - COMPETÊNCIA DO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL A QUO PARA EXERCER O CONTROLE DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRETENSÃO DE NOVA AUDIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA COMPLEMENTAR PARECER ANTERIORMENTE PRODUZIDO - INADMISSIBILIDADE - AGRAVO IMPROVIDO. PRERROGATIVA DE FORO E PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL - **A questão da prerrogativa de foro - achando-se intimamente associada ao postulado do juiz natural - constitui expressiva garantia de ordem processual outorgada pela Carta da República a quem sofre, em juízo, a persecução penal instaurada pelo Estado. A definição constitucional das hipóteses de prerrogativa de foro *ratione muneris* representa elemento vinculante da atividade de persecução criminal exercida pelo Poder Público.** E que o Estado não pode desconsiderar essa garantia básica que predetermina, em abstrato, os órgãos judiciários investidos de competência funcional para a apreciação de litígios penais que envolvam determinados agentes públicos. O princípio da naturalidade do juízo - que reflete noção vinculada às matrizes político-ideológicas que informam a concepção do Estado Democrático de Direito - constitui elemento determinante que conforma a própria atividade legislativa do Estado e que condiciona o desempenho, pelo Poder Público, das funções de caráter persecutório em juízo. O postulado do juiz natural, por encerrar uma expressiva garantia de ordem constitucional, limita, de modo subordinante, os poderes do Estado - que fica, assim, impossibilitado de instituir juízos *ad hoc* ou de criar tribunais de exceção -, ao mesmo tempo em que assegura, ao acusado, o direito ao processo perante autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, vedados, em consequência, os juízos *ex post facto* (...) (AI 177313 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 23/04/1996, DJ 17-05-1996 PP-16343 EMENT VOL-01828-08 PP-01572)

Como visto, a Constituição brasileira e a LC 75/93 regulam, de forma especial e minudente, com precedência hierárquica sobre mera norma regimental do STJ, **o procedimento, a autoridade e os juízos naturais (tribunais) envolvidos na prossecução originária de membros do *parquet*, e não podem ser simplesmente ignoradas.**

A interpretação elástica dos artigos 21, II, e 58, *caput* e §1º, do RISTJ, encampada pela autoridade coatora, **perpetra visível abuso de poder, ameaça o *status libertatis* dos pacientes e não rende, portanto, a necessária reverência ao art. 129, I, da CRFB**, que concentra a atividade acusatória, no processo penal brasileiro, no Ministério Público.

Os membros dessa instituição permanente do Estado brasileiro, não à toa, são titulares das mesmas prerrogativas constitucionais dos magistrados (de vitaliciedade, irredutibilidade de subsídios e inamovibilidade), até mesmo, de forma paralela, em tema de foro por prerrogativa de função, precisamente para evitar que a formulação da acusação ceda a indevidas pressões externas.

O que se nota, presentemente, é uma enorme pressão institucional de setores que foram processados pela Operação Lava Jato e a construção de uma narrativa, apoiada em prova inidônea, de ilegalidades na condução dos processos penais da 13ª Vara Federal de Curitiba para que os procuradores reunidos na Força-Tarefa sejam processados, administrativa e penalmente, **a fim de tentar desmoralizar as condenações havidas e quiçá livrar os réus condenados com abundância de provas, por várias instâncias do Judiciário nacional, das sanções que lhe foram legitimamente cominadas, em procedimento em contraditório.**

Mais do que nunca, portanto, é necessário preservar a primazia do princípio acusatório, para que a retaliação aos outrora acusadores não seja efetuada de forma ilegal e figadal, como há risco de que ocorra, caso seja preservado o inquérito atacado no presente *habeas corpus*.

Não se trata de tentar blindar os procuradores, pois nenhuma autoridade está acima das leis da República, mas de assegurar que sua eventual responsabilização **criminal siga os ditames do foro previsto constitucionalmente e do procedimento de investigação regulado pela própria LC 75/93.**

As prerrogativas legais dos pacientes não são, como é cediço, privilégios, ou leis privadas *ad hoc*, repudiadas, sempre, pela República, **mas sim penhores do próprio exercício livre e independente da relevante função acusatória.**

Lançadas essas premissas, vale recordar que a segregação nítida entre a função judicante e a acusatória é, nesse sentido, característica essencial do princípio acusatório que norteia a persecução penal no direito brasileiro, e serve justamente para promover a imparcialidade tanto da acusação, como do julgamento de mérito.

Essa é a jurisprudência desta Corte:

Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema acusatório e papel institucional do Ministério Público. (...) **2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes.** (...) (ADI 5104 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado

em 21/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

O Judiciário, **se vier a apurar a prova, indiciariamente, e a levantar, inquisitorialmente, por seus próprios membros, a hipótese acusatória**, decerto regredirá a patamares civilizatórios abandonados com as revoluções iluministas e **não será mais a instituição republicana que estará equidistante das partes no processo penal e em melhor posição para proferir uma decisão de mérito justa e equilibrada.**

Assim, por violar o princípio acusatório e o devido processo legal, confiando a apuração dos fatos, na fase pré-processual, ao Poder **que terá que julgar eventual ação penal promovida contra os pacientes**, a Portaria de inauguração do inquérito é nula e deve ser desconstituída no julgamento de mérito do presente *writ*.

(VII) DO PLEITO LIMINAR

Na espécie, estão presentes os requisitos necessários para a concessão de liminar da ordem de *habeas corpus*.

No tocante ao *fumus boni iuris*, a argumentação desenvolvida no *writ* dá conta da ocorrência do abuso de poder, do constrangimento ilegal e das diversas inconstitucionalidades e ilegalidades abaixo listadas:

a) **não há justa causa para a instauração de inquérito no STJ baseado exclusivamente em provas ilícitas**, derivadas de mensagens telemáticas hackeadas, obtidas clandestinamente, sem autorização judicial, e sem cadeia de custódia a assegurar a sua integridade, em confronto com o art. 5º, LVI, da CRFB, e art. 157 do CPP; **além disso, as condutas descritas na portaria de instauração do inquérito não são típicas, do prisma penal.**

b) **o STJ não detém competência para investigar eventuais infrações penais em tese cometidas por procuradores da República que atuaram em 1º grau de jurisdição**, na Força-Tarefa da Operação Lava Jato, à luz do art. 108, I, “a”, da CRFB, norma especial sobre o seu foro por prerrogativa de função;

c) Os artigos 21, II, e 58, *caput* e §1º, do RISTJ, ao tratarem de delitos cometidos nas dependências do STJ e de autoridades submetidas a sua jurisdição, não incidem na espécie, pois tratam de hipótese **distinta da que é revelada pelas mensagens de *Telegram* hackeadas**, fugindo a interpretação da autoridade coatora, ainda, **dos parâmetros restritivos fixados pelo julgamento da ADPF 572, derivados da interpretação conforme feita pelo Supremo da norma regimental análoga à do STJ; O RISTJ é mera norma infralegal** e não ostenta o *status* de lei que a jurisprudência atribui ao RISTJ. **Daí não poder o regimento da Corte Cidadania atribuir funções atípicas ao tribunal**, ao contrário do que sucede na Suprema Corte.

d) Os artigos 21, II e 58, *caput* e §1º, do RISTJ, mesmo que incidissem na espécie, o que se admite apenas para argumentar, **são incompatíveis com o princípio acusatório** abraçado pelo art. 129 da CRFB;

e) a instauração do inquérito também **não observa o requisito formal objetivo do art. 18, parágrafo único, da LC 75/93**, cujo teor, inspirado na necessidade de assegurar a autonomia do Ministério Público e sua independência funcional, afirma que **somente o Procurador-Geral da República ou membro por este designado pode investigar integrante do MPU**.

Já o *periculum in mora* é o inerente à espécie e deriva do risco posto ao *status libertatis* dos pacientes em razão da instauração de investigação penal. A situação é tão grave que a própria Lei de Abuso de Autoridade (art. 25, parágrafo único) qualifica, em tese, como delito a instauração de peça inquisitorial com base em utilização de provas ilícitas.

Há risco de que a ação penal futura venha a ser proposta com base em provas ilícitas, com violação do princípio acusatório, do devido processo legal, e sem que haja o respeito devido à prerrogativa institucional dos membros do MPF de ser investigados pelo PGR ou por membro do próprio MPF, tudo a contaminar de nulidade absoluta a *persecutio criminis*.

Além disso, considerando o padrão estabelecido na investigação correlata que

tramita perante o STF, em que sucessivos depoimentos e buscas e apreensões foram determinados em ritmo intenso, bem como o risco de determinação, de ofício, das medidas cautelares que bem se entenderem apropriadas, o risco aos direitos constitucionais dos pacientes ligados à persecução penal é pronunciado e iminente.

O tema foi desenvolvido pelo ilustre membro do MPF no parecer ofertado no HC nº 198013/DF:

“Resta, agora, abordar o requisito do perigo da demora.

Conforme cópia ora juntada, o Inquérito nº 1460/DF está em curso e produzindo efeitos.

Basta mencionar, por exemplo, que o Presidente do STJ requisitou ao Juízo da 10ª Vara Federal todos os arquivos digitais apreendidos na Operação *Spoofing*.

Registre-se que toda apuração tem como finalidade a reconstrução histórica da hipótese investigada. Logo, os próximos passos serão a adoção de atos instrutórios.

Em outras palavras, poderão ser decretadas medidas invasivas, como, por exemplo, busca e apreensão.

Mais do que isso, não se pode descartar o afastamento funcional e até prisão dos investigados.

Enquanto não houver ordem da Corte Constitucional suspendendo a tramitação do Inquérito nº 1460/DF, o risco é iminente.

Importante lembra que “*ao Poder Judiciário, na sua precípua função de garantidor de direitos fundamentais, cabe exercer rígido controle de legalidade da persecução penal. Assim como se admite o trancamento de inquérito policial, por falta de justa causa, diante da ausência de elementos indiciários mínimos demonstrativos da autoria e materialidade, há que se admitir – desde o seu nascedouro - seja coarctada a instauração de procedimento investigativo, uma vez inexistentes base empírica idônea para tanto e indicação plausível do fato delituoso a ser apurado*” (Inq 3847 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 07/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015).

O perigo da demora, portanto, encontra-se presente.”

Por fim, o resultado final da investigação penal repressora pode ser, ainda, o aforamento de uma ação que desaguará **em um julgamento inquisitorial**, feito pelo mesmo Poder Judiciário que investigou os fatos, em autêntica quebra do dever de imparcialidade e equidistância das partes.

Dá ser a liminar vindicada repressiva em relação à instauração da *persecutio criminis* na fase pré-processual e preventiva em relação à futura ação penal e às medidas cautelares em tese cabíveis contra os pacientes.

(VIII) DO PEDIDO

Por todo o exposto, a ANPR postula:

- a) **liminarmente**, seja concedida a ordem de *habeas corpus* e ordenada pelo(a) eminente Ministro(a) Relator(a), *inaudita altera parte*, até o julgamento final do presente *habeas corpus*, **a suspensão da tramitação do Inquérito 1460-DF**, inaugurado pela Portaria STJ/GP n.º 58, de 19/02/2021, **concedendo-se, ainda, salvo conduto** para que todos os associados da ANPR que estejam na iminência de sofrer constrangimento ilegal pela tramitação da investigação impugnada, em especial os que tenham desempenhado funções na Força-Tarefa da Operação Lava Jato, **sejam dispensados de depor**, caso venham a ser intimados para tanto pelo Relator no STJ, e **resguardados de quaisquer medidas cautelares** relacionadas ao citado inquérito;
- b) **ainda em caráter liminar**, cumulativamente, seja ordenado à Presidência do STJ que remeta ao STF, com base na Súmula Vinculante n.º 14, cópia integral do Inquérito 1460-DF, instaurado pela Portaria STJ/GP n.º 58, de 19/02/2021, porque, vindicado o acesso a todos os documentos que integram o caderno inquisitorial pela defesa técnica da impetrante perante a autoridade coatora, ainda não lhe foi concedida vista;
- c) Seja ouvido o *parquet*, para que oferte parecer sobre a impetração do presente *writ*;
- d) **No mérito**, postula **seja concedida, definitivamente, a ordem de *habeas corpus*, anulada a Portaria STJ/GP n.º 58, de 19/02/2021, e trancado o Inquérito 1460-DF por esta inaugurado**, bem como **ordenado o desentranhamento e a inutilização de todos os elementos indiciários que o instruem, impedindo-se**, ainda, que a autoridade coatora **instaure novo inquérito** com o mesmo objeto e baseado em provas ilícitas contra os pacientes;
- e) Caso assim não se entenda, no mérito, roga que, quando menos, seja concedida a ordem de *habeas corpus* em caráter parcial, para que seja anulada

a instauração do inquérito pela Presidência do STJ e assegurado aos pacientes que eventual investigação criminal seja conduzida por membro do Procurador-Geral da República, e instaurada por ordem deste, em consonância com o preceituado pelo art. 18, parágrafo primeiro, da LC 75/93.

Postula a impetrante, finalmente, que o primeiro advogado abaixo signatário seja intimado para a realização de sustentação oral nas sessões em que o feito for pautado o HC, bem como requer que as publicações sejam realizadas, exclusivamente, em seu nome para efeito de acompanhamento processual.

Atribui à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), apenas para efeito de recolhimento de custas.

Brasília, 11 de março de 2021.

Alexandre Vitorino Silva
OAB/DF 15.774

Bruna Cabral Vilela Bonomi
OAB/DF 43.447

Dayane Rabelo Queiroz
OAB/DF 59.118