

Avelar e Seleme: Paradigmática decisão do ministro Celso de Mello

24/09/2020

Ao longo da semana foi publicada decisão do Ministro Celso de Mello, proferida incidentalmente no Inquérito 4831 — que investiga as declarações do ex-ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, sobre alegada tentativa de intervenção do presidente Jair Bolsonaro na Polícia Federal —, em que rejeita a possibilidade de ser concedida ao presidente da República, na condição de investigado, a prerrogativa de prestar depoimento por escrito, bem como reconhece o direito do ex-ministro da Justiça, na condição de coinvestigado, de formular perguntas ao presidente na primeira fase da persecução penal.



A decisão se deu por ter o procurador-Geral da

República, Augusto Aras, em resposta a expediente encaminhado pela Chefe do Serviço de Inquéritos da Diretoria de Combate ao Crime Organizado da Polícia Federal (Sinq/Dicor), Christiane Correa Machado, requerido a intimação do presidente da República para exercer o direito constitucional ao silêncio; encaminhar por escrito respostas a questões formuladas pelas partes e/ou pelo ministro relator; ou indicar data e local para oitiva por autoridade policial.

Assim, o ministro Celso de Mello entendeu ser necessário tecer considerações sobre o modo de realização do interrogatório do presidente da República, considerando que a questão a ser apreciada se referiria à seguinte indagação: *"o presidente da República, quando figurar como investigado, dispõe, ou não, da mesma faculdade que o ordenamento processual lhe confere (CPP, artigo 221, "caput" e § 1º) quando ostentar a qualidade de testemunha? Ou seja, pode o Chefe de Estado, sob investigação criminal, optar por responder por escrito ao seu interrogatório?"*.

Embora tenha reconhecido a existência de prerrogativas próprias e específicas, de ordem jurídico constitucional, titularizadas pelo presidente da República, bem como de prerrogativas genéricas, extensíveis a qualquer cidadão que figure como investigado ou réu, o ministro adiantou que, em seu entendimento, a resposta a tal questionamento seria negativa.

Para tal, ressaltou que o interrogatório se rege pelo princípio da oralidade; que a prerrogativa lhe é reconhecida unicamente quando ostentar a figura de testemunha ou de vítima, conforme localização topográfica no Capítulo VI ("*Das Testemunhas*") do Código de Processo Penal; e que, em conformidade com o princípio republicano e seu dogma da igualdade, o presidente da República não dispõe, quando figurar como pessoa sob investigação criminal, de benefícios derogatórios do direito comum, ressalvadas as prerrogativas específicas a ele outorgadas pela própria Constituição, lembrando que ninguém está acima da autoridade da Constituição e das leis, não podendo, assim, supor-se titular de tratamento seletivo não previsto ou autorizado pela Constituição.

O ministro argumenta que o interrogatório é um meio viabilizador do exercício das prerrogativas constitucionais da plenitude de defesa e do contraditório, ou ato de defesa, em sentido firmado na própria jurisprudência do STF [1] e na doutrina pátria. Entende que, portanto, o interrogatório configura uma das principais manifestações do postulado do "*due process of law*", tendo em vista que é este o momento em que o acusado estrutura, plena e adequadamente, sua autodefesa, concretizando o princípio constitucional da ampla defesa.

Neste contexto, afirma que o interrogatório possui formalidades essenciais, cuja omissão acarreta a nulidade do ato, conforme precedentes firmados pelo STF [2] sobre a matéria, em que advertiu, de acordo com a finalidade do artigo 563 do CPP (sobre a nulidade dos atos processuais), que deve-se presumir a ocorrência de prejuízo quando inobservados requisitos substanciais que densificam princípios constitucionais. Destarte, a necessidade de observância dos direitos de presença e de audiência daqueles submetidos à persecução penal, respeitados seus direitos ao silêncio e à não autoincriminação, seriam corolário dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Demais disso, ressalta que o interrogatório é caracterizado por seu caráter público, sua natureza personalíssima e sua índole oral.

Portanto, conclui que a persecução penal não se projeta nem se exterioriza como manifestação de absolutismo estatal, de sorte que, em seu exercício indeclinável, a "*persecutio criminis*" deve ser limitada de acordo com os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. Afirma que a tutela da liberdade, nesse contexto, representa insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, sendo que o processo penal é instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais daquele que é submetido, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal, cuja prática somente se legitima quando circunscrita às restrições fixadas pela Constituição, tal como tem entendido a jurisprudência do STF [3].

O ministro Celso de Mello passa, então, a considerar certas questões que se revelam pertinentes à não aplicabilidade, no caso, do artigo 221 do Código de Processo Penal e de seu § 1º. Defende, então, que a regra inscrita nestes dispositivos legais tem por destinatárias, única e exclusivamente, as autoridades neles referidas, quando ostentarem a condição de testemunhas ou de vítimas de práticas delituosas — de modo que suspeitos, investigados, acusados e/ou réus não dispõem dessa especial prerrogativa de índole processual.

Neste sentido, argumenta que o artigo 221 do CPP constitui regra de direito singular e deve ser interpretado de maneira estrita, não se estendendo ao investigado ou réu, que, independentemente de sua posição funcional, deve comparecer perante a autoridade

competente, em dia, hora e local por esta unilateralmente designados, ressaltando que assim tem reiteradamente decidido, em processos de sua relatoria, há mais de vinte anos [4]. Afirma, ainda, que o entendimento não está embasado apenas na literalidade e topografia do dispositivo, mas, também, nos ensinamentos da doutrina pátria e em orientação do STJ [5].

Entende, portanto, que disso resulta a impossibilidade da aplicação das prerrogativas do artigo 221 do CPP, no caso concreto, ao Presidente da República, tendo em vista que ocupa a condição única de investigado.

Em seguida, o Ministro passa a expor significativa tese de inconstitucionalidade da prerrogativa fundada no artigo 221, § 1º, do CPP, ou seja, da faculdade de prestar depoimento por escrito, instituída exclusivamente em favor dos Chefes dos Poderes da República, tão somente quando figurarem como testemunhas.

Argumenta, citando lições de diversos autores, que o dispositivo tem sido severamente criticado pela doutrina, que reconhece, na prerrogativa, violação direta aos postulados constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do *"due process of law"*, por inviabilizar a plena participação das partes na produção das provas, de modo que chegam a sugerir ser o dispositivo inconstitucional.

Deste modo, entende que essas autoridades, quando arroladas como testemunhas, deverão ser inquiridas, como qualquer outro cidadão, *"pela forma normal"*, ou seja, pessoalmente, em respeito ao princípio da oralidade e do devido processo legal, perante a autoridade competente.

No mesmo tópico, o ministro considera o aspecto do controle de convencionalidade, que compete ao Poder Judiciário e refere-se à aplicação do direito fundamental contido no artigo 8, nº 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê o *"direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos"*.

Para ele, o direito ao confronto no processo penal, cujo exercício exige a presença física do interrogado, reconhecida nos pactos internacionais àqueles submetidos pelo Poder Público à perseguição penal, resta prejudicado pelo privilégio de prestar depoimento por escrito, instituído em favor dos Chefes dos Poderes da República.

O ministro, então, reconhece que, não obstante os fundamentos apresentados para questionar a constitucionalidade do dispositivo, tem o STF observado a prerrogativa inscrita no artigo 221, § 1º, do CPP, em situações nas quais as autoridades mencionadas estejam arroladas como testemunhas e optem pela prestação do depoimento por escrito. Citando como exemplo as decisões em favor de Lula e Michel Temer, quando presidentes da República e da Câmara dos Deputados, respectivamente, bem como destacando decisão proferida pelo ministro Joaquim Barbosa, na condição de relator da Ação Penal do Mensalão, ressalta que a prerrogativa foi aplicada tão somente pelo fato de as autoridades ostentarem, nas situações mencionadas, a condição formal de testemunha.

Lembra, também, que os ministros Edison Fachin e Roberto Barroso deferiram a Michel Temer, quando presidente da República, a possibilidade de apresentar depoimento por escrito [6], com

apoio no artigo 221, § 1º, do CPP, apesar de sua condição de investigado. Contudo, em seu discernimento, não pode tal entendimento ser a essas autoridades, inclusive ao presidente da República, quando se estiver diante de situação em que figurem eles como suspeitos, investigados ou réus.

Conclui, portanto, que o presidente Jair Bolsonaro não pode, no caso, utilizar-se da prerrogativa de prestar depoimento por escrito, uma vez que, mesmo se considerada constitucional, tem sua incidência legitimada apenas quando a autoridade ostentar a condição de testemunha. Destaca que, não obstante às considerações anteriores, terá, como qualquer pessoa na condição de investigado ou réu, as garantias individuais fundadas na cláusula do "*due process of law*".

Finalmente, o ministro Celso de Mello passa ao tópico referente ao direito do coinvestigado (ou, quando for o caso, do corréu) de formular reperguntas ao outro investigado (ou, caso já instaurada a relação processual penal, ao corréu) nos procedimentos estatais de persecução criminal.

Defende que a relevância de qualificar-se o interrogatório no curso do inquérito como meio de defesa conduz ao reconhecimento de que a possibilidade de o investigado coparticipar, ativamente, do interrogatório dos demais coinvestigados/corréus materializa a garantia constitucional da plenitude de defesa, cuja integridade deve ser preservada pelo Poder Judiciário, sob pena de sua arbitrária denegação.

Deste modo, afirma que admitir-se o acesso formal do investigado/acusado aos demais coinvestigados/corréus, por meio de reperguntas a eles dirigidas nos respectivos interrogatórios, é meio viabilizador do exercício das prerrogativas constitucionais da plenitude de defesa e do contraditório, conforme entendimento jurisprudencial do STF [7].

O ministro Celso de Mello cita, inclusive, trecho de decisão do ministro Joaquim Barbosa na Ação Penal do Mensalão: "Essa particular qualificação jurídica do interrogatório judicial justifica o reconhecimento de que se revela possível, no plano da "*persecutio criminis in iudicio*", "*(...) que as defesas dos corréus participem dos interrogatórios de outros réus (...)*".

Argumenta, ainda, que o entendimento está também embasado na doutrina, citando trechos das obras de Eugênio Pacelli de Oliveira e Antonio Scarance Fernandes, bem como mencionando, a título exemplificativo, a produção de outros doutrinadores.

O Ministro determinou, então, que deve ser assegurado ao coinvestigado Sérgio Moro o direito de, querendo, por meio de seus advogados, estar presente no interrogatório de Jair Bolsonaro, a ser realizado pela Polícia Federal, garantido, ainda, o direito de formular perguntas.

Em conclusão, a decisão proferida é bastante significativa, na medida em que reconhece o escopo limitado de incidência do artigo 221 do CPP e fortalece a aplicação do princípio constitucional da ampla defesa no âmbito da primeira fase da persecução penal, ao permitir que se participe ativamente dos depoimentos realizados no Órgão Investigatório.

[1] HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO.



[2] HC 121.907/AM, Rel. Min. DIAS TOFFOLI; RHC 87.172/GO, Rel. Min. CEZAR PELUSO.

[3] HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

[4] Inq 1.504/DF; Inq 1.628/DF; Inq 2.839/SP; Inq 2.851/SC; Inq 4.827/DF; Pet 4.600/AL, v.g.

[5] HC 250.970/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI.

[6] Inq 4.483/DF e Inq 4.621/DF, respectivamente.

[7] HC 94.601/CE, Rel. Min. CELSO DE MELLO; HC 96.327/RJ, Rel. Min. EROS GRAU; HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO; HC 115.714/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; HC 116.132/PE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI; HC 95.225/RJ, Rel. Min. EROS GRAU; HC 101.648/ES, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-set-24/avelar-seleme-paradigmatica-decisao-ministro-celso-mello/>