

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: A questão que se ora coloca – saber se é possível a esta Corte examinar os requisitos do art. 395 do CPP antes da remessa de inicial acusatória contra o Presidente da República à Câmara de Deputados (art. 51, I, e art. 86, *caput*, e art. 86, §1º, I, todos da Constituição Federal) - coincide com uma das que debatemos quando analisamos a questão de ordem do Inquérito 4.483 (INQ 4.483 QO).

Naquela oportunidade, em antecipação ao voto, registrei minha preocupação em estabelecermos, em abstrato, a impossibilidade absoluta de o Relator proceder à análise da denúncia à luz dos requisitos do art. 395 do Código de Processo Penal, antes da aludida remessa.

Por oportuno, reproduzo aqui o que pontuei oralmente naquele julgamento, com grifos acrescidos:

"Se nhora Presidente, pontuo, desde logo, qual vai ser a divergência teórica. E por que digo divergência teórica, nem poderia ser diferente? É que eu entendo que pode, sim, o relator, antes de encaminhar a denúncia ao Congresso Nacional, de imediato, já trazê-la ao Plenário para a sua rejeição, quando não estiverem presentes pressupostos processuais, quando houver carência da ação, quando não houver justa causa.

Agora, evidentemente, meu voto fica no âmbito teórico, porque, para eu adentrar na denúncia em si, eu não poderia subtrair a manifestação anterior do relator.

Com efeito, a propósito da possibilidade de o Relator analisar essas questões preliminares, ainda naquela oportunidade, em voto escrito, consignei:

"Após estabelecer essas premissas, o eminentíssimo Relator assim resolve o primeiro item da Questão de Ordem:

"(i) o juízo político de admissibilidade por dois terços da Câmara dos Deputados em face de acusação contra o Presidente da República, nos termos da norma constitucional aplicável (CRFB, art.86, *caput*), precede a análise jurídica pelo Supremo Tribunal Federal, se assim

autorizado for a examinar o recebimento da denúncia, para conhecer e julgar qualquer questão ou matéria defensiva suscitada pelo denunciado.”

Essa tese, a meu sentir, comporta algumas reflexões.

Em primeiro grau de jurisdição, no juízo comum, uma vez oferecida a denúncia, incide a regra do art. 396 do Código de Processo Penal:

‘Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.’

A denúncia poderá ser liminarmente rejeitada nos casos do art. 395, caput, do Código de Processo Penal: se for inepta (inciso I), se faltar pressuposto processual ou condição para a ação penal (inciso II) ou se faltar justa causa para a ação penal (inciso III).

Caso não seja rejeitado liminarmente, considerando-se que o réu, em sua resposta à acusação, ‘poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa’ (art. 396-A, CPP), o anterior ato de recebimento da denúncia

‘(...) não terá efeitos preclusivos para o juiz, que poderá revê-lo, diante da resposta oferecida pelo acusado, e rejeitar a denúncia em razão de vícios processuais. Isso porque, não existindo uma fase saneadora, não haveria qualquer sentido em alegar ‘tais preliminares’, se a denúncia ou queixa não pudesse ser rejeitada e o processo tivesse que seguir até o seu final’ (BADARÓ, GUSTAVO. **Processo penal** . 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; p. 599/600).

Em face do que dispõe o art. 396 do Código de Processo Penal, o recebimento da denúncia não é automático: diante da faculdade de sua rejeição liminar (art. 395, CPP), não cabe ao juiz apenas impulsionar, de forma mecânica, o processo, em razão do oferecimento da denúncia.

Exemplificativamente, caso se trate de um crime de ação penal pública condicionada (v.g., estupro - art. 213, c/c o art. 225, CP) e não haja representação da vítima, cumpre ao juiz rejeitar liminarmente a denúncia, por falta de condição de procedibilidade (art. 395, II, CPP), e não determinar a citação do réu para oferecer resposta à acusação.

Analogamente, se for possível detectar-se, desde logo, a ausência de base empírica idônea, de substrato fático que a ela dê suporte, a

denúncia deve ser liminarmente rejeitada, por falta de justa causa (art. 395, II, CPP).

Nos casos de processos de competência originária dos tribunais, dispõe o art. 4º da Lei nº 8.038/90 que, “apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias”.

A meu sentir, a **ratio** do art. 396 do Código de Processo Penal, ao permitir a rejeição liminar da denúncia, é coarctar, desde logo, uma ação penal manifestamente inviável.

Mutatis mutandis, como já tive a oportunidade destacar no voto condutor da AP nº 913/AL-QO, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe de 15/12/15, em que a denúncia já havia sido recebida pelo Tribunal Regional Federal,

“[n]ão se olvida que, por força do art. 230-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, havendo deslocamento de competência para esta Corte, a ação penal deve prosseguir no estado em que se encontra, preservada a validade dos atos já praticados na instância antecedente, em homenagem ao princípio **tempus regit actum**.

Ocorre que, a meu ver, o Supremo Tribunal Federal não pode permitir que uma ação penal manifestamente inviável prossiga pelo só fato de recebê-la no estado em que se encontra, sob pena de flagrante constrangimento ilegal ao réu (...)” (grifei).

Essa mesma **ratio** deve ser aplicada às ações penais de competência originária dos tribunais, mesmo porque tanto o art. 396 do Código de Processo Penal quanto o art. 4º da Lei nº 8.038/90 disciplinam o mesmo momento processual: determinação da citação do réu para apresentar resposta à acusação, à vista do oferecimento da denúncia.

Registro que não empresto rigor científico aos termos “notificação”, previsto no art. 4º da Lei nº 8.038/90, e “citação”, previsto no art. 7º do mesmo diploma legal, por entender que, em verdade, esses termos estão invertidos.

(...)

Essa é exatamente a finalidade da “notificação” para a resposta à acusação prevista no art. 4º da Lei nº 8.038/90, ao passo que a “citação” a que alude o art. 7º da lei em questão constitui mera “intimação”, após o recebimento da denúncia, para o oferecimento de defesa prévia, com a indicação das provas que o réu pretenda produzir.

A propósito da possibilidade de trancamento da persecução penal por falta de justa causa, trago à colação o Inq nº 3.847/GO-AgR, Primeira Turma, DJe de 8/6/15, de **minha relatoria**, em que uma simples investigação de parlamentar federal foi coarctada no seu nascedouro, em face de **ausência de base empírica idônea**.

Transcrevo, por sua pertinência, trecho do voto condutor desse julgado:

'O procedimento de investigação, iniciado em primeiro grau, foi encaminhado ao Supremo Tribunal Federal em face de simples menção ao nome do parlamentar, a fim de se deliberar, exatamente, sobre a viabilidade ou não de se iniciar a persecução penal em relação a ele.

E quais são os elementos de informação trazidos pela Procuradoria-Geral da República para lastrear essa pretensão?

Um papelucho apócrifo, de teor absolutamente genérico, que não descreve nenhum fato concreto em relação ao parlamentar nem está corroborado por qualquer elemento idôneo de prova.

(...)

Ao cabo das diligências preliminares realizadas pelo Ministério Público Federal, com base na denúncia anônima, o que de relevante foi trazido aos autos?

Duas notícias, obtidas na internet (...).

(...)

Nada mais.

Em outras palavras, não se extrai da investigação preliminar, nem mesmo a fórceps, um fragmento sequer de fato delituoso concretamente imputável ao parlamentar.

(...)

Não se olvida que o Ministério Público é o titular da ação penal pública nem que o art. 28 do Código de Processo Penal lhe reserva a atribuição exclusiva para requerer o arquivamento do inquérito policial ou de peças de informação porventura recebidas.

Isso não significa, porém, que todo e qualquer requerimento de instauração de inquérito formulado pela Procuradoria-Geral da República deva ser incondicionalmente atendido ou mecanicamente chancelado pelo Supremo Tribunal Federal.

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 que, no seu nascedouro, seja coarctada a instauração de procedimento investigativo, quando inexistentes base empírica para tanto idônea e indicação plausível do fato delituoso a ser apurado .

Ao Poder Judiciário, na sua precípua função de garantidor de direitos fundamentais, cabe exercer rígido controle de legalidade da persecução penal. Autorizar-se a abertura de uma investigação, nas apontadas condições, constituiria manifesto constrangimento ilegal' (grifei).

Ora, se, em uma investigação criminal sob sua supervisão direta, esta Suprema Corte tem poderes para trancar um inquérito por falta de justa causa, ou para rejeitar, liminarmente, uma denúncia por esse

mesmo fundamento ou por inépcia, qual a razão para se imunizar desse juízo preliminar uma denúncia oferecida contra o Presidente da República ?

Como sabido, o Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções (art. 86, § 4º, da Constituição Federal).

Avente-se, assim, a hipótese de o Presidente da República, no exercício de suas funções, praticar crime de ação penal pública condicionada, como o crime de assédio sexual (art. 216-A, c/c o art. 225, CP), ou o crime de divulgação de informações sigilosas ou reservadas de que não resulte prejuízo para a Administração Pública (art. 153, §§ 1º-A, 1º e 2º, CP).

Se não houver representação do ofendido nessas hipóteses de ação penal pública condicionada , o Supremo Tribunal Federal, automaticamente, encaminhará a respectiva denúncia contra o Presidente da República à apreciação da Câmara dos Deputados?

A meu sentir, isto importaria submeter o Presidente da República a um constrangimento ilegal que não seria tolerado em relação a nenhum outro cidadão.

Como bem destacado pelo eminentíssimo Relator em seu voto, o juízo de admissibilidade da acusação feito pela Câmara dos Deputados é eminentemente político.

Ocorre que esse juízo político não retira do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de, liminarmente, emitir um juízo negativo de admissibilidade da denúncia, sob o prisma estritamente jurídico.

Não estou a afirmar que, no caso concreto, estaria ausente o requisito da justa causa para a ação penal ou que a denúncia seria inepta, questões reservadas à análise primária do eminentíssimo Ministro Relator, ou que o Plenário necessariamente tenha que deliberar previamente sobre a viabilidade da acusação para somente então encaminhar a denúncia à Câmara dos Deputados.

Portanto, acompanho integralmente o eminentíssimo Ministro **Edson Fachin** quanto à determinação, na espécie , de imediato encaminhamento da denúncia à Câmara dos Deputados, sem a emissão de juízo prévio de admissibilidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Divirjo tão somente da tese em abstrato proposta por Sua Excelência quanto ao primeiro item desta questão de ordem, para o fim de assentar que, a meu sentir, o relator tem poderes para, a seu juízo discricionário:

i) determinar, monocraticamente, o encaminhamento da denúncia, por intermédio da Presidência do Supremo Tribunal Federal, à Presidência da Câmara dos Deputados, para os fins dos arts. 51, I; e 86 da Constituição Federal; ou

ii) propor ao Plenário a rejeição liminar da denúncia oferecida contra o Presidente da República se, *ictu oculi*, for inepta, faltar pressuposto processual ou condição para a ação penal ou se não houver justa causa (art. 395, CPP).

(...)

No mais, estou de acordo com o eminent Relator quando assevera que a “notificação” do Presidente da República para o oferecimento de resposta à acusação (art. 4º da Lei nº 8.038/90) somente ocorrerá após a autorização da Câmara dos Deputados.

Como se vê, não adentro no exame da peça acusatória em si, porque não posso subtrair a manifestação prévia do eminent Relator, mas reconheço, como já o fizera no INQ 4.483 QO, que o juízo de admissibilidade previsto no art. 396 do Código de Processo Penal é aplicável aos casos envolvendo a alegada prática de crimes comuns pelo Presidente da República, hipótese dos autos, e deve ser exercido antes da remessa à Câmara de Deputados, prevista no art. 51, da Constituição Federal.

Ante todo o exposto, dou provimento ao agravo, a possibilitar que o Relator analise a inicial acusatória à luz do disposto no art. 396 do CPP, antes de sua remessa à Câmara de Deputados (art. 51, I, CRFB).

É como voto.