

6 TEORIA DA SERENDIPIDADE E FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: UMA ANÁLISE DAS LACUNAS JURÍDICAS A PARTIR DO CASO DE UM SENADOR GOIANO

6 THEORY OF SERENDIPITY AND JURISDICTION BY PRERROGATIVE OF FUNCTION: AN ANALYSIS OF THE LEGAL LACUNAS FROM THE CASE OF A SENADOR GOIANO

Leonardo Mendanha da Silva¹
Thiago Henrique Costa Silva²
Rogério Fernandes Rocha³

Recebido em:	27/06/2021
Aprovado em:	01/11/2021

RESUMO: Esta pesquisa busca analisar as lacunas jurídicas decorrentes da aplicação da teoria da serendipidade relacionada ao foro por prerrogativa de função no Brasil, esclarecendo se a referida teoria viola direitos fundamentais quando é posta em prática. Serão estudados os diversos aspectos que se encontram obscuros na aplicação da teoria da serendipidade e que têm ocasionado inúmeros vícios processuais em processos e em peças investigativas abrangendo figuras públicas. Utiliza-se o método dedutivo, uma vez que se parte do estudo da teoria e da hermenêutica da Constituição e das normas infraconstitucionais para, por fim, analisar o caso específico de um antigo senador do Estado de Goiás. Ancora-se o estudo em pesquisas bibliográficas, documentais e jurisprudenciais, analisadas qualitativamente e de maneira crítica. Conclui-se que, em que pese o uso da teoria parecer pacificado, diversos processos deixaram de ter seu regular andamento e foram arquivados de forma prematura por conta de defeitos processuais gerados em torno da discussão do encontro fortuito de provas e do foro por prerrogativa de função, de modo que as lacunas jurídicas precisam ser enfrentadas, primeiro, pelo poder judiciário e, depois, pelo poder legislativo, de modo a valorizar a consecução da justiça e evitar nulidades.

112

PALAVRAS-CHAVES: Constitucionalidade. Serendipidade. Foro por prerrogativa de Função. Vícios processuais.

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário Alves Farias (UNIALFA). Advogado. E-mail: leonardo-mendanha@hotmail.com.

² Doutorando em Agronegócio pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Mestre em Direito Agrário pela UFG. Especialista em Direito Público pela Uni-Goiás. Especialista em Penal e Processo Penal e MBA em Perícia Contábil pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul. Graduado em Direito pela UFG. Professor da Universidade Estadual de Goiás (UEG). Perito Criminal do Estado de Goiás. E-mail: thiagocostasilva.jur@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0761167066175470>.

³ Doutorando e Mestre em Direito Agrário pela UFG. Graduado em Direito pela UFG. Professor da Universidade Estadual de Goiás (UEG). Advogado. E-mail: rogerio.rocha@ueg.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0205761892704607>.

ABSTRACT: This research seeks to analyze the legal gaps resulting from the application of the theory of serendipity and of the forum due to the prerogative of function in Brazil, clarifying whether that theory violates fundamental rights when it is put into practice. The various aspects that are unclear in the application of the serendipity theory will be studied and that have caused innumerable procedural defects in processes and investigative pieces covering public figures. The deductive method is used, since it starts from the study of the theory and hermeneutics of the Constitution and the under constitutional norms to, finally, analyze the specific case of a former senator from the State of Goiás. The study is anchored in research bibliographic, documentary and jurisprudential, analyzed qualitatively and critically. It is concluded that, despite the use of the theory seem pacified, several processes stopped having their regular course and were closed prematurely due to procedural defects generated around the discussion of the fortuitous meeting of evidence and the forum on the prerogative of function, so that legal gaps need to be tackled, first, by the judiciary and then by the legislative branch, in order to value the attainment of justice and avoid nullities.

KEYWORDS: Prerogative function forum. Procedural addiction. Serendipity.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho busca verificar as lacunas jurídicas da teoria da serendipidade, quando do uso do foro por prerrogativa de função. Serão estudados todos os aspectos que envolvem os temas em suas complexidades, tendo como base a análise crítica do emblemático caso de um senador do Estado de Goiás.

O foro por prerrogativa de função, responsável por atribuir julgamento diferenciado a titulares de determinados cargos que gozam de grande credibilidade (LOPES JUNIOR, 2019), tem gerado inúmeros debates no meio forense e, quando associado ao encontro fortuito de provas, o assunto fica ainda mais delicado, desencadeando embates de posicionamentos nos tribunais.

Um exemplo é o que ocorreu no âmbito das operações Vegas e Monte Carlo⁴, em que houve divergência quanto à aplicação da teoria da serendipidade envolvendo titular de foro por prerrogativa de função. De um lado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu se tratar de

⁴ A operação Monte Carlo, desenvolvida pela Polícia Federal, originou-se da operação Vegas, que teve como finalidade investigar jogos ilegais de máquinas caça-níqueis nas cidades de Valparaíso e Águas Lindas, ambas em Goiás, no entorno do Distrito Federal. No âmbito das operações surgiram indícios de participação de diversas autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, o que acarretou espaçosa discussão acerca dos institutos serendipidade, foro funcional, violação do princípio do juiz natural e usurpação de competência.

encontro fortuito de provas, já a Suprema Corte aduziu ter ocorrido usurpação de competência do Supremo.

Apesar dos avanços legislativos, principalmente no que tange à matéria processual penal, ainda temos um código omissivo ao tratar do encontro fortuito de provas. O legislador não se atentou em esclarecer tal matéria, que se inclui dentre as mais importantes do processo penal, deixando esse papel tão somente para os pesquisadores e aplicadores do direito, o que gera inúmeros conflitos de posicionamentos.

Diante dos vícios processuais que podem aparecer no decorrer dos casos envolvendo titulares de foro por prerrogativa de função e encontro fortuito de provas, faz-se necessário um estudo minucioso a fim de definir regras claras e precisas com intuito de evitar que defeitos processuais impossibilitem o Estado de exercer o *jus puniendi*. É imprescindível, por exemplo, saber se os elementos colhidos fortuitamente podem ser utilizados apenas como *notitia criminis* ou se podem servir como sustentação para uma ação penal, afinal, nem toda prova encontrada é fortuita, por isso é vital saber qual extensão da teoria da serendipidade, com base no posicionamento jurisprudencial.

Dessa forma, busca-se responder ao seguinte questionamento: até que ponto a teoria da serendipidade não viola direitos e garantias fundamentais, como intimidade, privacidade e inviolabilidade das comunicações, da vida privada e da honra, em especial nos casos em que o foro por prerrogativa de função esteja presente? A serendipidade, em que pese parecer pacificada nos tribunais, encontra-se vaga quando da sua aplicação nos delitos envolvendo titulares de foro por prerrogativa.

Logo, o objetivo deste trabalho é compreender como e quando aplicar o princípio da serendipidade nos casos envolvendo sujeitos com foro por prerrogativa de função. Assim, pretende-se, especificamente, verificar quais lacunas na aplicação da teoria da serendipidade são responsáveis por acarretar vícios processuais em processos envolvendo autoridades com foro por prerrogativa de função. Também, estudar-se-ão todos os critérios de aplicação das teorias, confrontando-as com as garantias e direitos fundamentais. Ainda, analisar-se-á o emblemático caso de um senador do Estado de Goiás, em que tais teorias foram discutidas pelos tribunais pátrios.

Para tanto, adotar-se-á o método dedutivo, uma vez que se pretende, de maneira geral, discutir os temas à luz da Constituição e dos entendimentos dos pesquisadores do direito e da jurisprudência, para depois compreender um caso específico que aconteceu com o senador

goiano (LAKATOS, MARCONI, 2003). Em uma abordagem qualitativa, guiada por pesquisas bibliográficas, documentais e jurisprudenciais, busca-se analisar criticamente a legislação brasileira e as lacunas deixadas acerca da aplicação do encontro fortuito de provas nos casos em que os réus tenham foro por prerrogativa de função.

Sendo assim, a primeira seção busca analisar o surgimento da teoria da serendipidade e seus critérios de conexão, bem como verificar se a teoria não se contrapõe a direitos e garantias fundamentais, sobretudo quando o encontro fortuito se dá em procedimentos de interceptação telefônica e mandados de busca e apreensão. Já na segunda seção serão verificadas as discussões acerca da constitucionalidade do foro por prerrogativa de função, assim como definir o seu alcance com base no entendimento explanado pelos tribunais.

Por fim, a terceira seção se propõe a analisar o emblemático caso do senador do Estado de Goiás, contrapondo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito dos institutos da teoria da serendipidade e foro por prerrogativa de função.

A pesquisa não tem como finalidade findar o vasto assunto em torno da teoria da serendipidade e foro por prerrogativa de função, mas tão somente colaborar com a ciência jurídica, tendo em vista que o tema necessita de espaçosa discussão para que posicionamentos sejam sedimentados pelos tribunais, atestando (ou não) a harmonia entre serendipidade e direitos e garantias fundamentais.

115

2 A TEORIA DA SERENDIPIDADE E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O nome serendipidade teve origem no direito inglês, com o termo *serendipity*, significando achar algo distinto do procurado, um achado inesperado. De acordo com Gomes (2009), em 1754, o termo fora utilizado pelo escritor Horace Walpole no conto *The three princes of Serendip*⁵, que trata da história de três príncipes que saíam em busca de algo e, no decorrer do caminho, encontravam coisas diversas do esperado, devido a sua curiosidade e capacidade de observação.

⁵ Os três príncipes de Serendip (tradução livre).

A serendipidade e o encontro fortuito de provas, ou até mesmo encontro causal de provas, são, em termos práticos, a mesma coisa, sendo também definida por alguns autores como prova achada. O STJ, ao tratar da matéria, adotou o nome “serendipidade”. Já a nomenclatura “encontro fortuito de provas” ganha grande destaque na doutrina portuguesa (LOPES JUNIOR, 2019).

Fala-se em encontro fortuito de provas quando, no decorrer de regulares investigações, surge a figura de um terceiro infrator que não era alvo das diligências, ou de provas relativas a uma outra infração que não era conhecida pelas autoridades. As principais diligências em que se extraem provas de forma inesperada são nos procedimentos de interceptação telefônica e nos mandados de busca e apreensão (TREVISAN, 2013).

Para Pacelli (2019, p. 298), encontro fortuito é “quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de busca regularmente autorizada para a investigação de outro crime”.

Define Souza (2017) que o fenômeno encontro fortuito de provas ocorre em situações em que se tem uma legal diligência desenvolvida no bojo de uma investigação e surgem elementos, com notória relevância penal, de terceiros ou fatos que extrapolam os limites da investigação antes preordenada, de modo a aumentar o alcance de uma investigação cujo objeto antes era um e que se tornou mais ampla com novos autores ou novos fatos.

É imprescindível, ao definir a teoria da serendipidade, explicitar que essa decorre de uma apuração lícita. Somente assim essa teoria pode ser discutida quanto ao seu aspecto legal, caso contrário, estaríamos diante da teoria *fruits of the poisonous tree*⁶.

Para estudar o princípio da serendipidade, deve-se, antes, estudar as garantias constitucionais, pois estas fundamentam a proteção do indivíduo, de modo que não venha a sofrer com arbítrios do Estado. Alguns valores, como o devido processo legal, a intimidade, a legalidade e a liberdade dos indivíduos devem ser ponderados quando da aplicação do encontro fortuito de provas.

O encontro fortuito de provas, se aceito de qualquer maneira, pode colocar em risco as proteções constitucionais típicas do Estado Democrático de Direito, permitindo um Estado centralizador e autoritário (MORAES, 2018).

⁶ Teoria dos frutos da árvore envenenada (tradução livre). Esta teoria consiste na ilicitude por derivação, ou seja, a prova colhida é lícita, contudo, é obtida por intermédio de prova ilícita (PACELLI, 2019).

O ordenamento jurídico brasileiro é calcado em uma série de direitos e garantias. A Constituição de 1988, conhecida como cidadã, tem base nos direitos fundamentais, entretanto, é válido ressaltar que, mesmo diante de uma carta magna democrática e que assegura garantias inerentes aos direitos fundamentais, existem situações em que essas garantias e direitos podem ser relativizados frente ao interesse da coletividade, como forma de garantia da ordem social (MORAES, 2018).

Os direitos e garantias constitucionais, como aduz Vinci (2017), visam à proteção da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões. Nesse aspecto, ditam a forma de ser e atuar de um Estado democrático. As garantias constitucionais evitam as manipulações de interesse político, pois essas normas são postas fora do seu alcance, de forma a assegurar a dignidade humana.

Os direitos fundamentais, como aponta Sarlet (2015), podem ser tidos sob dois critérios: o formal e o material. O critério formal é todo aquele estabelecido ao longo do título II da Constituição Federal, em que são terminantemente apresentados. Sob a perspectiva material, os direitos fundamentais correspondem a tudo que se destina à proteção integral da dignidade da pessoa humana.

Aduz Sakamoto (2017) que os termos direitos e garantias não representam a mesma coisa. Os direitos são enunciados simplesmente declaratórios, ou seja, são todos aqueles dispositivos previstos no ordenamento jurídico capazes de demonstrar a existência dos direitos. As garantias constitucionais, por sua vez, têm característica assecuratória, visto que visam assegurar a existência dos direitos fundamentais, de modo a coibir a intercessão indevida de terceiros ou do poder público.

Nesse aspecto, a doutrina tem discutido os direitos fundamentais e as garantias constitucionais sob duas teorias: teoria absoluta e relativa. A teoria absoluta é aquela insuscetível de mitigação, devendo ser resguardado conteúdo necessário mínimo, intangível, pois, caso contrário, os direitos não seriam fundamentais. Por sua vez, a teoria relativa é aquela em que o conteúdo mínimo não é intangível e nem preestabelecido. Nesse seguimento, os conteúdos essenciais dos direitos fundamentais são construídos através de situações concretas, adotando um critério de proporcionalidade entre princípios que se afetam (ALEXY, 2015).

Nessa continuidade, seguindo o que afirma Alexy (2015), nenhum direito é absoluto, nem mesmo os fundamentais, haja vista que a teoria relativa é a que tem prevalecido no

ordenamento jurídico pátrio. Isto é, havendo choque entre princípios, deve-se ponderar, diante do caso concreto, os valores em conflito.

Esclarece-se, ainda, que os direitos não podem ser relativizados em nome da maioria. Assim, a flexibilização de direitos fundamentais, frente à teoria da serendipidade, não pode se dar pelo interesse da coletividade no sentido de maior número de adeptos dessa ideia, isto é, mitigar garantias constitucionais não é atender ao clamor social, mas ponderar valores fundamentais que se chocam (BARROSO, 2019).

No que tange às provas, a Constituição dispõe que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (BRASIL, 1988). Nessa seara, salienta Greco Filho (2015) que toda prova deve respeitar a racionalidade e a dignidade humana para que seja considerada lícita. Ressalta ainda o referido autor que existem três meios ilícitos de obtenção de provas, são eles: provas obtidas sem previsão legal e que não se adequam ao processo moderno, quando há impossibilidade e imoralidade da produção da prova e, por derradeiro, as provas ilícitas por derivação.

No que se refere à teoria da serendipidade, imprescindível é explanar sobre a ilicitude por derivação, haja vista que, em ambos os casos, as provas resultam de determinado procedimento realizado precedentemente. Nesse sentido, explica Capez (2020, p. 390) que “provas ilícitas por derivação são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida”.

Qualquer elemento probatório que derivar de procedimento ilícito deve ser encarado, via de regra, como ilegítimo. Contudo, destaca Marcão (2020) que, não existindo nexo de causalidade entre o procedimento ilícito e a prova encontrada, ou quando a prova for obtida de forma independente, não se opera a teoria da árvore do fruto envenenado.

As dúvidas acerca da aplicação da serendipidade, decorre do fato de que o ordenamento jurídico pátrio é omissivo no que se refere ao encontro fortuito de provas. O que se tem como regras de validade e aplicação dessa teoria são as decisões dos tribunais, que funcionam como parâmetros norteadores de legalidade da serendipidade. Nesse sentido, far-se-á necessário apresentar posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca dos critérios que definem e validam a aplicação dessa teoria.

Ainda que não tenha previsão legal, o encontro fortuito de provas tem sido um grande trunfo para as autoridades policiais e judiciais em operações de grande repercussão, como no caso da Operação Lava-Jato. Por meio de provas encontradas fortuitamente, as autoridades

puderam ter acesso a conteúdo que até então eram completamente desconhecidos, desencadeando uma das maiores operações no país.

A grande dificuldade é encontrar um ponto em que a aplicação da serendipidade não entre em conflito com garantias constitucionais. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em 2019, não deu provimento ao Recurso Ordinário em habeas corpus que discutia quanto ao encontro fortuito de provas em troca de mensagens por aparelho celular, permitindo-o.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE). POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA DELITIVA. PEDIDO DE EXTENSÃO. ART. 580 DO CPP. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS RÉUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Segundo a teoria do encontro fortuito ou casual de provas (serendipidade), independentemente da ocorrência da identidade de investigados ou réus, consideram-se válidas as provas encontradas casualmente pelos agentes da persecução penal, relativas à infração penal até então desconhecida, por ocasião do cumprimento de medidas de obtenção de prova de outro delito regularmente autorizadas, ainda que inexista conexão ou continência com o crime supervenientemente encontrado e este não cumpra os requisitos autorizadores da medida probatória, desde que não haja desvio de finalidade na execução do meio de obtenção de prova (...) (BRASIL, 2019a).

119

É possível extrair do caso em tela que a serendipidade tem sido aceita mesmo quando o crime superveniente encontrado não guarda conexão e nem continência com o crime que ensejou as investigações. Infere-se, ainda, que o critério balizador adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para definir se o encontro fortuito vai subsidiar a ação penal ou ser utilizado como elemento para instauração de inquérito policial é o critério da conexão. Isto é, se o crime encontrado é conexo, deve robustecer como prova o crime investigado. Se o crime encontrado de forma fortuita não guarda relação com o delito que ensejou as investigações, esses elementos devem ser utilizados apenas como *notitia criminis*.

No mesmo posicionamento da jurisprudência, afirma Dezem (2016) que, se no delito investigado já ocorreu uma restrição legal, permitindo a violação das garantias constitucionais dentro das hipóteses permitidas em lei, tudo que venha a surgir não pode ser considerado ilícito, ou seja, pouco importa a relação de conexão do fato encontrado com aquele

investigado, o que importa é se o delito que ensejou as investigações está em plena consonância com o dispositivo legal. Em caso positivo, o que surgir é lícito.

Desta feita, surgiu entre os estudiosos do direito o que se chama de serendipidade de primeiro e segundo grau. Na primeira, existe uma relação ou conexão entre o delito que ensejou as investigações e as provas encontradas. Já na segunda, não há nenhuma relação ou conexão entre os elementos encontrados com o delito que ensejou a investigação (SIQUEIRA, 2016).

Entretanto, existem alguns pesquisadores que não consentem com o posicionamento de aceitar a validade de provas encontradas fortuitamente, ou crimes “achados” que não possuam nenhuma relação ou continência com o delito apurado. Para essa corrente, os elementos encontrados não conexos somente poderão ser utilizados como notícia do crime (CÂMARA; SEBASTIÃO, 2012).

Em recentes decisões, os tribunais têm acolhido e sustentado que a serendipidade é válida mesmo não havendo conexão ou continência, ou seja, adota-se a serendipidade de segundo grau. Destaca-se como marco inicial para validação da serendipidade o HC 106.152, julgado no Supremo Tribunal Federal em 2016, sob a relatoria da Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2016a), em que se estabeleceu que o encontro fortuito de provas não enseja nulidade, desde que colhidas de forma lícita. Assim, vem sendo o entendimento da Suprema Corte, como se depreende dos recentes julgamentos na Pet. 7794/PB (BRASIL, 2018e) e no HC 167550 AgR / PR (BRASIL, 2019c).

O Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, tem seguido a mesma posição da Suprema Corte no sentido de validar a serendipidade de primeiro e segundo grau, a exemplo do AgRg no RHC 100174 / RS (BRASIL, 2019d) e no julgamento do RHC 98182 (BRASIL, 2019b). Ambas as decisões indicam que a teoria não enseja nulidades ao processo penal. Contudo, mesmo diante das recentes decisões, esse conceito está distante de se tornar completamente sedimentado.

Não obstante o posicionamento dos tribunais sobre as provas fortuitamente encontradas, far-se-á necessário estabelecer um parâmetro para a aplicação dessa teoria, sobretudo nos casos que também envolva o foro por prerrogativa de função, pois, se aplicada indistintamente, poderá oferecer riscos a direitos fundamentais, tais como privacidade, intimidade e inviolabilidade e, com os avanços tecnológicos, os riscos de essas e outras garantias serem afetadas são iminentes, sendo imprescindível estabelecer até que ponto uma

prova é fortuitamente encontrada, quando deixa de ser fortuita e passa ser uma investigação indireta, mas com a justificativa de ter sido encontrada de forma inesperada (SIQUEIRA, 2016).

3 O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO BRASIL: APLICABILIDADE E APORTES TEÓRICOS

A Constituição de 1824, outorgada pelo imperador Dom Pedro I, preconizava em vários de seus artigos que autoridades, como senadores e deputados, só seriam restringidas de sua liberdade em casos de pena capital e em flagrante, já apontando um tratamento diferenciado em relação a essas autoridades. Na época, o Superior Tribunal de Justiça, órgão maior do judiciário, era o responsável por julgar os crimes cometidos por Ministros do corpo diplomático e dos presidentes das províncias. Já no caso do poder executivo, que era representado pelo imperador, havia uma imunidade para todos os atos que viesse a praticar (CASTRO; MENDES, 2019).

Em 1891, com o advento da nova Constituição, algumas normas relacionadas ao foro privilegiado foram mantidas. Os representantes do legislativo só poderiam ser privados de liberdade com autorização da própria casa e por delitos inafiançáveis. Seus julgamentos eram feitos somente por seus similares. Em relação ao presidente, nos delitos comuns, o órgão responsável por julgar era o Supremo Tribunal Federal e os crimes políticos eram de competência do Senado. Nesse aspecto, todas as demais Constituições mantiveram de forma expressa regramentos em torno do foro privilegiado (CASTRO; MENDES, 2019).

Em uma análise histórica feita pelo Ministro Barroso, no Recurso Extraordinário AP 937-RJ, pode-se notar que o foro por prerrogativa de função não é algo que foi criado recentemente. Ele esteve em todas as Constituições já outorgadas ou promulgadas no Brasil, ainda que com características e extensões diversas. Nesse seguimento, aponta o Ministro a distinção entre foro privilegiado e por prerrogativa de função, privilégio que detinham os imperadores. Com o tempo, esse “privilégio” veio se transformando e hoje ele só existe em razão do cargo e enquanto o cargo perdurar, passando a ser denominado como prerrogativa de função (BRASIL, 2018a).

Ressalta, ainda, o Ministro que, em relação a outros países democráticos, nenhum tem modelo semelhante ao brasileiro no tocante ao foro por prerrogativa de função. Grande parte dos países democráticos sequer tem esse instituto, como no caso dos Estados Unidos, Reino

Unido e Alemanha. Existem alguns Estados, como Portugal e França, que limitam a prerrogativa apenas ao Presidente da República e, em algumas situações, ao chefe de Governo e gabinete de ministros (BRASIL, 2018a).

No Brasil, apesar de não ser uma inovação da Constituição Federal de 1988, o foro por prerrogativa de função é demasiadamente questionado, tendo em vista a quantidade de pessoas que gozam dessa prerrogativa. Além da discussão em torno da quantidade de autoridades que se “beneficiam” da honraria do foro por prerrogativa, muito se questiona também quanto à extensão desse instituto.

Tavares Filho (2015) define o foro por prerrogativa de função atual como a atribuição de competência específica de determinado tribunal dentro das várias estruturas do órgão do poder judiciário. Este atributo garante que determinadas autoridades tenham tratamento diferenciado dos demais cidadãos.

O instituto em comento, segundo aponta Henriques (2015), sofreu grande influência das regras advindas do direito canônico, em que se pregava sempre um julgamento diferenciado em caso de delitos cometidos por agentes que eram vistos como especiais. Quando membros eclesiásticos estavam envolvidos em delitos, o julgamento era sempre feito por membros da própria igreja e não, como nos demais casos, por juízes leigos.

122

O foro por prerrogativa de função é uma escolha do constituinte originário e, como já explicitado anteriormente, sempre existiu nas cartas magnas antecedentes. Desse modo, há que se ressaltar que o foro não está ligado à pessoa, mas sim à função que ela exerce, nesse sentido, não constitui privilégio, mas sim uma forma de garantia (TAVARES FILHO, 2015).

Em que pese o posicionamento acima explanado, afirma Calixto (2015) que o foro por prerrogativa de função tem despertado no Brasil acalorados debates, pois muitos operadores do direito enxergam esse instituto como incabível e inviável no modelo jurídico do país. Assevera, ainda, que, em meio às divergências no âmbito forense, muito se discute se o foro privilegiado não entra em contradição com o princípio da igualdade, um dos basilares da Carta Magna de 1988.

A Constituição Federal de 1988 traz diversos dispositivos em seu bojo dispendo sobre as autoridades que gozam de foro por prerrogativa de função (CAVALCANTE FILHO, 2017), sendo necessário um quadro explicativo com os respectivos dispositivos:

Quadro I – O foro por prerrogativa de função na CF/88

Dispositivos que regulamentam o foro por Prerrogativa de função na Constituição Federal de 1988	Autoridades detentoras do foro
Art. 102, I, b, CF Art. 102, I, c, e 52, I, da CF Art. 102, I, c, e 52, I, da CF Art. 105, I, a, da CF Art. 29, X, da CF Art. 102, I, b, da CF Art. 102, I, b, da CF Art. 102, I, b, e art. 52, II, da CF Art. 102, I, c, da CF Art. 105, I, a, da CF Art. 96, III, da CF Art. 108, I, a, da CF Art. 102, I, b, e art. 52, II, da CF Art. 105, I, a, da CF Art. 108, I, a, da CF	Presidente e Vice-Presidente da República Ministros de Estado Comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica Governadores de Estado e do DF Prefeitos Senadores Deputados Federais Ministros do STF Ministros do TST, Ministros do STM, Ministros do TSE, Ministros do STJ Membros de tribunais de 2ª instância Juízes de direito dos Estados e do DF Juízes Federais PGR Membros do MPU que oficiam em tribunais Membros do MPU que não oficiam em tribunais

Fonte: Elaborado pelo autor (2020).

Discorre Bastos (2020) que o foro por prerrogativa de função é imprescindível para evitar perseguições de caráter político, haja vista que as autoridades detentoras de foro são submetidas a julgamentos em órgãos superiores a aqueles nos quais exercem suas funções, pois, caso fossem submetidas a julgamento em mesmo grau de jurisdição, a imparcialidade dos julgadores poderia ser afetada. Desta feita, o foro por prerrogativa não pode ser visto como uma blindagem que visa garantir a impunidade, mas sim como um instrumento significativo de combate a injustiças.

Atualmente no Brasil, segundo dados de Cavalcante Filho (2017), estimam-se mais de 38 mil agentes com foro por prerrogativa de função no Brasil, um número considerado demasiadamente alto. Só o Supremo Tribunal Federal é responsável por processar e julgar cerca de 800 autoridades políticas. Em que pesem todas as Constituições anteriores terem adotado esse instituto, a Constituição de 1988 apresenta um rol de funções maior do que as demais.

Diante dos dados acima fornecidos, nota-se que é árdua a tarefa da Suprema Corte em entregar uma resposta eficaz e ligeira nos delitos envolvendo autoridades com foro por prerrogativa de função, tendo em vista que a finalidade da Corte Suprema é velar pela correta aplicação dos dispositivos da Constituição Federal. Entretanto, há grande pluralidade de processos de competência originária no Supremo Tribunal Federal, acarretando por diversas vezes em elevado número de prescrições.

Contudo, é necessário prudência na relativização da extensão do foro por prerrogativa de função, pois esse instituto foi o meio concebido pelo constituinte originário na busca por evitar perseguições políticas e garantir independência na atuação das autoridades para desempenharem com presteza suas funções (BASTOS, 2020)

O julgamento da AP 937, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, é um grande marco na jurisprudência, pois houve uma interpretação restritiva no alcance do foro por prerrogativa de função. No caso em análise, o Supremo Tribunal Federal firmou o posicionamento de que o foro por prerrogativa de função no caso de deputados e senadores fica condicionado ao exercício do cargo e o delito deve ser praticado em detrimento deste. Isto é, gozará deste instituto o parlamentar que cometer crime no exercício da função, ou seja, após o ato de diplomação e em razão deste cargo, não abarcando delitos que não guardem relação com a função que desempenha (BRASIL, 2018a).

Importante frisar que este entendimento foi direcionado a dar nova interpretação ao artigo 102, I, b e c, da Constituição Federal. A dúvida que se levanta acerca desta interpretação é se esta deve alcançar as demais autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função ou se se limita apenas àquelas previstas no artigo precedente.

124

Nesse aspecto, insta salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na APn 878/DF, atribuiu a competência para a primeira instância de um inquérito que tinha como investigado um desembargador que, em tese, praticara o crime de lesão corporal (BRASIL, 2018b).

A fundamentação do Superior Tribunal de Justiça no caso acima citado foi o novo posicionamento do STF adotado na Ação Penal 937 e, sendo assim, o crime praticado pelo desembargador não guardaria relação com a função que este desempenha, devendo ser julgado por juiz de primeiro grau de jurisdição (BRASIL, 2018b).

Nesse mesmo aspecto, está o julgamento do Inq 4703 QO/DF pelo STF, em que se decidiu pela atribuição de competência para a primeira instância de crime praticado por governador, pois se entendeu, com base na atual interpretação da Suprema Corte, que o crime não fora praticado no exercício da função ou em detrimento desta (BRASIL, 2018c).

Afirma ainda o relator que a decisão na AP 937 se aplica indistintamente a qualquer autoridade que goze do foro por prerrogativa de função, não se limitando apenas a parlamentares, reforçando o posicionamento de que o foro por prerrogativa de função passou a ter uma interpretação restritiva (BRASIL, 2018a).

Outro importante posicionamento do Supremo Tribunal Federal no tocante à extensão da prerrogativa de função, discutindo se o foro pode alcançar pessoas relacionadas às detentoras de prerrogativa, é o exarado na AgReg na Recl. 36.956, pelo STF. Na ocasião, o Supremo reafirmou o entendimento de que a prerrogativa de foro não se relaciona à pessoa ou à titularidade de propriedade, mas sim à função (BRASIL, 2020).

O caso acima transcrito examinava a validade do cumprimento de mandado de busca e apreensão autorizada por juiz de primeiro grau destinado ao gabinete regional da Presidência da República, para investigar pessoas relacionadas a esta autoridade, mas não detentoras de foro (BRASIL, 2020).

O Ministro Relator Gilmar Mendes asseverou que o juiz de primeiro grau, para autorizar medidas restritivas a pessoas diretamente ligadas com autoridades com foro privilegiado, deveria comprovar a incomunicabilidade entre a autoridade e o fruto da diligência. Ou seja, caso o juiz de primeiro grau autorize determinada diligência no imóvel de autoridade com foro para investigar pessoa não detentora deste, e os frutos desta medida não atingirem a autoridade, mas tão somente as outras pessoas envolvidas que não gozam da prerrogativa em questão, não há que falar em invalidação da medida, sendo, nesse aspecto, lícita (BRASIL, 2020).

125

Sustentando o mesmo entendimento acima explanado, no julgamento da Rcl. 25. 537 no STF, o Ministro Relator Teori Zavascki suspendeu investigação determinada por juiz de primeiro grau que autorizou busca e apreensão no Senado. O argumento utilizado à época foi que havia possibilidade do envolvimento dos senadores no suposto crime (BRASIL, 2016b).

Nota-se que a finalidade da decisão não foi dizer que o juiz de primeira instância não pode determinar tal medida no Congresso, mas sim que, pelos indícios da possível participação de autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, por medida de cautela e com a finalidade de evitar vícios processuais, a medida de suspensão deveria, como foi, ser deferida (BRASIL, 2016b).

No mesmo sentido, a segunda turma da Suprema Corte declarou inválidas as provas obtidas no bojo do cumprimento de mandado de busca e apreensão em propriedade funcional de parlamentar. Na ocasião, era investigado o companheiro de uma parlamentar. O juiz de primeiro grau autorizou que fosse efetuado o mandado de busca e apreensão no imóvel, salientando que somente poderia ter acesso a conteúdo de provas do marido e não da esposa, que era detentora de foro por prerrogativa de função (MARCHIONATTI, 2019).

Nesse aspecto, pode-se observar que seria completamente inviável no cumprimento da diligência de busca e apreensão separar provas relacionadas somente a um dos cônjuges, sem que fossem atingidos elementos relacionados ao outro cônjuge, detentor de foro por prerrogativa de função.

Nota-se que são vários os debates acerca do instituto, mesmo não sendo algo novo no ordenamento jurídico pátrio. A discussão se torna ainda mais profunda nos casos envolvendo a teoria da serendipidade, assunto que será abordado, a partir da análise do caso do então senador do Estado de Goiás, na próxima seção.

4 ANÁLISE CRÍTICA DO CASO DO SENADOR DO ESTADO DE GOIÁS: AS NUANCES EM TORNO DAS DECISÕES DO STJ E STF

Em 2016, chegou ao Supremo Tribunal Federal o Recurso Ordinário em habeas corpus 135.683, proveniente de Goiás, que teve a relatoria do Ministro Dias Toffoli. O processo em questão tratava do emblemático caso de um senador do Estado de Goiás⁷ que fora identificado como um dos participantes de esquema de jogos caça-níqueis no âmbito das operações Vegas e Monte Carlo, desenvolvidas pela Polícia Federal, com início no ano de 2008 (BRASIL, 2017a).

Tal caso foi escolhido como objeto de análise, uma vez que os dois institutos explanados anteriormente, a teoria da serendipidade e o foro por prerrogativa de função, estão presentes e foram exaustivamente debatidos durante o processo, deixando claras diversas lacunas na aplicação das teorias.

A Operação Vegas, de acordo com o Ministro Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, no HC n.º 307.152/GO, teve início em 2008 e destinou-se a investigar informações vazadas em outra operação, a denominada “Operação Espinha de Peixe”, que era direcionada a investigação de jogos de azar (BRASIL, 2015a).

No decorrer das investigações direcionadas a investigar determinado empresário, conhecido por “bicheiro” e, outros associados que, em tese, eram responsáveis por facilitação de jogos ilegais no Estado de Goiás, foram encontrados indícios de participação no delito de autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função. Nesse sentido, os autos formados

⁷ Este trabalho tem como finalidade examinar de forma crítica as lacunas jurídicas entorno do caso do Senador Goiano, buscamos verificar o caso sob a ótica jurídica, se atentando as matérias fáticas e processuais, de modo que não se faz necessária a citação do nome do referido político.

no âmbito das operações Vegas e Monte Carlo foram remetidos à Procuradoria Geral da República, haja vista que diálogos captados revelaram a participação de autoridades detentoras de prerrogativa, entre elas o então senador do Estado de Goiás (BRASIL, 2015a).

Nessa esteira, os autos foram destinados ao Supremo Tribunal Federal, tendo em vista indícios de participação de um senador da República no exercício de suas funções nos delitos investigados no bojo das operações. Por conseguinte, o Procurador-Geral solicitou junto ao Supremo a instauração de inquérito policial para investigar o senador. O inquérito foi instaurado em 27/03/2012, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Inq n. 3.430/DF, o que culminou na cassação do mandato do então senador. Com isso, o feito passou a tramitar no Tribunal de Justiça de Goiás (BRASIL, 2012).

Em 24 de junho de 2013, o Ministério Público do Estado de Goiás ofereceu denúncia perante o Tribunal de Justiça goiano em desfavor do senador, imputando-lhe os delitos tipificados nos artigos 317 e 321 do Código Penal Brasileiro. Em 22 de janeiro de 2014, a Corte especial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás recebeu a respectiva denúncia, fundamentando o Desembargador Relator Leandro Crispim estarem presentes os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. O processo foi autuado sob o número 428369-93.2012.8.09.0000.

Nesse seguimento, a defesa do então Senador da República impetra o Habeas Corpus nº 307.152/GO no Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de anular as interceptações telefônicas realizadas no bojo das operações Vegas e Monte Carlo, que captaram diálogos entre o senador detentor de foro e o então “bicheiro investigado”. Fundamenta a defesa do senador que são nulas as interceptações telefônicas em razão de ofensa ao princípio constitucional do juiz natural e usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015a).

O HC não foi conhecido, tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça afirmou serem lícitas as conversas interceptadas, operando a teoria da serendipidade, isto é, o simples encontro fortuito de provas não seria um elemento suficiente para questionar a legalidade das ações da Polícia Federal e do Ministério Público. O Ministro Relator do Habeas Corpus nº 307.152/GO no Superior Tribunal de Justiça, Sebastião Reis Júnior, de ofício concedeu a ordem para trancar a ação penal, contudo, a decisão foi superada após o pedido de vista dos autos pelo Ministro Rogério Schietti, que elaborou voto em sentido diverso em não conhecer

a ordem para trancar a ação penal, sendo o posicionamento acompanhado pelos demais ministros (BRASIL, 2015a).

Nessa seara, o recorrente ofereceu o Recurso Ordinário em Habeas Corpus 135.683 Goiás, direcionando-o ao STF, autuado em 14/07/2016 e distribuído para a relatoria do Ministro Dias Toffoli. Fundamenta o recorrente que a autorização para a interceptação telefônica no âmbito das operações Vegas e Monte Carlo foi determinada por juiz de primeiro grau de jurisdição e, à época, o recorrente exercia o cargo de Senador da República, sendo detentor de prerrogativa de função, o que implicaria nulidade das interceptações e violação do princípio do juiz natural e usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2017a).

O Supremo Tribunal Federal, em 25/10/2016, em decisão unânime, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, concedeu a ordem em Habeas Corpus para invalidar as interceptações telefônicas no âmbito das operações Vegas e Monte Carlo relacionadas ao senador, bem como determinou o desentranhamento de todas as provas derivadas das interceptações (BRASIL, 2017a).

Assim, evidencia-se, a partir deste caso, a existência de lacunas na aplicação da teoria da serendipidade quando há participação de autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, haja vista a divergência de posicionamentos que ensejou no arquivamento do feito, o que causa insegurança jurídica e sentimento de impunidade por parte da sociedade.

O Superior Tribunal de Justiça, neste emblemático caso do senador do Estado de Goiás, ao receber o Habeas Corpus nº 307.152/GO, considerou lícitas as interceptações telefônicas realizadas no bojo das operações Vegas e Monte Carlo, aplicando a teoria da serendipidade, pois entendeu que os diálogos captados foram encontrados de forma fortuita, não ocorrendo usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, órgão com competência originária para processar o feito, havia se posicionado de maneira semelhante ao STJ, tendo em vista que, ao receber a denúncia, asseverou o desembargador que o então senador da República não era em nenhum momento alvo das investigações, operando o efeito da teoria da serendipidade, tendo em vista o encontro fortuito dos diálogos que elucidam sua participação nos delitos investigados (BRASIL, 2015a).

Em que pese o Superior Tribunal de Justiça considerar lícitas as interceptações, esse posicionamento não foi unânime, pois o Ministro Relator Sebastião Reis Júnior foi voto

vencido, visto que se posicionou e elaborou voto deferindo o HC em comento, invalidando as interceptações questionadas e determinando o trancamento da ação penal (BRASIL, 2015a).

O Ministro Reis Júnior asseverou que as interceptações estariam contaminadas, lastreadas de vícios processuais. Para o relator, não caberia ao juiz de primeiro grau a separação dos diálogos envolvendo autoridade detentora de foro, sendo ilícita a remessa ao tribunal competente somente em momento posterior, pois, havendo indícios de participação de autoridade detentora de foro por prerrogativa de função, os autos devem imediatamente ser enviados ao tribunal que compete julgar o feito (BRASIL, 2015a).

Não obstante o voto do relator Reis Júnior, o entendimento não foi o que prevaleceu no caso, uma vez que o Ministro Cruz pediu vista dos autos e elaborou voto no sentido diverso, tornando o voto anterior vencido. O Ministro Cruz explicitou que os autos não deveriam ser remetidos de imediato ao tribunal competente para processar o foro privilegiado apenas por simples indícios e diálogos de autoridades detentoras de prerrogativa de função com o investigado (BRASIL, 2015a).

Nesse aspecto, as interceptações em debate seriam lícitas, haja vista que os diálogos interceptados envolvendo autoridades detentoras de prerrogativa de função foram encontrados de maneira inesperada, pois o então senador não era alvo das investigações e os autos foram remetidos ao Supremo no momento em que foi possível identificar com clareza que o detentor de prerrogativa de função figurava como parte do delito (BRASIL, 2015a).

Estudiosos do direito, como Kalkmann (2018), aduzem que a remessa dos autos em procedimentos de interceptação telefônica em que surgem indícios da participação de detentor de prerrogativa de função deve ser feita de imediato, entretanto far-se-á necessária a clara elucidação de que a autoridade detentora de foro está relacionada ao delito investigado.

Tal embate teórico-jurídico revela que a falta de posicionamento sedimentado no que se refere ao momento de remessa dos autos ao tribunal competente para julgar a autoridade detentora de foro ocasiona inúmeros questionamentos processuais. Nessa seara, pode-se notar que prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que é necessária elucidação clara no tocante às interceptações que colhem diálogos de pessoas detentoras de prerrogativa, haja vista que meros sinais de conversas e amizades não são suficientes para declínio imediato de competência.

Esse posicionamento foi a base para o Informativo 575, publicado em 15/12/2015, sedimentando o entendimento que prevaleceu no caso acima. O informativo demonstra que,

para o Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo referência a favores pessoais ou demonstração de amizades são razoáveis para concluir pela participação da autoridade com foro no delito investigado através de ligação interceptada. É necessário que as evidências deixem claro que o detentor de prerrogativa está envolvido no delito (BRASIL, 2015a).

Irresignada com a decisão no âmbito do HC nº 307.152/GO, a defesa do então senador impetrou o Recurso Ordinário em habeas corpus 135.683/GO, no Supremo Tribunal Federal, fundamentando que no bojo das operações Vegas e Monte Carlo houve violação do princípio do juiz natural bem como usurpação de competência da Suprema corte.

Nesse aspecto, Mendes e Branco (2018) destaca o princípio do juiz natural como um dos basilares do ordenamento jurídico, haja vista sua característica de garantidor da imparcialidade do julgador, trazendo como principal característica a vedação dos tribunais de exceção e cortes ad hoc.

Indiscutível o valor do princípio do juiz natural, pois garante que a competência seja estabelecida antes de o fato que será levado a julgamento ocorrer. Em outras palavras, quer dizer que a lei já prevê o órgão competente para julgar cada demanda, sendo vedada a criação de um tribunal específico para cada situação, com a finalidade de garantir a imparcialidade necessária ao exercício jurisdicional.

A partir desses entendimentos, ocorreu o debate no âmbito do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 135.683/GO envolvendo o senador do Estado de Goiás. O impetrante asseverou que as interceptações no bojo das operações Vegas e Monte Carlo seriam ilícitas, pois o juízo de piso não declinou da competência para o Supremo, quando da ciência de autoridade detentora de foro funcional (BRASIL, 2017a).

O impetrante também argumenta que as interceptações foram prorrogadas por diversas vezes pelo juízo de primeiro grau e que este não gozava de competência para prorrogar autorização de medidas restritivas de direito, sabendo da participação de detentor de foro por prerrogativa de função (BRASIL, 2017a). Insta esclarecer que esse mesmo fundamento foi debatido no âmbito do Habeas Corpus 307.152/GO pelo STJ, entretanto não havia sido conhecido.

O Supremo Tribunal Federal entendeu serem ilícitas as medidas autorizadas pelo magistrado de primeiro grau que prorrogou as interceptações telefônicas, mesmo tendo ciência do envolvimento de senador da República, detentor de foro. Aduziu a Suprema Corte

que não caberia ao juiz de primeiro grau prorrogar as medidas, pois já havia indícios suficientes para demonstrar a participação do senador no delito investigado (BRASIL, 2017a).

O Ministro Relator Dias Toffoli, no seu voto, fundamentou que não houve encontro fortuito de provas, haja vista que o senador foi investigado indiretamente e que o juiz de primeiro grau deixou de enviar ao STF os autos para que este fizesse a análise de conexão. Ou seja, o senador foi investigado por um longo período, para só depois os autos serem remetidos ao Supremo, colhendo várias informações do detentor de foro para só então depois declinar a competência (BRASIL, 2017a).

Aduz Siqueira (2016) que o critério de conexão é imprescindível para estabelecer os limites de legalidade da teoria da serendipidade. Nesse sentido, doutrina e jurisprudência têm dividido a serendipidade em primeiro e segundo grau. Serendipidade de primeiro grau consiste no critério de conexão ou continência das provas encontradas do fato para o qual se originaram as investigações, enquanto a serendipidade de segundo grau consiste nas situações em que não há conexão ou continência entre o fato investigado e as provas fortuitamente encontradas.

Apona Kalkmann (2018) que uma parcela da doutrina brasileira não admite a serendipidade de segundo grau em nenhuma hipótese, pois, para tais pesquisadores, não é possível utilizar no processo penal elementos encontrados de forma inesperada e que não guardam nenhuma relação com os fatos que ensejaram as investigações. A admissão desses elementos consistiria em afastamento da vinculação causal da prova.

O caso em debate, no Recurso Ordinário em habeas corpus 135.683/GO, travou embate jurídico entre os tribunais no sentido do momento em que os autos deveriam ter sido remetidos ao Supremo para análise de conexão, haja vista a presença de autoridade detentora de foro funcional. O Ministro Toffoli destaca que o foro por prerrogativa de função é um instituto de suma importância nos ditames de um Estado Democrático de Direito e que ele não é vinculado a nenhuma pessoa, mas sim às funções que ela exerce. Em outras palavras, o foro privilegiado visa proteger o cargo, a fim de evitar subversão hierárquica e manipulações de caráter político (BRASIL, 2017a).

Ressalta ainda o Ministro Toffoli que apenas um magistrado com poderes atribuídos constitucionalmente pode autorizar a aplicação de medida de interceptação telefônica em desfavor de autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função. Ao contrário, devem

ser declarados inválidos os frutos das interceptações quando autorizadas por juízes não competentes (BRASIL, 2017a).

O Ministro Toffoli, em uma análise minuciosa do caso em questão, destacou que na Operação Vegas surgiram elementos de que o senador estava participando dos crimes investigados desde 2008, contudo, somente em 2009 a autoridade policial se atentou para alertar sobre a competência processual do Supremo, demonstrando a intenção do juízo de piso de angariar e colher elementos de provas sem a autorização do Supremo (BRASIL, 2017a).

Assevera ainda o Ministro Toffoli, no que concerne à Operação Monte Carlo, que fica evidente que as autoridades responsáveis por conduzir as diligências construíram um modus operandi de forma controlada, com clara intenção de colher o maior número de provas possíveis a respeito do então senador para só então depois declinar a competência para o tribunal constitucionalmente competente, acarretando usurpação da competência do Supremo e violação ao princípio do juiz natural (BRASIL, 2017a).

Em que pese o relator destacar em seu voto que é insuficiente para atração de competência de foro a simples menção ou informações dispersas de pessoa titular de prerrogativa, considerou ilícitas as medidas no bojo das operações Vegas e Monte Carlo, com fundamento de que não houve o declínio de competência ao Supremo quando dos indícios da participação do senador (BRASIL, 2017a). Ou seja, o STF deveria ter sido, ao menos, consultado.

Nesse aspecto, a Suprema Corte, por votação unânime, deu parcial provimento ao Recurso Ordinário em habeas corpus 135.683/GO, determinando a invalidação das interceptações telefônicas no âmbito das operações Vegas e Monte Carlo realizadas em primeiro grau, bem como as provas que delas derivaram, declinando a competência para o Tribunal de Justiça Goiano avaliar se remanesce a justa causa para prosseguimento da ação (BRASIL, 2017a).

Nota-se, então, o entrave jurídico no caso em debate: de um lado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pelo encontro fortuito de provas e que a remessa dos autos deveria ser feita no momento em que fosse possível evidenciar e demonstrar com clareza a participação da autoridade detentora de foro nos crimes investigados; do outro lado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não houve encontro fortuito de provas e que os autos deveriam ser remetidos à Corte no momento do surgimento dos indícios que demonstraram a participação do detentor de foro no delito.

Depreende-se, então, que a falta de posicionamento sedimentado no tocante à aplicação da teoria da serendipidade e a omissão legislativa em torno da matéria têm fomentado diversos vícios processuais, como no caso do senador goiano que teve os autos do processo arquivado por defeitos processuais.

Operações de grande vulto têm se desenvolvido em torno do encontro fortuito de provas e envolvendo autoridades detentoras de foro funcional, isto é, o deslinde dessas operações passa por esses dois institutos, sendo necessária a fixação de parâmetros objetivos, a fim de evitar insegurança jurídica e que vícios processuais sejam utilizados para macular o jus puniendi estatal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho buscou verificar as lacunas na aplicação da teoria da serendipidade nos casos envolvendo titulares de foro por prerrogativa de função, a fim de demonstrar que a teoria não está consolidada no ordenamento jurídico pátrio, apresentando dissonâncias que podem acarretar inúmeros vícios processuais, gerando insegurança jurídica, como a que ocorreu no caso do senador do Estado de Goiás.

Inferiu-se que a doutrina e jurisprudência tem encontrado controvérsias acerca do uso da serendipidade em primeiro e segundo grau. O primeiro grau se relaciona ao critério de conexão e continência entre a prova descoberta e o fato que ensejou as investigações, já na serendipidade de segundo grau não há aspectos de continência e conexão. Em que pese a divisão doutrinária, a jurisprudência é uníssona no sentido de que a teoria é válida nos dois graus, sendo que o que se distingue são as consequências jurídicas de cada grau. Os elementos fortuitamente descobertos na serendipidade de primeiro grau são utilizados como provas para robustecer ação penal já em trâmite. Os elementos colhidos na serendipidade de segundo grau só poderão ser utilizados como *notitia criminis* para instauração de inquérito policial.

Coligiu-se ainda, que os principais vícios processuais têm sido no âmbito de interceptações telefônicas que fortuitamente desvendam práticas criminosas por parte de autoridades com foro por prerrogativa de função. Um dos aspectos mais polêmicos, discutido exaustivamente no caso analisado, foi o momento de declínio de competência para o juiz constitucionalmente competente para julgar o foro privilegiado.

No julgamento do HC envolvendo o senador goiano, enquanto o Superior Tribunal de Justiça defendeu a tese de encontro fortuito de provas, uma vez que o momento de declinar da competência seria somente quando restasse comprovada a participação de um agente com prerrogativa de função, o Supremo Tribunal Federal se posicionou em sentido diverso, afirmando que, tão logo saiba da participação de detentor de foro funcional, o juiz deve remeter o processo ao juízo competente, sob pena de ter usurpação de competência e violação ao princípio do juiz natural.

Assim, pode-se concluir que a falta de posicionamento consolidado e a omissão legislativa no que tange à teoria da serendipidade e os seus limites podem colocar em risco operações vultuosas que investiguem esquemas criminosos mais sofisticados. Sendo assim, ainda que jurisprudencialmente, revela-se urgente a delimitação das atuações das forças da segurança pública e da justiça frente ao encontro fortuito de provas e, sobretudo, nos casos em que há envolvidos com prerrogativa de função, de modo que a justiça possa ser alcançada e a segurança jurídica mantida.

REFERÊNCIAS

134

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BASTOS, Marcelo Lessa. Foro por prerrogativa de função na jurisprudência claudicante do Supremo Tribunal Federal. 1. ed. Rio de Janeiro: **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos**, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC 100174 / RS. Ementa: Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. Trancamento de inquérito policial. Ilicitude de provas. Ingresso em estabelecimento empresarial sem autorização. Necessidade de reexame de provas. Descoberta fortuita de provas. serendipidade. Justa causa. Índícios de materialidade e autoria. Agravo improvido (...). T5 – Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. **Diário de Justiça Eletrônico**: 02 set. 2019d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 307.152/GO. Ementa: habeas corpus. Processo penal. Descoberta fortuita, no curso de inquérito policial, de possíveis crimes praticados por terceira pessoa, detentora de prerrogativa de foro. Elementos de informação que subsidiaram denúncia posterior. Alegação de investigações indiretas autorizadas pelo juiz de primeiro grau e de usurpação de competência do STF (...). Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Rel. p/

Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 15 dez. 2015a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. QO na APn 878/DF. Ementa: processual penal e constitucional. Questão de ordem na ação penal. Competência criminal originária do STJ (...). Rel. Ministro Benedito Gonçalves, corte especial. **Diário de Justiça Eletrônico**, 19 dez. 2018b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 117.113/MG. Ementa: processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Encontro fortuito de provas serendipidade (...). Quinta Turma. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, **Diário de Justiça Eletrônico**, 05 dez. 2019a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 98.182/RJ. Ementa: recurso ordinário constitucional em habeas corpus. serendipidade. Desnecessidade de mandado judicial para a entrada em domicílio em que foi descoberta fortuitamente atividade criminosa (...). Rel. Ministra Laurita Vaz, sexta turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 01 abr. 2019b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 106.152. Ementa: ementa habeas corpus. Processo penal. Substitutivo de recurso constitucional. Inadequação da via eleita. Crimes fiscais. Quadrilha. Corrupção. Interceptação telefônica (...). Relator (a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 24 mai. 2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 167550 AgR. Ementa: embargos de declaração no agravo regimental no habeas corpus. Penal e processual penal. Crime de corrupção passiva. Artigo 317 do código penal. Alegada nulidade processual. Interceptação telefônica. Suposta desobediência ao disposto no artigo 2º da lei 9.296/96 (...). Relator (a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 03 set. 2019c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 3430/DF. Matéria: direito penal. Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral. Corrupção passiva (...). Relator (a) Min. Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**, 30 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 4703 QO. Ementa: embargos de declaração. Alegação de obscuridade. Equívoco no dispositivo do acórdão embargado. Determinação de remessa dos autos à 1ª instância da justiça estadual quando presentes elementos indicativos de que a competência é da 1ª instância da justiça federal (...). Relator (a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 28 set. 2018c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 7794. Ementa: processo penal e constitucional. Agravo regimental. Inquérito policial. Decisão judicial. Preclusão lógica e consumativa. Não ocorrência. Natureza inquisitiva do procedimento (...). Relator (a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 09 nov. 2018e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 25537. Ementa: Em petição de 27.10.2016 (protocolo 61.411/2016), a Mesa do Senado Federal solicita sua admissão no processo, na qualidade de assistente, e pede, ao final, em razão da liminar deferida nestes autos, “seja

autorizado, expressamente, o retorno dos Policiais Federais (...). Relator (a): Min. Teori Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**, 03 nov. 2016b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 36956 AgR. Ementa: Direito Processual Penal. 3. Suposta violação à competência do Supremo Tribunal Federal. 4. Foro por prerrogativa de função. Diligências no Gabinete Regional da Presidência da República. 5. Incomunicabilidade do resultado da diligência com o titular da prerrogativa de função (...). Relator (a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 05 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. AP 937-RJ. Ementa: 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 (...). Relator: Ministro Roberto Barroso. **Diário de Justiça Eletrônico**, 11 jun. 2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 135683. Ementa: Recurso ordinário em habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Crimes de corrupção passiva e advocacia administrativa. Interceptações telefônicas realizadas em primeiro grau de jurisdição. Operação Vegas (...). Relator (a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, 03 abr. 2017a.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. Foro privilegiado no Brasil. **Revista Jurídica-Faculdade de Direito de Franca**. v. 10, n. 2. Franca, 2015.

CÂMARA, Luiz Antônio; SEBASTIÃO, Jorge Filho. Encontro Fortuito da prova: considerações sobre a incidência de cautelas probatórias nos crimes contra a ordem econômica. 1. ed. Curitiba: **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, 2012.

136

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CASTRO, Matheus Felipe; MENDES, Frederico Ribeiro de Freitas. Dois pesos, duas medidas: O Supremo ativista e a restrição do foro por prerrogativa de função do legislativo: um estudo a partir da AP 937 do STF. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 5, n. 12, 2019.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade; LIMA, Frederico Retes. Foro, Prerrogativa e Privilégio: Quais e quantas autoridades tem foro no Brasil? v. 13, n. 76. Brasília: **Revista Direito Público**, 2017.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**, 2009. Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas>. Acesso em: 02 jul. 2020.

GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HENRIQUES, Fábio Rodrigo de Paiva. **Foro especial criminal por prerrogativa de função: Da necessária desconstrução do paradigma racionalista para alcance da efetividade da ação penal originária**. 2015 Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica. Pernambuco, 2015.

KALKMANN, Tiago. O encontro fortuito de provas no processo penal brasileiro e as correspondentes restrições na legislação alemã. 54. ed. Brasília: **Revista de doutrina e jurisprudência**, 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARCHIONATTI, Daniel. **Processo penal contra autoridades**. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SAKAMOTO, Fábio Meneguelo. **Direitos materialmente fundamentais**. Dissertação (Mestrado) 2017. Faculdade Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

SIQUEIRA, Lorena Isadora. **O princípio da serendipidade no direito processual penal brasileiro**. Frutal: Prospectiva, 2016.

SOUZA, Sergio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

TAVARES FILHO, Newton. **Foro por prerrogativa de função no direito comparado**. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/25999>. Acesso em: 04 jul. 2020.

TREVISAN, Flávia Cristina. **Conhecimento fortuito no processo penal: critérios de admissibilidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, São Paulo, 2013.

VINCI, Luciana Vieira Dallaqua. **A relação entre democracia e direitos e garantias fundamentais**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017.