



RELATÓRIO

Cuida-se de representação formulada pela REDE SUSTENTABILIDADE e pelo PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar contra o Senador AÉCIO NEVES DA CUNHA, com fundamento no artigo 55, inciso II, e § 2º, da Constituição Federal e artigo 13 e seguintes do Código de Ética e Decoro Parlamentar.

Segundo a narrativa apresentada, o Sr. Joesley Mendonça Batista teria entregue à Procuradoria-Geral da República uma gravação em que figura como interlocutor o Sr. Senador ora representado em que haveria suposta solicitação de vantagem indevida no valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), com a finalidade arcar com os custos de sua defesa técnica no âmbito da chamada operação Lava Jato.

Em momento pretérito, a irmã do Sr. Senador ora representado – Andrea Neves da Cunha – teria “abordado o Sr. Joesley Mendonça Batista, por ligação telefônica e por meio do aplicativo de mensagens instantâneas “WhatsApp” – a propósito da referida solicitação indevida de vantagem, informando-o de que o Eminentíssimo Sr. ALBERTO ZACHARIAS TORON, Advogado Criminalista, seria o defensor do Representado nos



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador **JOÃO ALBERTO SOUZA**

procedimentos em que figura como investigado ou réu. Relativamente às mensagens aqui referenciadas, as mesmas encontram devidamente acauteladas no bojo dos anexos à colaboração premiada respectiva. ”

O recebimento do valor teria sido efetivado por intermédio de FREDERICO PACHECO DE MEDEIROS, ex-diretor da Companhia Energética de Minas Gerais e um dos coordenadores de sua campanha presidencial em 2014, que também é primo do Representado.

De outra parte, assevera que a pessoa indicada para representar o Sr. JOESLEY MENDONÇA BATISTA foi o Sr. RICARDO SAUD, que também negocia acordo de delação premiada junto à Procuradoria-Geral da República.

Estes, são, em síntese, os fatos narrados na Representação ofertada.

DECIDO.

Com efeito, a Representação capitulou a suposta infração cometida pelo Sr. Senador ora representado no disposto na Constituição Federal, artigo 55, inciso II e § 2º, da Constituição Federal, a saber, *verbis*:





“Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

(...)

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

.....

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013)

Como é cediço, nos termos do disposto no artigo 14, da Resolução nº 20, de 1993 – Código de Ética e Decoro Parlamentar, é indispensável a instrução da Representação com as provas tendentes a demonstrar o quanto pretendido:

Art. 14. A representação contra Senador por fato sujeito à pena de perda do mandato ou à pena de perda temporária do exercício do mandato, aplicáveis pelo Plenário do Senado, na qual, se for o caso, sob pena de preclusão, deverá constar o rol de testemunhas, em número máximo de 5 (cinco), os documentos que a instruem e a especificação das demais provas que se pretende produzir, será oferecida diretamente ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar pela Mesa ou por partido político com representação no Congresso Nacional. (Redação dada pela Resolução n.º 25, de 2008)

No presente caso, foram anexadas meras notícias jornalísticas sobre suposto diálogo travado entre o Representado e Joesley Batista. Conforme





orientação da Advocacia do Senado Federal – ADVOSF, aplicando subsidiariamente o artigo 395 do Código de Processo Penal (conforme previsão do artigo 26-B do Regimento Interno do Conselho) “*a apresentação de matérias jornalísticas não se presta a constituir o suporte probatório mínimo que constitua justa causa para o prosseguimento da representação, concebida como a presença de indícios de autoria e prova de materialidade dos fatos*” [Caso Romero Jucá]

A fundamentação do pedido deve estar baseada em elementos que possam ser objeto de apuração. O quanto alegado, da mesma forma, deve estar lastreado em conjunto probatório pré-constituído, o qual deverá acompanhar a Representação no momento do seu ingresso, o que não ocorreu.

Tal circunstância, por si só, seria suficiente para justificar a rejeição preliminar do pedido. Nesse sentido, é a orientação jurisprudencial do colendo Supremo Tribunal Federal nos autos da Pet n. 2.805 da Relatoria do eminente Ministro Nelson Jobim em que S. Exa. deixou assente, *verbis*:

“Declaração constante de matéria jornalística não pode ser acolhida como fundamento para a instauração de um procedimento criminal”.





É temerário, portanto, permitir que meras notícias de jornal possam justificar a instauração de processos de tamanha gravidade, em verdadeiro aparelhamento do Poder Judiciário e também das Casas Legislativas.

Mas em que pese a juntada aos autos do “*Sumário de Evidências*” trazido pelos Representantes não se demonstra embasamento algum para o processamento do feito, como se demonstrará, o que justifica a rejeição preliminar nos termos da legislação de regência

Artigo 14.

(...)

III - se, ressalvados os casos previstos no inciso I do art. 3º desta Resolução, os fatos relatados forem referentes a período anterior ao mandato ou se forem manifestamente improcedentes. **(Incluído pela Resolução n.º 25, de 2008)** [destacou-se]

Saliente-se - ao contrário do que se afirma na Representação - que não há qualquer gravação ou troca de mensagens da conversa havida entre a Sra. ANDREA NEVES e o Sr. JOESLEY BATISTA apesar de ter sido nessa oportunidade que teria surgido o não comprovado pedido de vantagem indevida.



Ao contrário, das gravações e dos documentos trazidos aos autos em momento posterior fica claro e evidente que a irmã do Representado não pediu “propina” ao empresário, mas sim o procurou para tentar vender um apartamento da família. A transação imobiliária teria por finalidade arcar com os custos da defesa técnica.

Ora, como fica patente, apesar de haver expressa referência à tentativa de venda do apartamento, a representação ignora tal fato e caracteriza a percepção dos valores como sendo vantagem indevida.

Frise-se que, por sugestão do então candidato a delator, Joesley Batista é que foi oferecido o empréstimo com a clara finalidade de criar situação que pudesse livrá-lo das gravíssimas acusações de que é alvo e, ao mesmo tempo, proporcionar-lhe inéditos benefícios obtidos em acordo celebrado com o Ministério Público Federal.

Na gravação trazida aos autos não há qualquer tratativa acerca de eventual vantagem indevida, muito menos envolvendo interesses públicos. Não há pedido de contrapartida em troca do recebimento de qualquer vantagem. Não há notícia da prática de ato de ofício da esfera de competência do parlamentar. Cuidou-se apenas de tratativas para obtenção de empréstimo privado.

Assinatura manuscrita em azul.



É importante salientar que um dos representantes da empresa JBS, Ricardo Saud, diz expressamente, referindo-se ao Senador representado: *“Ele nunca fez nada por nós, na verdade. Ele nunca fez nada por nós.”*

Decorre, assim, da análise do arcabouço probatório trazido aos autos, que dos fatos narrados não decorre qualquer relação com a atividade parlamentar ou a função pública desempenhada pelo ora Representado. O que se verifica, de plano, é o empenho do Sr. JOESLEY BATISTA em tentar incriminar o Senador ora representado para fortalecer o seu pedido de delação premiada.

Veja-se que conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal a delação premiada é um meio de obtenção de prova. Nestes termos, decisão disposta no informativo nº 800/2015:

Inicialmente, o Colegiado teceu considerações a respeito da colaboração premiada, que alegadamente serviria como subsídio para justificar a prevenção do feito. No ponto, afirmou que este seria mero meio de obtenção de prova, sendo possível que o agente colaborador trouxesse informações a respeito de crimes que não teriam relação alguma com aqueles que, primariamente, fossem objeto da investigação. Esses elementos informativos sobre outros crimes, sem conexão com a investigação primária, deveriam receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou o encontro fortuito de provas, como na busca e apreensão e na interceptação telefônica. De toda sorte, ainda que válidos os elementos de informação trazidos pelo colaborador, relativamente a crimes



distintos do objeto da investigação matriz, o acordo de colaboração, como meio de obtenção de prova, não constituiria critério de determinação, de modificação ou de concentração da competência. (Inq 4130 QO/PR, rel. Min. Dias Toffoli, 23.9.2015. (Inq-4130)

A sistemática processual penal distingue os meios de obtenção de prova dos meios de prova, constituindo o objeto da prova todos os fatos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime. É através dos meios de obtenção de prova que são obtidos os meios de prova a partir dos quais se forma a convicção das autoridades julgadoras.

Repise-se, portanto, que a delação não pode ser considerada como um meio de prova contra o Senador. Nesse sentido, os representantes deveriam ter carreado aos autos provas documentais que comprovassem o suposto ato ilegal. Não havendo qualquer prova documental, há aqui claro conflito entre a palavra de um empresário interessado a qualquer custo em se safar da prisão e a palavra de um Senador da República que conta com presunção de veracidade (por emanar de um agente público).

Assim, descabe, por ausência de qualquer prova documental prestável e pela delação ser um mero instrumento de obtenção de prova, a alegação de prática de irregularidades graves no desempenho do mandato parlamentar.

Nesta medida cumpre analisar aspectos do Direito Penal Material que, complementando as considerações acima derredor do aspecto processual penal, afiguram-se relevantes no exame da questão ora em debate.



Importa, inicialmente, distinguir os elementos típicos do crime de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) e da infração ético-política do recebimento de vantagem indevida (art. 5º, inc. II, do Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal).

Para tanto, leia-se o teor das disposições em comento.

CÓDIGO PENAL

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

CÓDIGO DE ÉTICA E DECORO PARLAMENTAR DO SENADO FEDERAL.

Art. 5º Consideram-se incompatíveis com a ética e o decoro parlamentar:

(...)

II – a percepção de vantagens indevidas (Constituição Federal, art. 55, § 1º), tais como doações, ressalvados brindes sem valor econômico;

Note-se que há, sem prejuízo de outras distinções de menor relevo, duas notas diferenciadoras de enorme importância, que devem ser exploradas adequadamente em sua profundidade: a questão dos elementos de ação (núcleo dos tipos), e a questão do “ato de ofício”.





Em primeiro lugar, aponte-se a distinção entre os elementos de ação típicos (os núcleos dos tipos).

Enquanto na corrupção passiva a consumação do delito se realiza pelos atos de “solicitar ou receber (...), ou aceitar promessa” – em clara antecipação do resultado lesivo –, o Código de Ética e Decoro Parlamentar concentra a ação típica da situação jurídica infracional na efetiva percepção de vantagem.

A consequência não pode ser diminuída: os atos preparatórios são, portanto, evidentemente atípicos no caso da infração ético-política, de modo tal que, mesmo que eventualmente pudesse se afirmar a ocorrência da infração penal, ainda assim pode não ter ocorrido a infração ético-política.

Em outras palavras, de acordo com a interpretação estrita do Código de Ética e Decoro Parlamentar, somente se verifica a consumação do ato incompatível com o decoro naquilo que, na seara penal, é já exaurimento delitivo.

Há consequência para a presente representação.

É que a entrega do numerário supostamente solicitado pelo Senador da República representado se deu no bojo de uma ação controlada administrada pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal.

E mais: no caso concreto, a própria transação e entrega dos valores foi feita a partir da iniciativa de um agente em colaboração com os órgãos de investigação penal. Ao atuar – ainda que em busca de benefícios próprios – no exercício de colheita e de produção objetiva de provas em favor do



órgão acusatório, o agente em questão converte-se, para fins penais, no que se denomina '*agente provocador*'. Rogério Greco assim o define:

Uma vez preparado o flagrante pela polícia, a total impossibilidade de se consumir a infração penal pretendida pelo agente pode ocorrer tanto no caso de absoluta ineficácia do meio por ele utilizado como no de absoluta impropriedade do objeto. (...). No flagrante preparado, o agente é estimulado pela vítima, ou mesmo pela autoridade policial, a cometer a infração penal com o escopo de prendê-lo. A vítima e a autoridade policial, e até terceiros que se prestem a esse papel, são conhecidas como agentes provocadores. (Curso de Direito Penal, Vol. I, Parte Geral, p. 291, 2009).

Sobre o ponto, em caso análogo, a Advocacia do Senado registrou:

Por outro lado, as gravações decorreram de escuta ambiental e telefônica feita, supostamente, no interesse do Ministério Público Federal e no âmbito de tratativas para a realização de acordo de colaboração premiada do agente que efetuou a escuta. Desse modo, há dúvida objetiva acerca da licitude da prova obtida, já que o interlocutor que fez o registro das ligações pode vir a ser considerado, para os fins do direito processual penal, como agente a serviço do órgão de persecução penal – o que invalidaria a prova obtida e resultaria na ineficácia da deliberação do presente Conselho de Ética. (Parecer n. 418/2016).





Com efeito, conjugam-se aqui dois elementos que dão ensejo ao reconhecimento da nulidade processual. Em primeiro lugar, a atuação de agente provocador, que, abandonando a posição de inércia, passa a instigar o autor do fato para que se concretize o intuito alegadamente criminoso. Em segundo lugar, a preparação das circunstâncias para tornar impossível a consumação do fato.

Veja-se: não se está a dizer que era impossível, no caso, a consumação de alegado delito penal de corrupção, porque se trata de crime formal, de resultado cortado. Entretanto, o delito ético-político, como se viu, exige a efetiva percepção da vantagem – ou seja, que ela passe a integrar o patrimônio do Senador da República representado.

Aí sim, há flagrante caso de impossibilidade. Dadas as circunstâncias da operação e o controle exercido sobre o numerário, estes recursos jamais viriam a integrar o patrimônio do Senador da República representado. Por isso mesmo, o fato típico ético-político, visto sob o prisma objetivo, não se realizou – e jamais poderia ter se realizado.

Em reforço, diga-se que não se prevê a punibilidade de mera tentativa no âmbito ético-político – demais, como já se mencionou, a tentativa era impossível, por absoluta ineficácia do meio.

Desse modo, não tem incidência ao caso a norma sancionatória do art. 5º, inc. II, do Código de Ética e Decoro Parlamentar.

Em segundo lugar, há aparente distinção entre o tipo penal e a *fattispecie* do Código de Ética acerca da exigência de ato de ofício.



É que o Supremo Tribunal Federal mantém, apesar de novas nuances trazidas a lume no caso da Ação Penal n. 470 (Mensalão), a jurisprudência segundo a qual o crime de corrupção passiva tem como elementar do tipo a transação ou comércio de um ato de ofício (potencial ou efetivo), ainda que este não venha a se concretizar.

Em outras palavras, não há no direito penal brasileiro um mero crime de vantagem indevida (como ocorre no art. 372 do Código Penal Português, por exemplo). É o que decorre da expressão, “*mas em razão dela [da função pública]*”, prevista no tipo incriminador.

Entendo, apesar da diferença redacional, que o Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal deva ser interpretado no mesmo senso.

Com efeito, a percepção de vantagem indevida não deve ser compreendida, para fins do juízo ético-político, como mera vantagem que não esteja calcada em obrigação comutativa e bilateral. O que a norma exige é que a vantagem seja indevida porque implique, à similitude com o tipo penal, com a transação ou o comércio com o nobilíssimo cargo de Senador da República.

Em outras palavras, não se busca evitar a mera percepção de doação, sem mais. O que efetivamente viola o bem jurídico do decoro parlamentar é o recebimento de doações que esteja relacionado efetivamente às atribuições parlamentares e aos atos da vida pública do beneficiário. Vale dizer: é preciso que se impute ao Senador representado a prática da





transação, efetiva ou potencial, de atos funcionais em virtude da vantagem percebida.

Não fosse assim, o parlamentar estaria em uma situação de significativa inferioridade de direitos em relação ao conjunto dos cidadãos, já que todo e qualquer ato jurídico que lhe fosse feito a título gratuito, ainda que não importasse em acréscimo patrimonial, poderia render ensejo à perda de seu cargo, com as gravíssimas consequências jurídicas daí decorrentes (que incluem a inelegibilidade).

Pois bem.

No caso concreto, não há imputação, pelos representantes, de que o Senador da República representado haja solicitado a vantagem em comento como contrapartida de algum ato vinculado ao ofício senatorial.

A ausência da imputação específica da elementar enseja a inépcia da representação, dado que, mesmo *in statu assertionis* não haveria idoneidade para a procedibilidade do processo ético-parlamentar, em vista de sua improcedência manifesta por atipicidade formal.

Merece ainda reflexão acerca do caráter de excepcionalidade que deve presidir os casos trazidos a julgamento referentes à cassação de mandatos eletivos. E tal não se dá por questões corporativas, mas sim porque o mandato consubstancia um poder outorgado diretamente pelo povo, pela via de eleições livres e democráticas.

Deste modo a cassação/extinção do mandato não se dá pelo mesmo modo como este poder foi conferido, mas sim por decisão adotada no círculo restrito do Parlamento. De um lado têm-se, pois, um mandato que



nasce da vontade popular soberana e, do outro, uma decisão que interfere de forma indireta nesta vontade, mas que é manejado por um grupo restrito de parlamentares, sem qualquer participação popular.

Atento a esta dicotomia insuperável, é lícito afirmar que a ideia de cassação de um mandato eletivo traz em si o seríssimo efeito de se proceder à desconsideração da vontade popular expressa em milhões de votos, pelo que decorre a imperiosidade de tratar todas as situações de extinção heterodoxa do mandato parlamentar com exegese sempre restrita.

Nessa linha de raciocínio, é de solar clareza que a conduta atribuída ao ora Representado não encontra adequação típica na hipótese constitucionalmente prevista no artigo 55 da Constituição Federal, a saber:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.



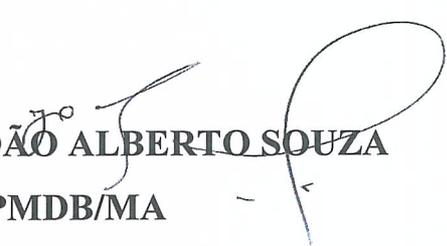


SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador **JOÃO ALBERTO SOUZA**

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevida

Em casos tais teve ter incidência o disposto no artigo 14, § 1º, inciso III da Resolução nº 20, de 1993, Código de Ética e Decoro Parlamentar quando forem manifestamente improcedentes os fatos constantes na Representação em tela.

Ante o exposto, determino o seu arquivamento.


SENADOR JOÃO ALBERTO SOUZA
PMDB/MA