



Sexta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.137.432-DF
(2009/0081840-2)**

Relator: Ministro Og Fernandes

Agravante: Sérgio Augusto Prêsa e outros

Advogado: Enrico Caruso e outro(s)

Agravado: Distrito Federal

Procurador: Djacyr Cavalcanti de Arruda Filho e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Art. 543-B do Código de Processo Civil. Sobrestamento. Não obrigatoriedade. Concurso público. Agente penitenciário. Exame psicotécnico. Anulação. Nova avaliação. Desnecessidade diante do caso concreto.

1. A regra de sobrestamento contida no art. 543-B do CPC não tem aplicação obrigatória nos recursos especiais pertinentes com matéria constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

2. A decisão agravada entendeu, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que a anulação do exame psicotécnico não exime o candidato de nova avaliação. Entretanto, o caso apresenta peculiaridades, devidamente ressaltadas pela Corte de origem, que recomendam um enfoque diferenciado sobre a matéria.

3. A apreciação do comportamento profissional mediante o estágio probatório e a rotina do serviço, ao longo de treze anos de exercício do cargo de Agente Penitenciário, revelou-se mais adequada à finalidade da norma legal tida por violada pelo Distrito Federal — art. 9º, VII, da Lei n. 4.878/1965, que requer dos aspirantes às carreiras policiais “temperamento adequado ao exercício da função policial” — do que os critérios utilizados no teste anulado.

4. A par da desnecessidade de sujeitar a nova revista psicológica quem já foi objeto de escrutínio do ponto de vista comportamental, importa observar que nenhuma reavaliação daqueles servidores

ocorrerá em condições isonômicas com os demais candidatos, seja em razão do tempo transcorrido desde a realização do concurso, seja em razão dos vícios que infirmaram o exame original.

5. O STF decidiu recentemente que o psicotécnico realizado com mácula dos princípios que regem o Direito Administrativo, notadamente os da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, não é apto a servir de parâmetro de igualdade, sob pena de se admitir que o Estado possa ser beneficiado de sua própria torpeza (MS n. 30.822-DF, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 5.6.2012, DJe 25.6.2012).

6. Contexto fático diante do qual o abalo causado à estabilidade alcançada lícitamente e de boa-fé, apenas para atender à literalidade da Lei, não seria medida razoável nem coerente com o interesse público.

7. Agravo regimental a que se dá provimento para manter integralmente o acórdão impugnado pelo recurso especial do Distrito Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 29.11.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de agravo regimental à iniciativa de *Sérgio Augusto Prêsa e outros* contra decisão que deu provimento, em parte,

ao recurso especial interposto pelo *Distrito Federal*, à consideração de que: (i) a análise da tese de ilegitimidade de parte demanda a análise de fatos e provas, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça; (ii) deve ser anulado o exame psicotécnico revestido de caráter subjetivo e sigiloso; (iii) a anulação do teste não isenta os candidatos de nova avaliação psicológica, desta vez pautada em critérios de objetividade, publicidade e revisibilidade do resultado

Os agravantes requerem o sobrestamento do recurso (art. 543-B do Código de Processo Civil), em razão do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Especial n. 608.482-RN, da repercussão geral da questão relativa à aplicação da Teoria do Fato Consumado nas situações em que nomeação e posse em cargo público decorreram de decisão judicial de caráter provisório.

Alegam que: “se encontram trabalhando desde 1999 para o Distrito Federal [como Agentes Penitenciários], tendo sido aprovados no estágio probatório, com pontuação máxima, inclusive recebendo elogios em relação aos seus desempenhos. Portanto, suprimindo o exame psicotécnico pela própria supervisão do estágio probatório, visto que os agravantes foram analisados sob o enfoque da atuação concreta no dia-a-dia de suas funções, não havendo, portanto, necessidade de serem submetidos a novo exame psicotécnico” (e- fl. 833).

Caso tenham de se submeter a novo exame, pedem que seja aplicado pela Academia Nacional de Polícia, conforme o disposto na Lei n. 4.878/1965.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Inicialmente, cumpre registrar que a regra de sobrestamento contida no art. 543-B do CPC não tem aplicação obrigatória nos recursos especiais pertinentes com matéria constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Assim:

Processo Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Direito Financeiro. Requisição de Pequeno Valor. Período compreendido entre a data da elaboração da conta de liquidação e o efetivo pagamento da RPV. Juros de mora. Descabimento. Súmula Vinculante n. 17-STF. Aplicação analógica. Correção monetária. Cabimento. Taxa Selic. Inaplicabilidade. IPCA-E. Aplicação.

(...)

12. O Supremo Tribunal Federal, em 13.3.2008, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário n. 579.431-RS, cujo *thema iudicandum* restou assim identificado: “Precatório. Juros de mora. Incidência no período compreendido entre a data da feitura do cálculo e a data da expedição da requisição de pequeno valor.”

13. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, como *cedição*, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

14. É que os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros Tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp n. 863.702-RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.5.2009, DJe 27.5.2009; AgRg no Ag n. 1.087.650-SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 31.8.2009; AgRg no REsp n. 1.078.878-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.6.2009, DJe 6.8.2009; AgRg no REsp n. 1.084.194-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 5.2.2009, DJe 26.2.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp n. 805.223-RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 4.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp n. 950.637-MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.5.2008, DJe 21.5.2008; e AgRg nos EDcl no REsp n. 970.580-RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 5.6.2008, DJe 29.9.2008).

15. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do *thema iudicandum*, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

16. Recurso especial parcialmente provido, para declarar a incidência de correção monetária, pelo IPCA-E, no período compreendido entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da Requisição de Pequeno Valor — RPV, julgando-se prejudicados os embargos de declaração opostos pela recorrente contra a decisão que submeteu o recurso ao rito do artigo 543-C, do CPC. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp n. 1.143.677-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 2.12.2009, DJe 4.2.2010) — grifos acrescidos.

No tocante ao mérito, a decisão agravada entendeu que a anulação do exame psicotécnico não exime o candidato de nova avaliação, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no RMS n. 26.743-PA, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, Sexta Turma, julgado em 16.8.2011, DJe 29.8.2011; AgRg no Ag n. 1.211.934-MG, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, Quinta Turma, julgado em 18.2.2010, DJe 15.3.2010; REsp n. 1.321.247-DF,

Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Segunda Turma*, julgado em 7.8.2012, DJe 14.8.2012.

Entretanto, bem reexaminados os autos, o caso apresenta peculiaridades que recomendam um enfoque diferenciado sobre a matéria, razão por que merece ser submetido à consideração deste Órgão Colegiado, ainda que normalmente devesse ser objeto de reconsideração pelo próprio Relator.

Os agravantes iniciaram em 1999 discussão judicial em torno da legalidade do exame psicotécnico aplicado no concurso público para o cargo de Agente Penitenciário da Carreira de Polícia Civil do Distrito Federal, tendo obtido, em 27.4.1999, decisão antecipatória da tutela (e-fls. 184-185) — posteriormente confirmada na sentença (e-fls. 439-445) e em sede de apelação (e-fls. 516-524) — que lhes assegurou matrícula no curso de formação, bem como nomeação e posse, caso aprovados e regularmente classificados, o que efetivamente ocorreu. Eis a ementa do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

Embargos declaratórios. Administrativo. Concurso para o cargo de agente penitenciário. Exame psicológico. Candidatos não recomendados. Inépcia da inicial. Não configurada. Necessidade de prévio conhecimento dos critérios de avaliação. Condição de validade.

1. Configura-se a conclusão lógica entre a narração dos fatos e o pedido contido na inicial, quando os requerentes pedem a anulação do exame psicotécnico, sob alegação de utilização de critérios subjetivos e imprecisos e, via de consequência, o prosseguimento no concurso público.

2. O exame psicotécnico aplicado em concurso público da carreira da Polícia Civil do Distrito Federal, previsto no inc. VII do art. 9º da Lei n. 4.878/1965, encontra-se com sua validade condicionada a critérios objetivos, que deveriam ser previstos no edital, bem como a resultados fundamentados que possibilitassem viabilizar aos candidatos a sua contestação mediante recurso administrativo.

3. Embargos rejeitados.

Empossados, concluíram o estágio probatório com aproveitamento, tendo sido avaliados quanto aos seguintes aspectos, constantes das declarações juntadas às e-fls. 501-513:

- I - coragem moral e física no cumprimento da atividade profissional;
- II - lealdade à instituição policial;
- III - comportamento condizente com o cargo em lugar público;

IV - cumprimento com presteza e sem objeções das ordens recebidas e das normas internas;

V - iniciativa própria no cumprimento das tarefas que lhe são afetas;

VI - demonstração da capacidade para o exercício do cargo;

VII - demonstração de serenidade e de equilíbrio nas atividades ou missões a seu cargo, inclusive sob pressão;

VIII - cumprimento com presteza e desembaraço das atribuições do cargo;

IX - demonstração de capacidade para o exercício do cargo.

Além disso, receberam elogios individuais pelo empenho demonstrado ao longo de 13 (treze) anos de serviço público em diversas unidades prisionais do Distrito Federal, conforme os documentos extraídos das respectivas fichas funcionais (e-fls. 497-500).

Tal é o quadro que se apresenta nos autos e foi levado em consideração pela Corte de origem (e-fls. 522 e 710) para manter os autores nos seus cargos.

Se bem que cabalmente verificada a aptidão daqueles servidores para o exercício do cargo, a Administração demandou a realização de novo exame psicotécnico, nos termos do art. 9º, VII, da Lei n. 4.878/1965, a pretexto de dispensar tratamento igualitário a todos que participaram do concurso público, tendo sido este o único ponto do recurso especial do Distrito Federal que recebeu acolhimento, ensejando o presente agravo regimental.

Quanto ao aspecto da legalidade, adverte LUIS RECASENS SICHES, com muita propriedade, que o Direito não é um fim em si mesmo, é apenas um meio a serviço de um fim, que consiste na existência da sociedade. Louvando-se em JHERING, discorre que o critério do Direito não é um “critério absoluto de verdade”, mas, sim, um “critério relativo de finalidade” (SICHES, Luis Recasens. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. 5ª ed. México: Editorial Porrúa, 1975, pp. 632-633).

Tomando a hermenêutica teleológica como referência, JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA elabora um roteiro de investigação da atividade estatal que passa necessariamente pela persecução do interesse público, que é o móvel principal da Administração:

O princípio da finalidade implica o dever da Administração mover-se na persecução do específico bem jurídico de índole publicista que justifica a atividade, depreendido a partir da regra legal habilitante. Em termos genéricos, incorpora o dever de atender ao interesse público, mola propulsora da ação do

administrador. Mas para não se confundir totalmente com o princípio do interesse público, urge salientar que, em sua formulação mais abalizada, propugna o princípio da finalidade a identificação e a vinculação do agente à específica e imediata finalidade pública que informa pontualmente a norma aplicada, passível de ser descoberta na atividade de atuação do Direito, a partir do labor interpretativo dentro da sistemática que permeia a ordem jurídica.

(OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 254).

Cabe acentuar que, na identificação da finalidade pública, deve o intérprete servir-se de um juízo de razoabilidade e proporcionalidade, pois “(...) a lei, prelecionava o grande Amílcar de Castro, embora nunca ao arrepio do sistema jurídico, deve ser interpretada em termos hábeis e úteis” (REsp n. 167.383-DF, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 8.5.2001, DJ 15.10.2001).

Daí porque recentemente o STF afastou reprovação em exame físico previsto na Lei da carreira e no edital do concurso, visto que tal eliminação não condizia com o fato de a própria Administração ter reconhecido, ainda que por outros meios, a higidez do candidato:

Questão de ordem. Medida cautelar. Liminar que conferiu efeito suspensivo a recurso extraordinário. Referendo da Turma. Incisos IV e V do art. 21 do RI-STF. Concurso público para o cargo de agente penitenciário. Discromatopsia parcial (daltonismo). Eliminação do certame. Possível violação aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Decisão singular concessiva de efeito suspensivo a recurso extraordinário. Candidato eliminado do concurso público para o cargo de agente penitenciário. Prévio desempenho das atribuições do cargo mediante contrato temporário e, em momento posterior, por força de medida liminar. Reconhecimento pela própria Administração de que o candidato era apto para o exercício das atribuições. Existência de laudo pericial no sentido de que a deficiência não prejudica o desempenho das atividades. Possível ofensa aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Presença dos pressupostos autorizadores da medida. Questão de ordem que se resolve pelo referendo da decisão concessiva do efeito suspensivo ao apelo extremo.

(STF, AC n. 2.940-MG MC-QO, Rel. Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 27.3.2012, DJe 31.7.2012) — grifos acrescidos.

Partindo-se dessas premissas fincadas na doutrina e na jurisprudência, é razoável considerar que as avaliações positivas recebidas durante o estágio probatório em mais de uma década de desempenho das funções do cargo, no

tocante aos diversos aspectos da conduta profissional e emocional exigida dos Agentes Penitenciários, atingiram a finalidade maior do art. 9º, VII, da Lei n. 4.878/1965, que requer dos aspirantes às carreiras policiais: “Art. 9º (...) VII - *possuir temperamento adequado ao exercício da função policial*, apurado em exame psicotécnico realizado pela Academia Nacional de Polícia; (...)” (grifos acrescidos).

A par da desnecessidade de sujeitar a nova revista psicológica quem já foi objeto de escrutínio do ponto de vista comportamental, importa observar que nenhuma reavaliação daqueles servidores ocorrerá em condições isonômicas com os demais candidatos, seja em razão do tempo transcorrido (treze anos), seja em razão dos vícios que infirmaram o exame original.

Convém destacar da sentença o excerto que expõe a existência, naquele teste, de fatores de discriminação que não guardam conexão lógica com nenhuma razão diferencial plausível, que lhes possa ter servido de suporte: “(...) é imperioso que a Administração esclareça, objetivamente, em que consistem os critérios diferenciadores e qual a sua relação, no caso concreto, com a defesa do interesse público primário;” (e-fl. 444).

Vem, a propósito, acórdão recente do STF no sentido de que o psicotécnico realizado com mácula dos princípios que regem o Direito Administrativo, notadamente os da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, não é apto a servir de parâmetro de igualdade, sob pena de se admitir que o Estado possa ser beneficiado de sua própria torpeza.

Cuidou-se, efetivamente, de mandado de segurança impetrado pelo Estado de Rondônia e o respectivo Ministério Público contra ato do Conselho Nacional do Ministério Público que, ao afastar a reprovação em exame psicológico, no âmbito de concurso público para Promotor de Justiça Substituto, determinou a nomeação e posse dos candidatos inicialmente eliminados, independentemente da renovação do teste. Eis a ementa do julgado:

Mandado de segurança. Conselho Nacional do Ministério Público. Controle de legalidade de ato praticado pelo Ministério Público de Rondônia. Concurso público. Exame psicotécnico. Previsão em lei. Critérios objetivos. Ordem denegada.

I - O art. 5º, I, da Lei n. 12.016/2009 não configura uma condição de procedibilidade, mas tão somente uma causa impeditiva de que se utilize simultaneamente o recurso administrativo com efeito suspensivo e o *mandamus*.

II - A questão da legalidade do exame psicotécnico nos concursos públicos reveste-se de relevância jurídica e ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

III - A exigência de exame psicotécnico, como requisito ou condição necessária ao acesso a determinados cargos públicos, somente é possível, nos termos da Constituição Federal, se houver lei em sentido material que expressamente o autorize, além de previsão no edital do certame.

IV - É necessário um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos critérios que nortearão a avaliação psicotécnica. A ausência desses requisitos torna o ato ilegítimo, por não possibilitar o acesso à tutela jurisdicional para a verificação de lesão de direito individual pelo uso desses critérios.

V - Segurança denegada.

(STF, MS n. 30.822-DF, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 5.6.2012, DJe 25.6.2012).

Mas é no seguinte trecho do voto do Ministro Relator daquela impetração que se encontram as considerações que mais interessam à presente discussão:

(...) Ressalto, por fim, que não comporta acolhimento o pedido alternativo dos impetrantes de realização de nova avaliação psicológica.

Isso porque, ausentes os critérios objetivos para a avaliação psicotécnica, como seria possível a realização de um novo exame? Com a definição posterior desses requisitos a serem utilizados?

Essa postura violaria ainda mais o princípio da impessoalidade a que está submetida a Administração Pública, pois seriam estipuladas novas regras de avaliação para candidatos já conhecidos. E, quanto à eventual alegação de que a anulação do teste apenas para os três candidatos feriria o princípio da isonomia, também não procede, pois a esta decisão em nada altera a situação dos demais aprovados, conforme demonstrei acima.

Penso, assim, não existir direito líquido e certo dos impetrantes a ser tutelado. Qual seria esse direito: o de republicar um edital, definindo a posteriori os critérios objetivos para a avaliação psicotécnica a ser aplicada somente aos três candidatos? Seria admitir que o Ministério Público rondoniense pudesse se beneficiar da sua própria torpeza, o que é, à toda evidência, vedado pelo direito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Por todas essas razões, entendo que o Conselho Nacional do Ministério Público afastou, acertadamente, a reprovação dos três candidatos não recomendados no exame psicotécnico.

A eg. Segunda Turma do STJ reconhece que determinadas situações consolidadas pelo decurso do tempo, em casos que não resultarem de condutas

antijurídicas premeditadas, devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte prejuízo excessivo, em desacordo com o art. 462 do CPC:

Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Nesse sentido:

Administrativo. Exame da ordem. Em regra não cabe ao poder judiciário revisar os critérios adotados pela banca examinadora. Legítima consolidação da situação fática. Teoria do fato consumado.

1. O Poder Judiciário não pode substituir a banca examinadora na análise do mérito das questões em concurso público, salvo se a questão impugnada pelo candidato apresentar-se dissociada dos pontos constantes do edital ou teratológica.

2. *Todavia, ainda que a instância ordinária incida em desacerto, a Primeira Seção desta Corte Superior tem entendido que as situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de se causar à parte excessivo prejuízo. Trata-se da aplicação da teoria do fato consumado, que privilegia o princípio da segurança jurídica e a estabilidade nas relações sociais.*

3. *A teoria do fato consumado, contudo, não pode ser aplicada indiscriminadamente sem uma análise sobre as particularidades de cada caso. Há situações onde o princípio da boa-fé objetiva impõe o seu afastamento. A título de exemplo, não se poderia considerar consolidada uma situação de fato resultado de conduta antijurídica premeditada. O Direito não pode premiar a torpeza.*

4. *In casu*, todavia, não há elementos no acórdão que permitam a conclusão de que o recorrido violou o princípio da boa-fé objetiva, nem de que se valeu de meios espúrios para forçar a sedimentação de uma situação de fato, com o fim de obter, posteriormente, o benefício da aplicação da teoria do fato consumado. Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.130.985-PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17.12.2009, DJe 19.2.2010) — grifos acrescidos.

Igualmente, aliás, tem decidido a Terceira Seção, como se vê no julgado assim ementado:

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Continuidade no certame por força de decisão judicial exarada em cognição exauriente. Posse e exercício há mais de doze anos. Posterior alteração da sentença em sede de

apelação. Anulação do ato de nomeação. Processo administrativo. Contraditório e ampla defesa. Necessidade. Fato superveniente. Art. 462 do CPC. Aposentadoria superveniente da impetrante. Ato de demissão que não tem o condão de alterar o *status* de aposentada da servidora. Aplicação da teoria do fato consumado.

1. Nos termos da Súmula n. 473-STF, “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos a apreciação judicial.”

2. Concedida a aposentadoria voluntária à Impetrante pela própria Administração Pública, mostra-se imperiosa a instauração do processo administrativo, na medida em que o seu poder revisional, quando o ato administrativo impugnado repercute na esfera de interesse individual do administrado, deve se sujeitar aos princípios constitucionais basilares do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório; sob pena de restar configurada uma atuação ilegal e arbitrária da administração. Precedentes.

3. *O fato superveniente, relevante para a solução da lide, deve ser levado em consideração pelo magistrado até o trânsito em julgado da demanda, ainda que de ofício, nos exatos termos dos arts. 462 e 463 do Código de Processo Civil, na medida em que o provimento judicial deve refletir o estado de fato no momento da entrega jurisdicional. Precedentes.*

4. No caso, foi concedida a aposentadoria voluntária à Impetrante pela própria Administração, por meio da Portaria n. 109, de 27.4.2010, em decorrência do preenchimento de todos os requisitos constitucionalmente exigidos, após o efetivo exercício do cargo de Auditor Fiscal do Trabalho, pelo prazo de aproximadamente 12 (doze) anos.

5. É inafastável, excepcionalmente, a aplicação da Teoria do Fato Consumado, no presente caso, na medida em que a Impetrante esteve amparada por sentença de mérito, de caráter definitivo, prolatada após cognição exauriente do magistrado. Além disso, ainda que tornada sem efeito a portaria que a nomeou e empossou no cargo, tal circunstância não tem o condão de afastar o efetivo preenchimento dos requisitos exigidos para aposentadoria, concedida pela própria Administração.

6. Segurança concedida.

(MS n. 14.647-DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 25.4.2012, DJe 3.9.2012) — grifos acrescidos.

De modo semelhante, a Primeira Turma firmou a compreensão de que se pode flexibilizar as restrições impostas à Teoria do Fato Consumado, levando-se em consideração a extensão dos serviços prestados pelo servidor *sub judice*, desde que não tenha baseado a sua pretensão na má-fé:

Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Concurso público para o cargo de delegado da polícia federal. Candidato reprovado no teste físico e que permaneceu no certame por força de decisão judicial. Exercício do cargo há mais de 10 anos. Aplicação da teoria do fato consumado. Situação consolidada pelo decurso do tempo. Agravo regimental da União desprovido.

1. Segundo a orientação jurisprudencial consolidada desta Corte Superior, não se aplica a teoria do fato consumado nas hipóteses em que o candidato permanece no certame por força de decisão judicial concedida a título precário; na presente demanda, contudo, em face de suas peculiaridades fáticas, deve ser flexibilizado esse entendimento.

2. *In casu*, o recorrente, após ter sido reprovado no teste físico para provimento do cargo de Delegado de Polícia Federal, teve assegurado o seu direito de permanecer no certame por força de decisão judicial, estando no exercício do cargo há mais de 10 anos, motivo pelo qual impõe-se reconhecer que a situação fática está consolidada no tempo; ademais, durante o decênio de exercício funcional, não se registra contra o Servidor qualquer deficiência operacional ou insuficiência de desempenho que se possa atribuir àquele insucesso do passado.

3. *Apesar de respeitáveis pronunciamentos em contrário, deve-se prestigiar a conservação de situações jurídicas que o fluir irreparável do tempo produz, inclusive pelos seus efeitos favoráveis à pacificação das relações sociais; se essas situações permanecessem sempre modificáveis, se implantaria o reino de insegurança e da intranquilidade, com prejuízos visíveis à própria ordem pública.*

4. *Em respeito ao princípio da segurança jurídica nas relações de Direito Público, em contraste com a aplicação pura e simples do princípio da legalidade, é salutar que se assegure a manutenção de situações jurídicas colmatadas ex ope temporis, como no caso.*

5. Agravo Regimental da União desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.223.220-RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 17.4.2012, DJe 9.5.2012) — grifos acrescidos.

Bom destacar que as circunstâncias em que se encontram os ora agravantes não surgiram à sombra de atos ilegais ou irresponsáveis, mas, ao contrário, apresentam-se revestidas de forte aspecto de legalidade, por que respaldadas em pronunciamentos judiciais uníssonos que repeliram afronta à Lei cometida em determinada etapa do concurso público.

Como foi anunciado, a apreciação do comportamento profissional pelos superiores hierárquicos, durante treze anos de serviço, revelou-se mais adequada à finalidade da norma legal tida por violada pelo Distrito Federal (art. 9º, VII, da Lei n. 4.878/1965), do que os critérios herméticos e subjetivos utilizados no exame psicotécnico anulado.

Com efeito, abalar a estabilidade funcional alcançada lícitamente e de boa-fé, apenas para atender à literalidade da Lei, não seria medida razoável nem coerente com o interesse público.

Em face do exposto, *dou provimento* ao agravo regimental para manter integralmente o acórdão impugnado pelo recurso especial do Distrito Federal.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Sr. Presidente, essa solução acabaria por afrontar também o princípio da isonomia, em relação aos demais candidatos remanescentes, sejam aqueles aprovados, sejam os não aprovados.

Eu li atentamente o voto de V. Exa. e somente queria entender a extensão do que estamos decidindo.

Acompanho o voto de V. Exa. Estamos a nos adequar ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, na matéria.

HABEAS CORPUS N. 125.315-TO (2008/0286949-0)

Relator: Ministro Og Fernandes

Impetrante: Paulo Roberto da Silva e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

Paciente: Fernando Henrique de Andrade

Advogado: Jaime de Carvalho Leite Filho - Defensor Público da União

EMENTA

Habeas corpus. Writ substitutivo de recurso ordinário constitucional. Impossibilidade. Não conhecimento. Paciente pronunciado por tentativa de homicídio. Alegação de atipicidade da conduta. Inteligência do art. 14, II, do CP. Ausência de justa causa não

evidenciada de plano. Reexame do conjunto probatório. Inviabilidade da via eleita. Ausência de constrangimento ilegal capaz de superar o óbice apontado.

1. A Constituição Federal define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional e, no que se refere ao reexame das decisões dos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais, quando denegatórias de *habeas corpus*, estabelece taxativamente o instrumento processual adequado ao exercício de tal competência, a saber, o recurso ordinário (*ex vi* do art. 105, II, alínea a, da CF).

2. Cumpre restaurar a consciência da missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça, isto é, de intérprete da lei federal. É preciso assimilar, com precisão, que não cabe ao Tribunal Superior reexaminar fatos, ou apreciar o grau de justiça das decisões proferidas pelos Tribunais Estaduais e Federais.

3. Diante desse contexto, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

4. Entretanto, como a alteração da jurisprudência ocorreu posteriormente a impetração do presente *writ*, esta Corte de Justiça vem entendendo que a superação do óbice apontando será possível nas hipóteses em que se detectar flagrante ilegalidade, situação inócurrenente na espécie.

5. Consta dos autos que o paciente teria contratado, em tese, duas pessoas para matar seu filho, na época, com três meses de idade, mediante utilização de veneno, com o objetivo de eximi-lo da obrigação de pagar alimentos, bem como de ocultar o relacionamento que mantivera com a mãe da vítima, já que pretendia se casar com outra mulher.

6. Sem que haja necessidade de aprofundado exame acadêmico acerca das teorias desenvolvidas para diferenciar os atos preparatórios dos executórios, o fato é que as instâncias ordinárias apontaram a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas,

concluindo que o crime somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos acusados.

7. Em face do quadro delineado na origem, definir se a conduta do ora paciente, suposto mandante do crime, se limitou a mera cogitação/preparação do delito ou se estendeu em fase que possa ser considerada como início de execução, é matéria que demanda o exame aprofundado do conjunto fático probatório, procedimento vedado na estreita via do *habeas corpus*.

8. Nunca é demais lembrar que a pronúncia é mero juízo de admissibilidade da acusação, cumprindo ao magistrado apontar, em termos comedidos, a prova do crime e os indícios de autoria, para não influenciar na decisão dos jurados.

9. Dessa forma, cabe ao Conselho de Sentença decidir sobre a questão levantada na presente impetração, a teor do disposto no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, visto que não demonstrado, de plano, a alegada atipicidade da conduta.

10. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Dr. Antonio Ianowich Filho, pela parte paciente: Fernando Henrique de Andrade.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Fernando Henrique de Andrade*, pronunciado como incurso no art. 121, § 2º, incisos I, III e IV e § 4º, parte final, c.c. o art. 14, II, do Código Penal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins que negou provimento a recurso em sentido estrito, assim ementado:

Recurso em sentido estrito. Materialidade comprovada. Indícios de autoria existentes. Pronúncia. Testemunhas compromissadas. Não comparecimento em audiência. Pedido de intimação. Preclusão. Inexistência de prejuízo ao réu. Nulidade não comprovada. Acareação. Desnecessidade.

1. Comprovada a materialidade delitiva e presente os indícios de autoria, deve o juiz pronunciar o réu.

2. Uma vez arroladas as testemunhas sem qualificá-las devidamente e estas deixam de comparecer à audiência, não pode o réu requerer a intimação delas fora do prazo previsto em lei. Ocorrência da preclusão.

3. A acareação de testemunhas faz-se desnecessárias para provar fatos pretéritos irrelevantes para a apuração do crime e sua autoria.

4. Recurso não previsto (fl. 162).

Contra o aludido acórdão, a defesa manejou recurso especial, recebido nesta Corte no mês de maio de 2011 e registrado sob o n. 1.251.934-TO, ainda pendente de julgamento, no qual se alega negativa de vigência aos arts. 395, 396, 397, 398, 399, 404 e 405, do Código de Processo Penal, afirmando ter havido cerceamento de defesa, eis que não foram ouvidas as testemunhas indicadas pelo ora paciente.

No presente *writ*, buscam os impetrantes o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, afirmando o paciente não praticou qualquer ato executório para justificar a persecução criminal pela suposta prática do delito de homicídio tentado.

Enfatiza que a corré Betiane, contratada para executar o crime, não ultrapassou os atos preparatórios, porquanto sequer teve a oportunidade de tentar injetar o veneno na boca da vítima – filho do ora paciente –, não tendo nenhum contato físico com o bebê, já que sua mãe nunca permitiu que ela o pegasse no colo.

Requer, em suma, o trancamento da ação penal por falta de justa causa, em razão da atipicidade do fato e da ausência de elementos fáticos e probatórios suficientes a embasar a persecução penal.

Indeferida a liminar, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

Por fim, em consulta ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, constata-se que o feito aguarda a realização da sessão plenária, ainda sem data marcada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): A Constituição da República define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional. Destacam-se, por oportuno, as de previsão inserta no art. 105, inciso I, alínea **c**, e inciso II, alínea **a**: *habeas corpus* originário e recurso ordinário em *habeas corpus*, respectivamente.

O primeiro é cabível quando “o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea **a**, ou quando o coator for Tribunal sujeito a sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”.

O segundo, vale dizer, o recurso ordinário, somente será cabível contra decisões denegatórias proferidas em *habeas corpus* julgados em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

De outro lado, o instrumento previsto, também com matiz constitucional (art. 105, inciso III) é o recurso especial. Nesse aspecto, a competência desta Corte se limita *in verbis*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

À luz desse preceito, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

Ressalta-se, desde logo, que a aventada atipicidade da conduta pela prática de atos meramente preparatórios não foi objeto das razões do Recurso Especial n. 1.251.934-TO, interposto pelo ora paciente, o qual se encontra pendente de julgamento nesta Corte.

De qualquer forma, não vislumbro flagrante ilegalidade capaz de superar o óbice acima apontado e justificar a intervenção desta Corte.

Consta dos autos que o paciente teria contratado, em tese, duas pessoas para matar seu filho, na época, com três meses de idade, mediante utilização de veneno.

Segundo a denúncia, o crime foi praticado com o objetivo de eximir o paciente da obrigação de pagar alimentos, bem como de ocultar o relacionamento que mantivera com a mãe da vítima, já que pretendia se casar com outra mulher.

Sustentam os impetrantes que a conduta atribuída ao paciente, tal como narrada na denúncia, não subsume-se ao delito tipificado no art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, e § 4º, parte final, c.c. o art. 14, II, do Código Penal, afirmando que, no máximo, houve meros atos de cogitação/preparação, não passíveis de punibilidade.

Depreende-se do art. 14, II, do Código Penal, que a tentativa se configura quando, iniciada a conduta delitiva, o crime não se consuma por fatores alheios à intenção do agente.

Um dos temas mais debatidos no Direito Penal é a fronteira que separa os atos preparatórios do início de execução, sendo, pois, um dos problemas mais árduos dos operadores do direito, pois a linha que os separa é demasiadamente tênue.

A nossa legislação simplesmente recorreu ao conceito de “início de execução”, sem, contudo, defini-lo claramente, surgindo, para tanto, várias teorias a respeito dessa matéria.

Dentre as inúmeras teorias desenvolvidas com o objetivo de resolver a questão, destaca-se a teoria objetiva, adotada pelo Código Penal Brasileiro, a qual se subdivide em várias correntes (teoria objetivo-formal, objetivo-material e objetivo-individual).

O Professor Guilherme de Souza Nucci, em seu *Manual de Direito Penal*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 303, embora reconheça o prestígio da teoria objetivo-formal, afirma que:

(...) qualquer teoria, à luz do caso concreto, pode ganhar contornos diferenciados, pois tudo depende das provas produzidas nos autos do inquérito (antes do oferecimento da denúncia ou queixa, voltando-se à formação da convicção do órgão acusatório) ou do processo (antes da sentença, tendo por fim a formação da convicção do julgador).

Sem que haja necessidade de aprofundado exame acadêmico acerca da matéria, o fato é que as instâncias ordinárias apontaram a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, concluindo que o crime somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos acusados.

Para tanto, mostra-se importante ao deslinde da matéria a descrição dos fatos feita na denúncia e tomada como legítima na sentença de pronúncia e também no acórdão impugnado:

Consta dos autos que, no dia 18.1.2006, a primeira denunciada, juntamente com a adolescente Poliana da Silva Guedes, em uma residência localizada à Rua Maria de Sousa, n. 314, Setor Carajás, nesta urbe, agindo por promessa de recompensa, mediante dissimulação e utilizando-se de veneno, tentou ceifar a vida do menor Higor Gabriel da Silva, com apenas três meses de idade, conforme se depreende do Auto de Exibição e Apreensão de fl. 06 e do Laudo Pericial 39-41, não consumando o delito por circunstâncias alheias a sua vontade.

Consta, ainda, que o denunciado Luzimar da Silva Pereira contribuiu de forma decisiva para a prática criminosa, pois, agindo mediante recompensa, induziu a denunciada Betiane a cometer o delito descrito no item anterior.

Apurou-se que o denunciado Fernando Henrique também contribuiu de forma efetiva para o delito, eis que, agindo impelido por motivo torpe, ofereceu dinheiro aos denunciados acima referidos para que pudessem consumir o crime.

Depreende-se dos autos que *a vítima era filho do denunciado Fernando Henrique, fruto de um romance oculto do acusado com a adolescente Daniele dos Santos da Silva. Dessa forma, com o intuito de se eximir da obrigação de prestar alimentos para o impúbere e, visando destruir a prova incontestes deste romance, o que colocaria em risco o seu pretense casamento com outra mulher, decidiu contratar os serviços do acusado Luzimar, vulgo "Fogoió", oferecendo-lhe a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).*

Dessa forma, Luzimar procurou Betiane e, prometendo-lhe uma determinada quantia em dinheiro, sugeriu que ela fosse até a casa da vítima e consumasse o homicídio, utilizando-se de uma injeção de "Furadan", o que foi aceito por esta.

Após entabulado o acordo, Betiane e Luzimar foram até o escritório do acusado Fernando Henrique e, logo depois de confirmarem que aceitariam fazer o serviço, este lhes entregou R\$ 70,00 (setenta reais) para que comprassem o veneno (fl. 42), o que foi feito por Luzimar.

Sendo assim, Betiane, sob pretextos diversos, dando falsas mostras de amizade, procurou a mãe da vítima, passando a visitá-la com frequência, tentando uma maior aproximação, relatando que também estava grávida e fazendo diversas perguntas acerca do impúbere, ocultando a sua real intenção criminoso.

Finalmente, no dia do crime, Betiane, dando início à execução criminosa, em companhia da adolescente acima referida, trazendo consigo uma injeção de “Furadan” escondida entre os seios, foi até a casa da vítima e pediu para a mãe do infante para segurá-lo, o que foi recusado pela mesma. Ato contínuo, a adolescente que acompanhava a denunciada relatou todo o plano à mãe de Higor, sendo este o único motivo da não consumação do delito.

A sentença de pronúncia, quanto a materialidade delitiva, anotou que o laudo de exibição e apreensão da seringa concluiu que o líquido contido no seu interior “consiste em inseticida e nematicida sistêmico, podendo ser encontrado comercialmente sob o nome ‘Furadan’ – veneno comumente utilizado para matar ratos.”

Quanto a autoria delitiva, o Juiz de primeiro grau, analisando as circunstâncias fáticas e probatórias da causa, concluiu que existem indícios bastantes para submeter o paciente ao Tribunal de Júri, pelos seguintes fundamentos:

O relacionamento amoroso entre o acusado Fernando e Danielli, mãe da vítima, foi confirmado pelos depoimentos do próprio réu, que, contudo, disse que ocorreu apenas uma vez (fl. 129) e pelo depoimento de Danielli, que disse que foram cinco vezes que manteve relação sexual com Fernando (fl. 284). Esse relacionamento é incontroverso no processo.

A gravidez decorrente desse relacionamento é noticiada por Danielli (fl. 284) e por Betiane em seu interrogatório judicial (fl. 210).

O deslocamento de Betiane e de Poliana à residência de Danielli com a finalidade de matar a criança foi confirmada por Betiane em seu interrogatório (fl. 210-213), por Poliana (fl. 268-269), por Elcimar (fl. 270), por Danielli (fl. 283-285) e por Rosilene (fl. 280).

Nesse particular, cumpre chamar a atenção que, pelo demonstrado nos autos, até o momento em que chegaram na residência da vítima, uma criança com três meses de idade, Poliana não sabia que a intenção de Betiane era matar a criança, já que Betiane havia convidado Poliana para pegarem um enxoval na casa da vítima.

Essa estória de enxoval foi a forma que Betiane utilizou para aproximar-se da vítima - dissimulação - e isso pode se constatado pela análise dos depoimentos acima mencionados.

Depois de Poliana tomar conhecimento da real intenção de Betiane alertou a mãe da vítima Danielli e a avó da vítima Rosilene para que não entregassem a criança a Betiane, pois Betiane esta pedindo para tomar a criança no colo incessantemente para matá-la. Depois disso, ambas foram embora e no percurso Betiane arremessou um seringá contendo líquido dentro, que transportava entre os seios, sendo que essa seringá foi encontrado posteriormente, mas ainda no mesmo dia, pela Polícia no local exato onde Betiane havia aremessoado (fl. 268-269).

O motivo de tudo isso, segundo Betiane, Luzimar, e a própria Poliana foi o fato de que o nascimento da criança, fruto do relacionamento amoroso entre Fernando e Danielli, comprometeria seu casamento que estava prestes a acontecer.

A promessa de recompensa está evidenciada na fl. 210 e, ao que consta, consistiu na importância de dez mil reais, que não foram pagos e seria dividida entre Luzimar e Betiane.

A forma com que Betiane deveria envenenar a criança está descrita na parte final da fl. 210: ela deveria apenas pingar uma gota na boca da criança.

(...)

Ante o conteúdo das provas colhidas nos autos, vislumbro a existência de indícios suficientes de autoria pelos acusados Betine e Fernando do crime que a eles é imputado, razão que, por ora, entendo que não há provas insofismável e indiscutíveis que permitam a sua impronúncia ou o reconhecimento de qualquer excludente de ilicitude ou culpabilidade que redundem em suas absolvições sumárias, nem ainda circunstâncias que permitam a desclassificação do crime. (fls. 80-85).

Cumprе observar, ainda, que a tese de atipicidade da conduta, nos termos pretendidos pelos impetrantes, não foi objeto de deliberação pelo Colegiado Estadual na ocasião do julgamento do recurso em sentido estrito, que se limitou a afirmar, *verbis*:

Pois bem, *quanto à materialidade delitiva*, analisando o presente feito, tenho que está devidamente comprovada, através da prova pericial (Laudo Pericial de Substância tóxica Tipo Veneno), constante às folhas 32-33, da prova documental que é o cupom fiscal que demonstram que o veneno foi comprado (folha 25), além do Auto de exibição e Apreensão da seringá contendo a substância tóxica (fl. 08), que seria utilizada no crime.

Quanto à autoria denoto que existem indícios suficientes para comprová-la, também através do depoimento das testemunhas, entre elas Betiane, que foi

firme em apontar o recorrente como mandante do crime, tanto que em sede de Inquérito Policial, quanto em Juízo.

As provas testemunhas colhidas nos autos são incisivas em apontar o romance existente entre a mãe da vítima e o recorrente, bem como o repugnante plano de execução do menor.

É certo que foram opostos embargos de declaração a fim de suscitar a discussão no ponto, sendo a irresignação, entretanto, rejeitada pela Corte de origem, ao entendimento de que o paciente pretendia rediscutir matéria amplamente debatida no acórdão embargado.

Registre-se, também, que a defesa do paciente impetrou outro *habeas corpus* nesta Corte de Justiça, alegando, dentre outras coisas, a inépcia da denúncia e desistência voluntária. A ordem foi denegada pela Sexta Turma nos termos da seguinte ementa:

Habeas corpus. Tentativa de homicídio qualificado. Pedido de trancamento da ação. Alegação de falta de justa causa. Improcedência. Desistência voluntária. Exame de prova. Júri Popular. Alegação de nulidade pela falta de intimação das testemunhas de defesa. Matéria na enfrentada no acórdão.

1. A sustentada nulidade decorrente da falta de intimação das testemunhas de defesa para comparecimento à audiência de instrução não foi ventilada no acórdão atacado, razão pela qual não se descortina a possibilidade de seu enfrentamento nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. É entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça que o trancamento da ação penal, pela via do *habeas corpus* é medida excepcional, só admissível se emergente dos autos, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria ou materialidade delitivas, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, circunstância que não se caracteriza na hipótese.

3. A denúncia preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo o envolvimento, em tese, do paciente na tentativa do homicídio de seu filho de três meses de idade, narrando a exordial que, para esse fim, contratou os serviços dos demais corréus para aproximarem-se da mãe da vítima e assassinares a criança mediante emprego de veneno.

4. O crime somente não teria se consumado porque, no momento em que a codenunciada se encontrava no interior da residência da vítima com a injeção de veneno escondida sob as vestes, foi delatada pela adolescente que a acompanhava, a qual relatou todo o intento criminoso à mãe da vítima.

5. Diante desse quadro, mostra-se, nesta sede, inviável o exame das teses de inexistência de autoria delitiva ou de desistência voluntária. A uma, porque implicam

em revolvimento de provas, inviável de ser operado na via eleita. A duas, porque o trancamento prematuro resultaria em inadequada antecipação de juízo de mérito a respeito da causa, atividade que compete ao Júri Popular, notadamente porque o paciente já foi pronunciado. A três, porque a denúncia, pela sua narrativa, revela que o delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, não por sua espontânea desistência.

6. *Habeas corpus* do qual se conhece em parte e, na extensão, denegado.

Conforme ressaltou o Juiz de primeiro grau, “até o momento em que chegaram na residência da vítima – na época com três meses de idade –, Poliana não sabia que a intenção de Betiane era matar a criança, já que Betiane havia convidado Poliana para pegarem um enxoval na casa da vítima.”

Pelo que se depreende dos autos, Betiane já se encontrava no interior da residência da vítima, com a injeção de veneno escondida sob as vestes e pedindo insistentemente para tomar a criança no colo, quando foi delatada pela adolescente que a acompanhava, a qual relatou todo o intento criminoso à mãe e à avó da vítima.

Diante do quadro delineado, definir se a conduta do ora paciente, suposto mandante do crime, se limitou a mera cogitação/preparação do delito ou se estendeu em fase que possa ser considerada como início de execução, é matéria que demanda o exame aprofundado do conjunto fático probatório, procedimento vedado na estreita via do *habeas corpus*.

Nunca é demais lembrar que a pronúncia é mero juízo de admissibilidade da acusação, cumprindo ao magistrado apontar, em termos comedidos, a prova do crime e os indícios de autoria, para não influenciar na decisão dos jurados.

Com efeito, “somente quando evidente a inexistência de crime ou a ausência de indícios de autoria – em decorrência de circunstâncias demonstradas de plano e estreme de dúvidas – pode o julgador julgar improcedente a pretensão punitiva, impronunciando o réu, sendo que eventuais dúvidas sobre tais circunstâncias deverão ser dirimidas apenas pelo Tribunal do Júri.” (HC n. 14.130-RJ, Relator Ministro *Gilson Dipp*, DJ 27.8.2001).

Assim, não há como acolher o pedido de absolvição do acusado. Isto porque, à luz das teorias adotadas pelos Tribunais Pátrios, os atos praticados pelos acusados talvez possam consistir em “início de execução”, sendo certo, ainda, que o meio empregado (“Furadan” - veneno comumente utilizado para matar ratos), em tese, poderia produzir o resultado pretendido.

Dessa forma, cabe ao Conselho de Sentença decidir sobre a questão levantada na presente impetração, a teor do disposto no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal.

A propósito:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Tentativa de homicídio qualificado. Formação de quadrilha armada. Trancamento de ação penal. Ausência de tentativa. Desistência voluntária. Necessidade de dilação probatória. Inadequação do *habeas corpus*. Inépcia da denúncia. Apresentação dos crimes visados pela associação criminosa e de indícios da estabilidade. Ordem denegada.

1. Depende de dilação probatória a alegação de que a consumação do delito teria sido sustada por desistência voluntária promovida antes da prática de qualquer ato executório. Inadequado, pois, o *habeas corpus* para tal predicado.

2. Não é inepta a denúncia que apresenta indícios da estabilidade da suposta quadrilha armada e arrola os crimes, em tese, visados pela associação.

3. Ordem denegada.

(HC n. 87.902-AM, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 5.5.2008).

Habeas corpus. Tentativa de homicídio duplamente qualificado. Autoria. Alegada insuficiência probatória. Pretendida absolvição. Inviabilidade. Indicação de elementos suficientes para a manutenção da condenação. Reexame de provas. Inviabilidade na via do remédio constitucional. Constrangimento ilegal não demonstrado.

1. Tendo a Corte originária indicado precisamente os elementos em que se fundava para atribuir ao paciente a autoria do delito e manter a conclusão condenatória, inviável, em sede de *habeas corpus*, proclamar-se a sua absolvição pela dúvida, como pretendido, pois necessário o revolvimento de todo o elenco probatório amealhado nos autos principais, providência vedada na via estreita do remédio constitucional. (...)

(HC n. 121.165-SP, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 3.5.2011).

Habeas corpus. Tentativa de homicídio qualificado. Pronúncia. Materialidade delitiva demonstrada pelo Tribunal. Fundamentação concreta.

1. A pronúncia constitui juízo de admissibilidade da acusação, não exigindo prova incontroversa da existência do crime. Cumpre ao Tribunal Popular, forte no princípio constitucional da soberania do Júri, o exame aprofundado dos fatos imputados ao réu.

2. Demonstrados suficientemente a materialidade e os indícios de autoria delitiva, não cabe, na via estreita do *habeas corpus*, o reexame dos elementos de prova que conduziram à pronúncia do acusado.

3. No caso, a tentativa de homicídio qualificado encontra-se suficientemente demonstrada pelos depoimentos, pelo relatório de atendimento ao local do crime, bem como pelo exame pericial, o qual, embora deficiente, atesta categoricamente a existência de lesões no antebraço da vítima.

4. Ordem denegada.

(HC n. 163.881-ES, de minha relatoria, DJe 27.8.2012).

Habeas corpus. Penal. Paciente pronunciado pela prática do crime de homicídio qualificado. Trancamento da ação penal. Alegação de falta de prova de autoria do delito. Constrangimento ilegal não evidenciado. Paciente submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri. Sentença condenatória transitada em julgado. Ordem denegada.

1. Descabe o trancamento da ação penal quando não emerge dos autos, de forma inequívoca, a extinção da punibilidade, a inocência do acusado ou a atipicidade da conduta. Na hipótese, o acórdão impugnado considerou existir indícios do envolvimento do Paciente no crime para justificar a sentença de pronúncia, e que a materialidade do crime também restou sobejamente provada.

(...)

(HC n. 131.636-AL, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 7.2.2011).

Assim, não se mostra evidente a alegada atipicidade da conduta, como pretende a impetração, visto existirem elementos probatórios nos autos aptos a sustentar a tese acusatória.

Diante da ausência de flagrante ilegalidade, *não conheço do habeas corpus* impetrado como substituto de recurso ordinário.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 129.204-GO (2009/0030845-2)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Francisco Pereira da Silva Júnior

Advogado: Gutemberg de Lucena Almeida e outro(s)

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Paciente: Francisco Pereira da Silva Júnior

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. Violação de domicílio. Usurpação de função pública. Tortura. (1) *Writ* substitutivo de REsp. Impropriedade. (2) Sentença condenatória. Vício na intimação. Ausência. (3) Cientificação do advogado. Intimação por edital de condenado ausente. Ilegalidade. Ausência. (4) Verificação do esgotamento das tentativas de localização do apenado. Instrução deficiente do *mandamus*. Ordem não conhecida.

1. Não é razoável que se apresente como mera escolha a interposição do recurso especial/agravo de inadmissão do REsp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Não sendo o caso de patente ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

2. Não há falar em nulidade na intimação da sentença quando há intimação do defensor, pessoalmente, além de intimação por edital do réu, após a constatação de se encontrar ele em lugar incerto e não sabido.

3. Na espécie, a advogada constituída, intimada pessoalmente, ato contínuo, renunciou. Permaneceu ela, porém, responsável pela condução da ação penal pelos dez dias subsequentes - art. 5º § 3º, da Lei n. 8.906/1994; não tendo interposto o recurso de apelação, e, não tendo o paciente atendido ao chamamento do edital, apropriado mostrou-se o reconhecimento da intempestividade. Ademais, logo após a renúncia da advogada constituída, o paciente contratou outro causídico que, prontamente, impetrou, *habeas corpus* contra os termos da sentença, em 19.7.2005. Posteriormente, diante de requerimento do novo defensor, foi devolvido o prazo para interposição de apelação em 22.12.2006, o que somente se materializou em 24.1.2007. Patente a intempestividade. Nesse contexto, é de se invocar os ditames da boa-fé objetiva, especificamente, o *tu quoque*, que encontra ressonância no Código de Processo Penal, art. 565.

4. Cabe ao impetrante o escoreito aparelhamento do *habeas corpus*, indicando, por meio de prova preconstituída, o constrangimento ilegal.

5. Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2012 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 26.11.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de *Francisco Pereira da Silva Júnior*, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

O paciente foi condenado pelo Juízo da Comarca de Petrolina de Goiás à pena de 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, sendo 6 (seis) anos de reclusão, pela prática do crime tipificado no artigo 1º, inciso I, alínea **a**, da Lei n. 9.455/1997, aumentada em 2 (dois) anos, pela agravante prevista no § 4º (duas vezes), do mesmo dispositivo legal e, ainda, a 1 (um) ano de reclusão, pela prática dos crimes capitulados nos artigos 150 e 328, do Código Penal (fls. 27). Contra esta decisão interpôs recurso de apelação (Apelação Criminal n. 31.716-8/213 - 200702901967), tendo a Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás dele não conhecido, porque intempestivo (fls. 103-107).

Sustenta, em síntese, a ocorrência de nulidade absoluta a macular a ação penal subjacente. Apesar da determinação emanada pelo Tribunal *a quo*, alega que o réu não teria sido intimado pessoalmente da sentença penal condenatória. Por via de consequência, teria ela transitado em julgado, sem que lhe fosse aberta a possibilidade de interpor o respectivo recurso de apelação. Tal situação,

a seu ver, implicou, também, afronta ao princípio que garante o duplo grau de jurisdição, na medida em que impediu o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás de reexaminar a decisão exarada pelo juízo de primeiro grau.

Nestes termos, requer, liminarmente e no mérito, a anulação de todo o processo, a partir da sentença penal condenatória, a fim de que o réu possa exercer seu direito de recurso.

A liminar foi indeferida, fls. 149-150.

As informações foram prestadas às fls. 155-166 e 195-226.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 168-180, da lavra do Subprocurador-Geral da República Wallace de O. Bastos, opinando pela denegação da ordem.

Segundo as últimas informações, após a inadmissão do recurso especial interposto, nesta Corte foi julgado o agravo de instrumento respectivo, que não foi conhecido, porquanto intempestivo. Na Vara das Execuções Criminais, aguarda-se o cumprimento do mandado de prisão. No Tribunal de origem, foi ajuizada revisão criminal, envolvendo o tema ora em foco, que não foi conhecido, mas, foi julgado em parte procedente o pedido, eis o seu dispositivo:

Acolho parcialmente a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, através de seu representante Dr. Edison Miguel da Silva Jr, deixo de conhecer da ação revisional quanto aos pedidos de nulidade do processo por ausência de intimação pessoal do condenado/requerente, absolvição dos crimes pelos quais restou condenado e direito a indenização por erro judiciário, sendo carecedor ao direito de ação neste tocante, mas pelo acolhimento do reconhecimento do pedido de prescrição dos crimes de violação de domicílio e usurpação de função pública e consequente redução da pena pelo crime de tortura, julgando procedente o pedido revisional neste particular.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): De saída, é importante salientar que esta Corte firmou entendimento, em sintonia com a posição do Pretório Excelso, de racionalização do emprego do *habeas corpus*. Assim, o âmbito de cabimento do remédio heroico deve ser redimensionado, prestigiando-se o manejo do recurso ordinário constitucional. Nessa toada,

igualmente, não devem ser conhecidas as ordens de *habeas corpus* tendentes a substituir ou, mesmo, concorrer com recurso especial, agravo de instrumento ou revisão criminal. Ressalva feita, evidentemente, aos casos de patente ilegalidade, nos quais deverá, então, a ordem ser concedida de ofício. Não é essa, contudo, a hipótese dos autos.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência deste Tribunal Superior:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Competência das Cortes Superiores. Matéria de direito estrito. Modificação do entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a Suprema Corte. Crimes de tráfico e associação para o tráfico ilícito de drogas. Segregação cautelar devidamente fundamentada na garantia da ordem pública. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, pudesse ensejar a concessão da ordem de ofício. *Habeas corpus* não conhecido.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário.

Precedentes: HC n. 109.956-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012; HC n. 104.045-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC n. 114.550-AC (DJe de 27.8.2012) e HC n. 114.924-RJ (DJe de 27.8.2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, “no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.”

3. No caso dos autos, mostra-se legítima a manutenção, na sentença condenatória, da prisão cautelar do ora Paciente - condenado às penas de 09 anos e 08 meses de reclusão e 1.200 dias-multa, como incurso nos arts. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006 -, considerando-se, sobretudo, as circunstâncias do fato, que evidenciam a gravidade concreta da conduta.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

(HC n. 184.351-MT, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20.9.2012, DJe 26.9.2012).

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, II, CP). Utilização do remédio constitucional como sucedâneo de recurso. Não conhecimento. Precedentes do Supremo Tribunal

Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Apelo defensivo. Acórdão do Tribunal de 2º grau, confirmatório da sentença condenatória e do regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Pedido de concessão de *habeas corpus*, para fixar o regime inicial semiaberto. Pena-base estabelecida acima do mínimo legal. Fixação do regime inicialmente fechado, com fundamento nas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu. Possibilidade. Arts. 59, III, e 33, § 3º, do Código Penal. Inocorrência de flagrante ilegalidade, a ensejar a concessão de *habeas corpus*, de ofício. Ordem não conhecida.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido *habeas corpus* “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”; não cabendo a sua utilização como substituto de recursos ordinários, tampouco de recursos extraordinário e especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs n. 109.956-PR (DJe de 11.9.2012) e n. 104.045-RJ (DJe de 6.9.2012), considerou inadequado o *writ*, para substituir recurso ordinário constitucional, em *habeas corpus* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/1988), considerando o âmbito restrito do *habeas corpus*, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido *habeas corpus*, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica, o que não é o caso dos autos.

V. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito” (HC n. 55.364-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJU de 9.4.2007), configurando-se “contradição fixar-se a pena-base no mínimo legal, diante da ausência de motivos para a sua exasperação, e, posteriormente, com base em circunstâncias não consideradas na primeira fase da aplicação da pena, deixar-se de estabelecer o regime inicial menos gravoso aplicável ao caso, conforme os parâmetros do art. 33, § 2º, do Código Penal” (HC n. 35.032-SP, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, DJU de 14.3.2005).

VI. “Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta,

com base apenas na gravidade abstrata do delito” (Súmula n. 440-STJ). Em igual sentido dispõem as Súmulas n. 718 e n. 719 do STF.

VII. No caso, a pena-base do paciente foi fixada, pela sentença - mantida pelo acórdão impugnado -, acima do mínimo legal, em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, considerando o fato de o “agente ostentar duas condenações definitivas por crimes patrimoniais que não servem para caracterizar reincidência (...). Maior a censurabilidade da conduta do réu, haja vista que possui clara inclinação para violar o patrimônio alheio”.

VIII. Regime prisional mais gravoso, estabelecido com base nas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu (maus antecedentes), que serviram como fundamento para majorar a pena-base (art. 59, III, c.c. art. 33, § 3º, CP).

IX. Ordem não conhecida.

(HC n. 248.757-SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 18.9.2012, DJe 26.9.2012).

O objeto da impetração cinge-se à alegação de suposta ilegalidade decorrente do não cumprimento do quanto determinado pelo Tribunal *a quo* em recurso do corréu, quanto à necessidade de intimação pessoal do paciente, tanto da sentença condenatória quanto da renúncia de sua anterior advogada, após a ciência da sentença, já que a intimação deu-se por edital.

Eis o modo pelo qual o tema foi enfrentado pelo Tribunal local:

Intempestivo o recurso, não há de ser conhecido.

Depreende-se dos autos que a procuradora do sentenciado Francisco renunciou no dia 22.6.2005, informando “(...) não havendo interesse em dispor do prazo para Recurso, haja vista que tem outro colega aguardando para utilizar-se do respectivo prazo recursal e apresentar as Razões de Defesa (...)”

De fato, tais informações foram confirmadas quando, no dia 19.7.2005, foi protocolado *habeas corpus* junto a este Tribunal, datado de 7.7.2005, em que figura como paciente o sentenciado Francisco.

Posteriormente, diante da impossibilidade de se localizar o sentenciado, esgotadas todas as possibilidades, foi feita a intimação da sentença e da renúncia de sua procuradora por meio de dois Editais, publicados no dia 19.12.2005, com prazo de 15 (quinze) dias. Em 22.12.2006 é que, através de novos advogados, requereu o ora apelante a restituição do prazo para recurso, sob o argumento de ser o processo irregular, em razão de estar sem defensor desde 22.6.2005, ocasião da renúncia da procuradora, motivo pelo qual teria perdido o prazo recursal!

Absurdas tais alegações, já que o fato de ter o sentenciado Francisco, através de procuradores, impetrado *habeas corpus* questionador do conteúdo da sentença,

demonstra claramente que tinha total conhecimento do seu teor e que estava assessorado por advogados, que, ainda assim, não interpuseram apelação.

O fato de ter permanecido em lugar incerto e não sabido por tão longo prazo, quando sabia da existência contra si de sentença condenatória só reforça a sua intenção de negar-se ao cumprimento da lei. Tanto é verdade que, intimado por meio de Edital, em total acordo com o que prescreve a legislação pertinente, novamente silenciou-se, permanecendo inerte.

Transitada em julgado a sentença, aproximadamente um ano depois, requereu devolução do prazo recursal, no que foi atendido, porém, diante das circunstâncias, não há que se cogitar tal possibilidade, o que configura total afronta à lei.

Nesse sentido, é o parecer do Procurador de Justiça, Dr. Pedro Alexandre da Rocha Coelho, do qual, com a devida vênia, transcrevo (fls. 638-641):

(...) No entanto, como já mencionado em linhas volvidas, o lapso de 05 (cinco) dias para a interposição da apelação – art. 593 do CPP – começou a ser computado em 7.7.2005, data em que os defensores constituídos do réu tomaram ciência inequívoca da sentença condenatória. Ou, considerada a intimação do réu via edital, com prazo de 15 (quinze) dias, após a publicação que ocorreu em 19.12.2006.

De qualquer modo, se contabilizarmos o requisito temporal da última intimação, denota-se que o momento apropriado para a interposição da presente apelação já escoou há muito, não podendo ser reconsiderado para efeito de beneficiar o sentenciado, notadamente a par de sua desídia (pelo desaparecimento após a sentença) e da incúria de seus defensores constituídos (na oportunidade do HC), que não observaram o pressuposto de admissão imprescindível para o conhecimento do recurso (...)

Diante do exposto, acolhendo o parecer ministerial, não conheço do recurso, em razão de sua evidente intempestividade. (fls. 105-106).

Pois bem, na ação penal em foco, houve dupla intimação: da advogada constituída, pessoalmente, e, do paciente, por meio de edital.

Na espécie, despontou todo um evolver processual que deve ser repisado, conforme as informações prestadas pelo magistrado de primeiro grau:

Houve sentença condenatória proferida em 19 de maio de 2005, que condenou o impetrante a pena de nove anos de reclusão a ser cumprido no regime inicial fechado. Foi negado o benefício de apelar em liberdade e expedido mandado de prisão.

A Dra. Nair Dias dos S. Vieira, procuradora à época do impetrante/paciente Francisco Pereira da Silva Júnior, foi intimada pessoalmente (fl. 375. verso) em 22 de junho de 2005.

Em 19 de julho de 2005 Francisco Pereira da Silva Júnior impetrou *habeas corpus* preventivo com pedido de liminar, reportando-se a sentença condenatória *supra* citada, (fls. 403-416). A ordem foi denegada em 30 de agosto de 2005.

Às fls. 461-463 foi expedido edital de intimação de sentença.

Às fls. 560-561 o impetrante/paciente solicitou a revogação da prisão preventiva. O pedido foi deferido e concedido novo prazo de recurso em 22 de dezembro de 2006.

O recurso foi interposto em 24 de janeiro de 2007 e as razões de recurso apresentadas em 21 de maio de 2007. O Ministério Público apresentou contra-razões de apelação.

O recurso não foi conhecido ante a evidente intempestividade, uma vez que o acusado Francisco Pereira da Silva Júnior impetrou *habeas corpus* questionando a sentença condenatória demonstrando claramente que tinha conhecimento do seu teor e que estava assessorado por advogados, que, ainda assim, não interpuseram apelação. (fls. 156-157).

É importante ter clara a cronologia dos acontecimentos que permearam a ação penal em tela. Da sentença condenatória, foi intimada a defensora pelo paciente constituída, em 22.8.2005, ocasião em que ela apresentou a renúncia dos poderes outorgados, asserindo: “não havendo interesse em dispor do prazo para Recurso, haja vista que tem outro colega aguardando para utilizar-se do respectivo prazo e apresentar as Razões de Defesa” (fl. 32).

Nesse contexto, eis o comando do Estatuto da Advocacia:

Art. 5º O advogado postula, em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato.

(...)

§ 3º O advogado que renunciar ao mandato continuará, durante os dez dias seguintes à notificação da renúncia, a representar o mandante, salvo se for substituído antes do término desse prazo.

Portanto, a causídica, tomando ciência pessoal da sentença, teria a incumbência, se o caso, segundo a estratégia para o feito, de interpor a apelação. Não o fez - daí, corretamente, a meu sentir, o Tribunal local não ter conhecido do recurso ordinário, diante da cientificação *pessoal* da defensora, e, do paciente, por edital, publicado em 19.12.2005, por meio do qual promoveu-se a comunicação acerca da sentença condenatória e da renúncia da defensora.

Ainda que assim não fosse, é possível entrever um outro motivo para não se conhecer da insurgência. Mesmo que se considerasse válida a devolução do prazo, materializada em 22.12.2006, somente foi interposta a apelação em 24.1.2007. Também, nesse contexto, a intempestividade. E, note-se, que desde 19.7.2005, quando da impetração de *habeas corpus* contra os termos da sentença condenatória, já se concretizava o quanto vaticinava a primeva advogada, Dra. Nair, de que outros colegas seus viriam patrocinar os interesses do paciente.

Como bem constou do aresto, custa crer que o paciente não tivesse conhecimento da sentença condenatória, tanto que o novo advogado por ele constituído voltou-se contra tal *decisum*, por meio de remédio heroico, e, ademais, requereu a revogação da prisão preventiva e, sublinhe-se, logrou obter a devolução do prazo para apelar.

Logo, apontar que o paciente não teria sido cientificado da sentença é, no mínimo, virar as costas para os cânones da boa-fé objetiva, que tratam da lealdade que deve permear as relações intersubjetivas. Dentre os princípios envolvidos na matéria esta o *tu quoque*, acerca do qual já precisou o nobre Ministro Luiz Felipe Salomão:

Com efeito, não é dado à recorrente se valer da própria torpeza(...):

Conforme lembra Ronnie Preuss Duarte, a “locução designa situação de abuso que se verifica quando um sujeito viola uma norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação em benefício próprio”.

Desse modo, está vedado que alguém faça contra o outro o que não faria contra si mesmo (*regra de ouro*), conforme ensina Cláudio Luiz Bueno de Godoy (Função..., 2004, p. 87-94). Relata o professor da USP que “Pelo ‘*tu quoque*’, expressão cuja origem, como lembra Fernando Noronha, está no grito de dor de Júlio César, ao perceber que seu filho adotivo Bruto estava entre os que atentavam contra sua vida (*‘Tu quoque filli’?* Ou *‘Tu quoque, Brute, fili mi’?*), evita-se que uma pessoa que viole uma norma jurídica possa exercer direito dessa norma inferido ou, especialmente, que possa recorrer, em defesa, a normas que ela própria violou. Trata-se de regra de tradição ética que, verdadeiramente, obsta que se faça com outrem o que não se quer seja feito consigo mesmo”. (REsp n. 1.040.606-ES, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24.4.2012, DJe 16.5.2012).

O espírito de tal primado encontra-se cristalizado no Código de Processo Penal, no art. 565 (Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja

observância só à parte contrária interesse). Na espécie, o próprio paciente se encontrava ausente, mas por meio de advogado contratado, intentou arrostar a sentença condenatório, pela via do *habeas corpus*. Concorrendo para sua intimação por edital, vem, posteriormente, contra tal estado de coisas, insurgir-se, aduzindo que teria sido necessária a comunicação pessoal. Trata-se de postura processualmente inaceitável.

Por fim, cumpre lembrar que, de acordo com a impetração, em primeiro grau, não se teria promovido, escorreitamente, a diligência solicitada de intimação do paciente acerca da renúncia de sua advogada. Teria sido expedido, sem o prévio esgotamento de tentativas de localização do paciente, edital para sua cientificação.

Todavia, pelas cópias carreadas aos autos, é inviável divisar-se, com a devida percuciência, o evolver processual. Saliente-se, *verbi gratia*, que as cópias trazidas na impetração saltam das páginas originais 228 para 448 (fls. 36-37 destes autos) e das originais 452 para 461 (fls. 41-42 destes autos).

Lembre-se, a propósito, a lição dos Professores Titulares de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, e Antonio Magalhães Gomes Filho a respeito da necessidade de se promover a devida instrução do *writ*:

Apesar do silêncio da lei, é também conveniente que a petição de *habeas corpus* seja instruída por documentos aptos a demonstrar a ilegalidade da situação de constrangimento ou ameaça trazidos a conhecimento do órgão judiciário: embora a omissão possa vir a ser suprida pelas informações do impetrado ou por outra diligência, determinada de ofício pelo juiz ou Tribunal, é do interesse do impetrante e do paciente que desde logo fique positivada a ilegalidade. (*Recursos no Processo Penal*, 4ª ed. rev. amp. e atual., Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 366).

Dada a necessidade de existência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal no seio do *habeas corpus*, esta Corte assim tem decidido:

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 337-A do Código Penal. Trancamento da ação penal. Constituição do crédito tributário em razão do não conhecimento dos recursos administrativos interpostos em face dos autos de infração e imposição de multa que serviram de base para o oferecimento de denúncia dada a ausência de depósito prévio. Exigência considerada inconstitucional pela pretório excelso no âmbito do controle abstrato de normas. Mudança de orientação da augusta Corte que não

altera a situação do paciente, pois de acordo com a orientação desta Corte o início da ação penal relativa ao crime de sonegação de contribuição previdenciária não se condiciona à constituição definitiva do crédito tributário. Não aplicação, ao caso, do entendimento adotado, em relação aos crimes contra a ordem tributária.

I - O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (HC n. 901.320-MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25.5.2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC n. 87.324-SP, Primeira Turma, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, DJU de 18.5.2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC n. 91.634-GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 5.10.2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC n. 88.139-MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17.11.2006).

(...)

Habeas corpus denegado.

(HC n. 87.405-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 11.12.2007, DJe 10.3.2008).

Criminal. HC. Crime contra a ordem tributária. Trancamento da ação penal. Pendência de processo administrativo. Ausência de comprovação do objeto. Ordem denegada.

I. Hipótese em que os pacientes sustentam a ausência de justa causa para a ação penal contra eles instaurada, em razão da pendência de processo administrativo fiscal.

II. O impetrante, embora tenha sustentado a impossibilidade de prosseguimento da ação penal instaurada contra os pacientes em virtude da existência de processo administrativo fiscal em andamento, no qual estaria em discussão a materialidade do fato e a legalidade do auto de infração, não logrou comprovar tais alegações.

III. Não obstante a documentação que acompanha a inicial, inclusive certidão dando conta da pendência de “decisões finais, na esfera administrativa, sobre as exigências fiscais dos créditos tributários”, os autos não trazem cópia de impugnação ou recurso manejados no processo administrativo ao qual refere o impetrante.

IV. Argumentação que não é hábil a obstar a persecução penal, pois na situação em exame não se pode aferir a apontada ausência de justa causa para a ação penal instaurada em desfavor do paciente, já que o processo criminal encontra

obstáculos na esfera administrativa somente quando se discute a existência do débito o *quantum debeat*, o que não se pode verificar *in casu*.

V. Ordem denegada.

(HC n. 40.994-SC, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Rel. p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 8.11.2005, DJ 24.4.2006 p. 418).

Por conseguinte, não apuro patente ilegalidade a desafiar concessão de *habeas corpus* de ofício.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 191.378-DF (2010/0216887-1)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Impetrante: Eduardo Antônio Lucho Ferrão e outro

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Paciente: João Odilon Soares Filho

EMENTA

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Relatório de inteligência financeira, encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), sobre a existência de movimentação financeira atípica. Instauração de inquérito policial. Alegação de nulidade. Envolvimento de parlamentares. Foro por prerrogativa de função. Tramitação na Justiça Federal. Incompetência. Não ocorrência. Representação pela quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos dos investigados, aqui considerada como a verdadeira “origem” das investigações, ou seja, a responsável pelo seu início, uma vez que o RIF do COAF se prestou apenas para a instauração do IPL. Não precedência de qualquer outra diligência ou de quaisquer outros meios possíveis que tendessem a buscar provas para o embasamento da *opinio delicti*. Relatório do COAF e representação policial que

reconhecem que a atipicidade das movimentações financeiras, por si só, não permite concluir no sentido de ter ocorrido crime financeiro. Não demonstração pela autoridade policial da impossibilidade de utilização de outros meios de prova. Todo inquérito policial visa apurar a responsabilidade dos envolvidos a fim de puni-los, sendo certo que a gravidade das infrações e/ou sua repercussão, por si sós, não sustentam a devassa da intimidade (medida de exceção), até porque qualquer crime, de elevada ou reduzida gravidade (desde que punido com pena de reclusão), é suscetível de apuração mediante esse meio de prova, donde se infere que esse fator é irrelevante para sua imposição. Idêntico raciocínio deve ser empregado para a justificativa concernente ao “perigo enorme e efetivo que a ação pode causar à ordem tributária, à ordem econômica e às relações de consumo”, as quais se encontram contidas na gravidade das infrações sob apuração. Último elemento que pode ser extraído é a complexidade dos fatos sob investigação. Ausência de demonstração do nexo entre a referida circunstância e a impossibilidade de colheita de provas mediante outros meios menos invasivos. Decisão judicial que autorizou a quebra do sigilo fiscal “sem fundamentação idônea”, desprovida de embasamento concreto e carente de fundadas razões. Não demonstração da imprescindibilidade do afastamento do sigilo, naquele momento. Por ser medida “excepcional” (assim constitucionalmente posta), cabe ao magistrado a demonstração prévia e exaustiva quanto à estrita necessidade do meio de prova em questão, não se permitindo a devassa/invasão da intimidade de qualquer cidadão com base em afirmações genéricas e abstratas, nem igualmente alicerçada em menção a dispositivos de lei que, por seu turno, “possibilitam” a quebra, e não a determinam por si sós, devendo ser observados os demais requisitos legais atinentes à espécie. A quebra de sigilo não pode ser utilizada como instrumento de devassa indiscriminada, sob pena de ofensa à garantia constitucional da intimidade e da privacidade do cidadão. Posteriores quebras de sigilo de dados telefônicos dos outros investigados, além da quebra do sigilo fiscal e de interceptação telefônica do paciente. Máculas que contaminaram toda a prova: falta de demonstração inequívoca sobre a pertinência do gravoso meio de prova (isto é, ausência de elucidação acerca da inviabilidade de apuração dos fatos por outro meio menos invasivo e devassador); utilização da quebra do sigilo fiscal como

“origem” propriamente dita das investigações (instrumento de busca generalizada); ausência de demonstração exaustiva e concreta da real necessidade e imprescindibilidade do afastamento do sigilo; não demonstração, pelo juiz de primeiro grau, da pertinência da quebra diante do contexto concreto dos fatos ora apresentados pela autoridade policial para a respectiva representação. Preceito constitucional: a regra é a inviolabilidade do sigilo e a quebra, medida de exceção. Arguição de ilicitude da prova acolhida. Total procedência. Quebra de sigilo de dados telefônicos de outros investigados bem como posterior quebra de sigilo fiscal e interceptações telefônicas do paciente decorrentes das anteriores quebras de sigilo bancário, de dados telefônicos e fiscal. Contaminação, por se tratar de meros desdobramentos, que se comunicam e se complementam no mesmo ato apuratório, ou seja, decorreram todas das quebras de sigilo reconhecidas como viciadas. Provas ilícitas por derivação. Teoria dos frutos da árvore envenenada.

1. Inquérito policial em trâmite na Justiça Federal, para fins de apurar *suposta movimentação financeira atípica de pessoas físicas e jurídicas*, devidamente *identificadas*, que não gozam de foro de prerrogativa de função. Dos fatos narrados na investigação policial, não há nenhum elemento probatório a apontar a participação de parlamentares, mas simplesmente de terceiros, os quais carecem de prerrogativa de foro, não bastando para deslocar a competência para o Supremo Tribunal Federal. Correta, portanto, a competência do Juízo Federal para o respectivo processamento. Precedentes.

2. Quanto à instauração de inquérito policial resultante do *Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)*, nada há que se questionar, mostrando ele totalmente razoável, já que os elementos de convicção existentes se prestaram para o fim colimado.

3. Representação da quebra de sigilo fiscal, por parte da autoridade policial, com base *unicamente no Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)*. Representação policial que reconhece que a simples atipicidade de movimentação financeira não caracteriza crime. Não se admite a quebra do sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos (medida excepcional) como regra, ou seja, como a origem

propriamente dita das investigações. Não precedeu a investigação policial de nenhuma outra diligência, ou seja, não se esgotou nenhum outro meio possível de prova, partiu-se, exclusivamente, do *Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)* para requerer o afastamento dos sigilos. Não foi delineado pela autoridade policial nenhum motivo sequer, apto, portanto, a demonstrar a impossibilidade de colheita de provas por outro meio que não a quebra de sigilo fiscal. Não demonstrada a impossibilidade de colheita das provas por outros meios menos lesivos, converteu-se, *ilegitimamente*, tal prova em instrumento de *busca generalizada*. Idêntico raciocínio há de se estender à requisição do Ministério Público Federal para o afastamento do sigilo bancário, porquanto referente à mesma questão e aos mesmos investigados.

4. O outro motivo determinante da insubsistência/inconsistência da prova ora obtida diz respeito à inidônea fundamentação, desprovida de embasamento concreto e carente de fundadas razões a justificar ato tão invasivo e devassador na vida dos investigados. O ponto relativo às dificuldades para a colheita de provas por meio de procedimentos menos gravosos, dada a natureza das ditas infrações financeiras e tributárias, poderia até ter sido aventado na motivação, mas não o foi; e, ainda que assim o fosse, far-se-ia necessária a demonstração com base em fatores concretos que expusessem o liame entre a atuação dos investigados e a impossibilidade em questão. A mera constatação de *movimentação financeira atípica* é pouco demais para amparar a quebra de sigilo; fosse assim, toda e qualquer comunicação do COAF nesse sentido implicaria, necessariamente, o afastamento do sigilo para ser elucidada. Da mesma forma, a gravidade dos fatos e a necessidade de se punir os responsáveis não se mostram como motivação idônea para justificar a medida, a qual deve se ater, exclusiva e exaustivamente, aos requisitos definidos no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo porque a regra consiste na inviolabilidade do sigilo, e a quebra, na sua exceção. Qualquer inquérito policial visa apurar a responsabilidade dos envolvidos a fim de puni-los, sendo certo que a gravidade das infrações, por si só, não sustenta a devassa da intimidade (medida de exceção), até porque qualquer crime, de elevada ou reduzida gravidade (desde que punido com pena de reclusão), é suscetível de apuração mediante esse meio de prova, donde se infere que esse

fator é irrelevante para sua imposição. O mesmo raciocínio pode ser empregado para a justificativa concernente ao “perigo enorme e efetivo que a ação pode causar à ordem tributária, à ordem econômica e “às relações de consumo”, as quais se encontram contidas na gravidade das infrações sob apuração. A complexidade dos fatos sob investigação também não autoriza a quebra de sigilo, considerando não ter havido a demonstração do nexo entre a referida circunstância e a impossibilidade de colheita de provas mediante outro meio menos invasivo. Provas testemunhais e periciais também se prestam para elucidar causas complexas, bastando, para isso, a realização de diligências policiais em sintonia com o andamento das ações tidas por criminosas. A mera menção aos dispositivos legais aplicáveis à espécie, por si só, também não se afigura suficiente para suportar tal medida, uma vez que se deve observar que tais dispositivos “possibilitam” a quebra, mas não a “determinam”, obrigando o preenchimento dos demais requisitos legais. Máculas que contaminaram toda a prova: falta de demonstração/comprovação inequívoca, por parte da autoridade policial, da pertinência do gravoso meio de prova (isto é, ausência da elucidação acerca da inviabilidade de apuração dos fatos por meio menos invasivo e devassador); utilização da quebra de sigilo fiscal como *origem* propriamente dita das investigações (*instrumento de busca generalizada*); ausência de demonstração exaustiva e concreta da real necessidade e imprescindibilidade do afastamento do sigilo; não demonstração, pelo Juízo de primeiro grau, da pertinência da quebra diante do contexto concreto dos fatos ora apresentados pela autoridade policial para tal medida. O deferimento da medida excepcional por parte do magistrado de primeiro grau não se revestiu de fundamentação adequada nem de apoio concreto em suporte fático idôneo, excedendo o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, maculando, assim, de *ilicitude* referida prova.

5. Todas as demais provas que derivaram da documentação decorrente das quebras consideradas ilícitas devem ser consideradas imprestáveis, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada.

6. Ordem concedida para declarar nulas as quebras de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos, porquanto autorizadas em desconformidade com os ditames legais e, por consequência, declarar igualmente nulas as provas em razão delas produzidas, cabendo,

ainda, ao Juiz do caso a análise de tal extensão em relação a outras, já que nesta sede, de via estreita, não se afigura possível averiguá-las; sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro Vasco Della Giustina fará declaração de voto. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Afirmou suspeição o Sr. Ministro Og Fernandes.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Dr. Eduardo Antonio Lucho Ferrão sustentou oralmente pelo paciente, João Odilon Soares Filho.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 5.12.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus*, com pleito liminar, impetrado em benefício de *João Odilon Soares Filho*, contra acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região que, ao apreciar o *writ* originário (HC n. 0027066-38.2010.4.01.0000-MA), em 27.7.2010, à unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nestes termos (fl. 7.012):

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Procedimento de investigação. Crimes da Lei n. 9.613/1998. Incompetência da Justiça Federal: não ocorrência. Ofício do Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Inquérito. Quebra de sigilos

fiscal, telefônico e telemático. Deferimento por autoridade judicial competente. Alegação de ausência de fundamentação. Provas ilícitas: não caracterização. Ampla dilação probatória: impossibilidade. Interceptação telemática. Medida genérica. Ilegalidade.

1. Havendo nos autos das peças investigativas apenas menção de nomes de parlamentares, não está caracterizada a alegada incompetência da Justiça Federal de primeira instância para o processamento da causa, visto que não há nos autos elementos suficientes para que se possa afirmar, de forma estreme de dúvidas, que as investigações têm como alvo parlamentares.

2. Apesar de o ofício do COAF não indicar uma precisa prática de ilícitos penais, deixa claro que as movimentações financeiras dos investigados evidenciam situações de atipicidade, o que, durante as investigações, será apurada a possível prática de delitos elencados no artigo 1º, seus incisos e parágrafos, da Lei n. 9.613/1998.

3. A quebra dos sigilos foi devidamente autorizada pelo magistrado federal competente, que declinou em sua decisão indícios consistentes de que as condutas investigadas estariam subsumidas em qualquer das hipóteses do artigo 1º da Lei n. 9.613/1998.

4. No caso dos autos, “as interceptações telefônicas devem perdurar pelo tempo necessário à completa elucidação dos fatos delituosos, podendo ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo Juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações, o que foi observado na hipótese, não havendo limitação do número de renovações” (do opinativo ministerial).

5. Interceptação telemática decretada de forma indiscriminada, para atingir todos os endereços eletrônicos de dado domínio, ausente motivo que tanto justifique, é ilegal.

6. Ordem parcialmente concedida.

Extrai-se dos autos quanto aos fatos, na parte que interessa no momento, que (fls. 2-3):

O Paciente é bacharel em ciências contábeis, auditor aposentado do Tesouro Estadual e trabalha como diretor financeiro do Sistema Mirante de Comunicação desde o ano de 1999, na cidade de São Luís-MA.

[...] em 19 de julho de 2000, constituiu a empresa *São Luís Factoring e Fomento Mercantil Ltda.* em conjunto com *Teresa Cristina Murad Sarney*, possuindo, à época, 20% de suas cotas sociais.

Em 1º de novembro de 2006, o COAF encaminhou comunicação à Polícia Federal dando conta de movimentação financeira atípica nas contas correntes

das seguintes pessoas físicas e jurídicas: *Teresa Cristina Murad Sarney, Fernando José Macieira Sarney, Gráfica Escolar S.A. e São Luís Factoring Ltda.*

A partir de tal comunicação, a Polícia Federal instaurou o Inquérito n. 001/2007, a fim de investigar tais movimentações financeiras.

O mencionado apuratório, todavia, se tornou palco para o cometimento de inúmeras ilegalidades, razão pela qual o Paciente teve impetrado em seu favor *habeas corpus* perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Referido HC teve a ordem parcialmente concedida, apenas para reconhecer a nulidade da prova obtida por meio da interceptação genérica de e-mails [...]

Não obstante a concessão parcial da ordem, o constrangimento ilegal não foi de todo afastado, razão da presente impetração [...]

Sustentam os impetrantes para reclamar a concessão da ordem, em síntese (fls. 8-67):

a) flagrante incompetência da autoridade judicial para deliberar sobre os pedidos de quebra de sigilo, em razão de inquérito policial, porquanto, “sem qualquer sombra de dúvidas, que o alvo inicial da investigação era a então Senadora *Roseana Sarney* e o Deputado Federal *José Sarney Filho*” (fl. 8);

b) ilicitude das provas decorrentes da quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, uma vez que, “por interesses diversos que o de investigar a suposta prática de crime, [...] a quebra de sigilo ocorreu apenas e tão somente por conta de Ofício remetido pelo COAF encaminhando relatório de movimentação financeira atípica” (fl. 9), sem indícios da prática de crime para justificar a violação da intimidade do paciente;

c) ilicitude da quebra de sigilo fiscal e das comunicações telefônicas do paciente, autorizadas judicialmente, ante a inexistência de qualquer indício de ilegalidade e/ou fundamento idôneo a permiti-la;

d) além disso, no tocante ao pedido de interceptação telefônica, “a decisão é extremamente confusa e lacônica. Em que pese ter sido a primeira decisão deferindo o monitoramento telefônico, fala em ‘inclusão de novos terminais, pertencentes a pessoas, cuja quebra de sigilo já foi autorizada. Tudo leva a crer que o Magistrado estivesse se referindo, na verdade, aos Autos n. 2007.37.00.001751-0 que tratam da quebra de dados telefônicos e não de interceptação! Por conta desta sutil confusão, a autoridade judicial acabou por deferir a interceptação telefônica sem qualquer fundamentação específica, como se estivesse tratando de uma simples prorrogação. O pior é que, na sequência, a decisão transcreve (ctrl-c/ctrl-v) o mesmíssimo trecho das já mencionadas

decisões de quebra dos sigilos bancários, fiscal e de dados telefônicos, cuja ilegalidade foi anteriormente demonstrada” (fl. 34);

e) ilegalidade de todas as prorrogações das interceptações telefônicas e telemáticas existentes no processo, seja em razão da “a) ausência de fundamentação das decisões, seja por força da b) violação da Lei n. 9.2896/1996 [sic], no que diz respeito ao prazo máximo para as prorrogações” (fls. 35-36);

f) nulidade de todas as provas derivadas das ilícitas.

A liminar requerida foi indeferida às fls. 7.029-7.030.

Dispensadas as informações, foram os autos remetidos ao douto Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem em parecer assim ementado (fl. 7.040):

Penal e Processual Penal. Investigação do crime de lavagem de dinheiro. Quebra dos sigilos telefônico, bancário e fiscal. Decisão fundamentada da autoridade judiciária competente. Inexistência de ilegalidade. Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): O *writ* busca debater cinco questões centrais: a) incompetência do juízo para deliberar sobre as medidas de interceptação e de quebra de sigilo bancário e fiscal, porquanto, desde o início, o objetivo das investigações era apurar a suposta prática de crime eleitoral nas campanhas da Senadora Roseana Sarney e do Deputado José Sarney Filho; b) ilicitude das provas decorrentes da quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico; c) ilicitude da quebra de sigilo fiscal e das comunicações telefônicas do paciente; d) ilegalidade de todas as prorrogações das interceptações telefônicas e telemáticas, por ausência de fundamentação idônea; e) prazo máximo para as interceptações, considerando o disposto no art. 5º da Lei n. 9.296/1996.

1) DA PROVA OBTIDA POR JUÍZO INCOMPETENTE

Pretendem os impetrantes ver reconhecida a incompetência do juízo para deliberar sobre as medidas de interceptação e de quebra de sigilo bancário e fiscal.

Contudo, não merece prosperar a alegação.

Dizem os autos, categoricamente, que (fl. 2):

[...]

Em 1º de novembro de 2006, o Coaf encaminhou comunicação à Polícia Federal dando conta de movimentação financeira atípica nas contas correntes das seguintes pessoas físicas e jurídicas: *Teresa Cristina Murad Sarney, Fernando José Macieira Sarney, Gráfica Escolar S.A. e São Luís Factoring Ltda.*

A partir de tal comunicação, a Polícia Federal instaurou o Inquérito n. 001/2007, a fim de investigar tais movimentações financeiras.

[...]

E, em igual tom, continua (fls. 4-5):

[...] toda a investigação tem início a partir de simples relatório de inteligência financeira do COAF informando:

Consta que, em 23.10.2006, Eduardo Carvalho Lago, empresário, residente em São Luís, realizou TED a favor da conta corrente da Gráfica Escolar Ltda., no valor de R\$ 2 milhões. Segundo a instituição financeira detentora da conta corrente da Gráfica, a conta de Eduardo seria no Banco HSBC, agência 737, conta n. 7372847118. Registra-se que constam contra Eduardo inquéritos por não-recolhimento ao INSS de contribuições recolhidas de contribuintes, estelionato, negociação de títulos sem lastro e formação de quadrilha.

No dia seguinte, 24.10.2006, sem causa aparente percebida, a Gráfica devolveu o mesmo valor para a conta de Eduardo. Em seguida, ainda no dia 24.10.2006, Eduardo realizou o TED no mesmo valor destinada à conta conjunta mantida por Fernando José Macieira Sarney, sócio da Gráfica até 2003, e sua provável esposa, Tereza Cristina Murad Sarney, atual diretora da Gráfica em questão foi retirado em espécie por Fernando José nos dias 25.10.2006 (R\$ 1,2 milhão) e 26.10.2006 (R\$ 800 mil).

[...]

No mesmo dia 27.10.2006, Teresa Cristina Ferreira Lopes efetuou retirada em espécie no valor de R\$ 100 mil na conta da empresa São Luís Factoring e Fomento Mercantil Ltda., pertencente a Tereza Cristina Murad Sarney (80% do capital Social).

[...]

Extrai-se da peça apuratória:

- objeto da investigação: “a apuração de movimentações financeiras atípicas de algumas pessoas físicas e jurídicas”;

- partes envolvidas/investigadas: Eduardo de Carvalho Lago, Fernando José Macieira Sarney, Teresa Cristina Murad Sarney, Teresa Cristina Ferreira Lopes, Carlos Henrique Campos Ferro, Gráfica Escolar S/A e São Luís Factoring Ltda.

Temos, então, que o inquérito policial – *IPL n. 001/2007* – foi instaurado para apurar *suposta movimentação financeira atípica de pessoas físicas e jurídicas*, devidamente *identificadas*, que não gozam de foro de prerrogativa de função. Em outras palavras: nos fatos narrados na investigação policial, não há nenhum elemento probatório a apontar a participação de parlamentares, mas simplesmente de terceiros, os quais carecem de prerrogativa de foro, não bastando a simples referência a nome de parlamentares para deslocar a competência para o Supremo Tribunal Federal. Correta, portanto, a competência do Juízo Federal para o respectivo processamento.

Em casos semelhantes, em que se pleiteava o reconhecimento da incompetência do Juízo de primeiro grau ante a suspeita de envolvimento de parlamentares, o Supremo Tribunal Federal afastou tal alegação, em acórdãos que receberam as seguintes ementas:

Constitucional. Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Inquérito policial. Nulidade. Deputado federal. Tramitação perante a Justiça Federal. Inocorrência. C.F., art. 102, I, **b**.

I - Inquérito policial em tramitação perante a Justiça Federal de primeira instância, para apurar possível prática de crime de sonegação fiscal e lavagem de dinheiro por pessoas que não gozam de foro por prerrogativa de função.

II - A simples menção de nome de parlamentar em depoimentos prestados pelos investigados não tem o condão de firmar a competência do Supremo Tribunal para o processamento de inquérito.

III - HC Indeferido.

(HC n. 82.647, Segunda Turma, Ministro Carlos Velloso, DJ 25.4.2003 – grifo nosso).

Competência criminal. Inquérito. Parlamentar. Suspeita de envolvimento de Deputada Federal. Diligências determinadas. Desmembramento de autos que informaram denúncia contra terceiros sem prerrogativa de foro. Indícios de participação em outros fatos. Incompetência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a denúncia. Competência do juízo de primeiro grau. Agravo improvido.

Eventual envolvimento de deputada federal nos fatos narrados em denúncia apresentada apenas contra terceiros, os quais carecem de prerrogativa de foro, não basta para deslocar a competência dessa possível ação penal para o Supremo, sobretudo quando, contra aquela, há suspeita de participação noutros fatos ainda por apurar.

(Inq. n. 1.819 AgR-RJ, Ministro Cezar Peluso, DJ 10.11.2005 – grifo nosso).

II) DA ILICITUDE DAS PROVAS DECORRENTES DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO

Neste segundo tópico, buscam os impetrantes o reconhecimento da ilicitude das provas decorrentes da quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, ao argumento de que (fl. 9):

[...] por importar em exceção à garantia constitucional da inviolabilidade da intimidade e vida privada, somente pode ser autorizada em face da existência de indícios da prática de crimes.

[...] a quebra de sigilo ocorreu, apenas e tão somente, por conta de Ofício remetido pelo COAF encaminhando relatório de movimentação financeira atípica.

[...]

Analisei, pormenorizadamente, as razões da impetração, a farta documentação acostada, o parecer do nobre representante do Ministério Público Federal e entendo que melhor sorte socorre, nesse quesito, a tese defensiva.

Pois bem.

No caso dos autos, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) enviou ofício à Polícia Federal com o seguinte teor (fl. 6.808 – grifo nosso):

1. Em decorrência das atribuições conferidas pelos artigos 14 e 15 da Lei n. 9.613/1998, encaminho, em anexo, Relatório de Inteligência Financeira - RIF com informações sobre movimentações que, *embora não sejam necessariamente consideradas ilícitas*, evidenciam situações de atipicidade. *Essas informações de inteligência destinam-se a subsidiar investigações porventura existentes ou que venham a ser instauradas.*

2. Destaco que as informações constantes do RIF são classificadas como confidenciais, nos termos da Lei n. 8.159/1991, ficando o destinatário responsável pela sua preservação.

3. Com o intuito de resguardar à integridade das pessoas que, por obrigação legal, devem fornecer informações ao COAF, e do sistema brasileiro de inteligência

financeira, o RIF não deve ser exposto aos relacionados, pelo que não é recomendada sua inclusão em inquéritos ou processos.

Informo, por oportuno, que expediente de igual teor foi encaminhado ao Ministério Público Federal e ao Ministério Público Estadual.

Observe-se, e isso é bom salientar desde já, que a própria comunicação encaminhada pelo COAF é clara ao afirmar que as movimentações atípicas não podem ser, necessariamente, consideradas ilícitas.

Em um determinado momento (final de 2006), não integrante do IPL n. 001/2007-DFIN/DCOR, mas, tratando-se da mesma questão, o Ministério Público Federal, calcado somente nas informações constantes no relatório do COAF, requereu a quebra do sigilo bancário (Proc. n. 2006.37.00.006392-9, fl. 2.662) dos investigados constantes do inquérito policial apontado nestes autos.

O pedido foi deferido pelo Dr. José Valterson de Lima, nos seguintes termos (fls. 2.682-2.686):

[...]

Registrou o Parquet federal na inicial:

1) que “o COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras, órgão do Ministério da Fazenda, no exercício de suas atribuições, estabelecidas no art. 14 da Lei n. 9.613/1998, identificou operações financeiras suspeitas em contas correntes de titularidade de **Tereza Cristina Murad Sarney, Fernando José Macieira Sarney, Televisão Mirante Ltda., Gráfica Escolar S.A, São Luís Factoring e Fomento Mercantil Ltda. e Eduardo Carvalho Lago**”;

2) que, “segundo o relatório do COAF, **Eduardo Carvalho Lago** efetuou transferência de sua conta corrente mantida no HSBC (...), via TED, a favor da conta corrente da empresa **Gráfica Escolar Ltda.**, no valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) em 23.10.2006”;

3) que “no dia seguinte, 24.10.2006, o mesmo valor foi devolvido à conta corrente de **Eduardo Lago**, o qual transferiu nessa data, via TED, para conta corrente conjunta de **Teresa Cristina Murad Sarney e Fernando José Macieira Sarney**, respectivamente sócia e ex-sócio da **Gráfica Escolar S.A.** Tal montante foi sacado por **Fernando José Macieira Sarney** em 25.10 e 26.10, nos valores em espécie de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) e R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), respectivamente. A conta bancária utilizada para o saque dos valores foi a de n. (...)”;

4) que “registrou, ainda, o COAF o saque das importâncias em espécie de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais) em 27.9, R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) em 25.10, R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) em 26.10 e R\$ 132.450,00 (cento e trinta e dois mil, quatrocentos e cinquenta reais) em 27.10. Tais retiradas se deram em

contas correntes da **Televisão Mirante Ltda.**, pelas pessoas **Teresa Cristina Ferreira Lopes** e **Carlos Henrique Campos Ferro**. O relatório aponta que **Fernando Sarney** é sócio da empresa **Televisão Mirante Ltda.** e informa as contas bancárias em que foram sacados os citados valores: (...).

5) que “também registrou o saque de R\$ 100.00,00 (cem mil reais), em 27.10, realizado por **Tereza Cristina Ferreira Lopes** da conta corrente da empresa **São Luís Factoring e Fomento Mercantil Ltda.**, cuja sócia majoritária é **Teresa Cristina Murad Sarney**. A conta corrente cuja importância foi sacada é a de n. (...).

6) que, “há, diante da vultosa movimentação em dinheiro, indicativos da possível prática de crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990) e lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/1998), a demandar o aprofundamento da apuração”, razão pela qual “impõe-se a flexibilização do sigilo bancário como forma de averiguar a ocorrência dos ilícitos acima descritos, a teor do previsto na Lei Complementar n. 105/2001” (art. 1º, parágrafo 4º, VII e VIII).

Pelo exposto, encerrou o MPF requerendo:

a) que seja decretada a quebra de sigilo bancário das contas bancárias de **Teresa Cristina Murad Sarney, Fernando José Macieira Sarney, Televisão Mirante Ltda., Gráfica Escolar S.A, São Luís Factoring e Fomento Mercantil Ltda. e Eduardo Carvalho Lago** - contas essas já registradas acima e relacionadas, ainda, dos itens “a” e “e” das fls. 06-07 da inicial - no período de 1º.8 a 15.11.2006;

b) que os estabelecimentos bancários referenciados forneçam a este Juízo os extratos bancários relativos ao aludido período, assim como os documentos de crédito e débitos referentes à movimentação ocorrida nesses interstícios;

c) que “seja estendida a documentação acima mencionada à Receita Federal para instauração de procedimento fiscal com o fim de lançamento dos tributos devidos.”

É o relatório.

Fundamento e decido.

A Lei n. 9.613/1998, que “**dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências**”, estabelece, no caput de seu artigo 14, que o COAF tem “**a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades**”.

Por seu turno, o artigo 15 do mesmo diploma legal determina que “o COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito”.

Entre os ilícitos que o COAF deve notificar às autoridades competentes, encontra-se o delito de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores,

previsto na própria Lei n. 9.613/1998, infração penal essa que invariavelmente está também vinculada a crimes contra a ordem tributária, tipificados na Lei n. 8.137/1990.

Na espécie, os dados apurados pelo COAF efetivamente constituem, no meu entendimento, fundados indícios da prática dos ilícitos penais supramencionados.

Com efeito, os documentos de fls. 12-19 dão conta de vultosas movimentações de dinheiro, inclusive com saques em espécie que totalizam mais de R\$ 2.932.450,00 (dois milhões, novecentos e trinta e dois mil, quatrocentos e cinquenta (*sic*) reais), todos eles efetuados por sócios, ex-sócios ou prepostos das empresas indicadas na inicial.

A experiência tem demonstrado que uma tal movimentação de dinheiro “vivo” está geralmente relacionada a operações ilícitas, especialmente em épocas de eleição, e merece relevo o fato de que os saques suspeitos ocorreram exatamente na semana que antecedeu o segundo turno das eleições para Presidente da República e para Governador de Estado, sendo do conhecimento de todos que uma irmã do investigado *Fernando José Macieira Sarney* concorreu para o segundo cargo acima citado.

Além da real possibilidade do dinheiro movimentado em espécie pelos investigados ter sido utilizado para propósitos que configuram crimes eleitorais, é preciso averiguar a origem desses valores, se tais valores foram regularmente lançados na contabilidade das empresas em tela e se houve a devida declaração ao Fisco dos tributos eventualmente incidentes.

Nesse contexto, a medida requerida pelo MPF deve ser deferida, eis que presentes fortes indícios da prática de crimes, situação em que o sigilo deve ser afastado, diante do interesse maior da sociedade em reprimir condutas ilícitas.

A medida é necessária e mesmo indispensável para a adequada apuração dos fatos e estriba-se no § 4º do art. 1º da Lei Complementar n. 105/2001, que destaca, em seus incisos, os crimes contra a ordem tributária (inciso VII) e de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores (inciso VIII).

Outrossim, também merece deferimento, com fundamento no artigo 198 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966 - redação dada pela Lei Complementar n. 104/2001), o pedido de extensão da quebra à Receita Federal, para que esta, de posse dos documentos a serem fornecidos pelos bancos em que se deu a movimentação suspeita, instaure procedimento fiscal com o fim de lançamento dos tributos eventualmente devidos.

Pelo exposto, considerando que se encontram plenamente satisfeitas as exigências legais para a decretação da medida requeridas, **defiro** o pedido de fls. 03-07 para [...]

Está claro que nem na requisição do Ministério Público Federal, reproduzida em sua quase totalidade na decisão acima transcrita, nem na

própria decisão há qualquer referência a outras investigações ou quanto à impossibilidade de se utilizar outros meios de prova para se apurar os fatos descritos pelo COAF. Os fundamentos, do pedido e da decisão, foram, exclusivamente, as informações do COAF e a simples referência a dispositivos legais, além da conclusão totalmente subjetiva e desacompanhada de qualquer elemento concreto de que as movimentações financeiras atípicas deveriam ser investigadas por terem ocorrido em período pré-eleitoral.

Com base também neste mesmo comunicado, instaurou-se, em 16.2.2007, o *Inquérito Policial n. 001/2007 - DFIN/DCOR* e, ***sem quaisquer outras investigações preliminares***, a autoridade policial representou pela realização de medidas cautelares, como quebra de sigilo fiscal (2007.37.00.001750-7) e quebra de sigilo de dados telefônicos (2007.37.00.001751-7).

A conclusão da autoridade policial para a primeira representação – referente à *quebra de sigilo fiscal* da qual o paciente ainda não figurava como investigado – ficou assim exposta (fls. 6.863-6.866 – grifo nosso):

Com base em comunicação do COAF, foi instaurado o Inquérito Policial em epígrafe, que objetiva apurar a prática do crime descrito no artigo 1º, V, da Lei n. 9.613/1998, supostamente praticado por *Eduardo de Carvalho Lago, Fernando José Macieira Sarney, Teresa Cristina Murad Sarney, Teresa Cristina Ferreira Lopes e Carlos Henrique Campos Ferro*.

O COAF, no âmbito de sua competência legal, ante o disposto no inciso II do art. 11 da Lei n. 9.613/1998, informou à Divisão de Repressão a Crimes Financeiros que os envolvidos teriam praticado uma série de movimentações financeiras entre si, com transferências no valor de R\$ 2.000.000,00 e saques em espécie.

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (*sic*) - COAF foi criado pela Lei n. 9.613, sendo que seu funcionamento segue o modelo de uma Unidade Financeira de Inteligência - FIU, ou seja, uma agência nacional, central, responsável por receber, analisar e distribuir às autoridades competentes as denúncias referentes a operações suspeitas de lavagem de dinheiro.

Tendo em vista que a prática de lavagem envolve pessoas físicas e jurídicas de várias camadas da atividade econômica, bem como o trânsito de recursos por seus diferentes setores, concluiu-se pela necessidade de se abordar preventivamente o problema, estabelecendo procedimentos que dificultam encobrir a origem dos recursos e facilitam a investigação.

No desempenho de sua função, o COAF utiliza-se das informações fornecidas pelos órgãos que o compõe, que são obrigados a comunicar operações suspeitas (*disclose*) conforme estas se enquadrem dentro de certos critérios especificados pelo governo ou pela entidade reguladora.

Dentro das tipologias gerais de lavagem de dinheiro, sem dúvida temos aquela caracterizada por esquemas que procuram ocultar os recursos de origem criminosa dentro das atividades normais de empresas.

Entretanto, *in casu*, não podemos concluir, pelo simples ofício encaminhado, que realmente nos deparamos com práticas de ocultação de bens, direitos e valores provenientes de crimes, pois certas transações e movimentações financeiras, apesar de se adequarem aqueles casos considerados suspeitos pelos diversos normativos em vigência, podem na verdade constituir atos normais de comércio ou eventuais negociações ocorridas. (grifo nosso).

Nota-se que dentre as pessoas mencionadas, ambas apresentam diversos elos de ligação, a saber, *Eduardo Carvalho Lago*, quem fez a TED no valor de 2 milhões para a conta da Gráfica Escolar S.A., recebeu a mesma transferência no dia seguinte, tendo efetuado nova transferência, no mesmo valor, para a conta corrente de *Fernando José Macieira Sarney*, que era sócio da gráfica até o ano de 2003 e sua provável esposa, *Teresa Cristina Murad Sarney*, atual diretora da Gráfica. Tal valor sacado em espécie, nos dois dias seguintes, por *Fernando*.

Fernando, por sua vez, é sócio da Televisão Mirante Ltda., de cujas contas correntes foram retirados, em espécie, valores que superam R\$ 1 milhão, entre os dias 27.9 a 27.10.2006, pelas pessoas de *Teresa Cristina Ferreira Lopes*, que já foi funcionária do governo do Estado (*sic*), bem como da Televisão Mirante Ltda. e de *Carlos Henrique Campos Ferro*, que já foi funcionário da Televisão Mirante Ltda. e da Gráfica Escolar S.A.

A teia de relações entre os depositantes/sacadores denota uma clara relação entre os mesmos, que pode estar sendo utilizada para acobertar operações ilícitas, que demandam uma urgente repressão por parte (*sic*) Estado.

Assim, a fim que se possa conhecer as relações existentes entre as pessoas mencionadas, imprescindível se faz.

Isto posto, encaminho a Vossa Excelência a presente *representação pela decretação de **quebra de sigilo fiscal***, com fulcro no artigo 1º, § 4º da Lei Complementar n. 105/2001, referente as pessoas físicas e jurídicas abaixo relacionadas:

[...]

Assim, decretadas as quebras ora solicitadas, requer a Vossa Excelência que determine a expedição de ofício a *Receita Federal*, solicitando as cópias das *DIRPF* e *DIRPJ* das pessoas mencionadas dos últimos 5 (cinco) anos.

Acompanha a presente representação, para fins de instrução, cópias (sic) reprográficas da portaria de instauração do inquérito policial e relatório de inteligência financeira do COAF.

[...]

A leitura do requerimento acima transcrito deixa patente o fato de que o único fundamento dos pedidos de quebra foi o relatório do COAF, não tendo ocorrido referência a nenhuma outra investigação em andamento ou mesmo à impossibilidade de se investigar os fatos descritos no relatório do COAF por outros meios que não a quebra do sigilo naquele momento requerida.

É de se destacar também que a própria autoridade policial, ratificando o que consta da comunicação do COAF, deixa claro, em seu pedido, que não se pode concluir, *pelo simples ofício encaminhado, que realmente tinha se deparado com práticas de ocultação de bens, direitos e valores provenientes de crimes, pois certas transações e movimentações financeiras, apesar de se adequarem àqueles casos considerados suspeitos pelos diversos normativos em vigência, podem na verdade constituir atos normais de comércio ou eventuais negociações ocorridas.*

O Juiz Substituto da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, Dr. Neiam Milhomen Cruz, em 23.3.2007, acolhendo integralmente a representação, consignou (fls. 157-160):

Trata-se de feito em que a Polícia Federal pugna pela decretação da *quebra de sigilo fiscal* nos últimos cinco anos de pessoas físicas e jurídicas suspeitas de terem praticado crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990) e de lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/1998).

Registrou o *Parquet* federal que o COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras, ante o disposto no inciso II do art. 11. da Lei n. 9.613/1998, informou à Divisão de Repressão a Crimes Financeiros que *Eduardo de Carvalho Lago, Fernando José Macieira Sarney, Teresa Cristina Murad Sarney, Teresa Cristina Ferreira Lopes e Carlos Henrique Campos Ferro* teriam praticado movimentações financeiras entre si, com transferências no valor de R\$ 2.000.000, 00 e saques em espécie.

Ressaltou que:

*(...) dentre as pessoas mencionadas, ambos apresentam diversos elos de ligação, a saber, **Eduardo Carvalho Lago**, quem fez a TED no valor de 2 milhões para a conta da Gráfica Escolar S.A., recebeu a mesma transferência no dia seguinte, tendo efetuado nova transferência, no mesmo valor, para a conta corrente de **Fernando José Macieira Sarney**, que era sócio da gráfica até o ano de 2003 e sua provável esposa, **Teresa Cristina Murad Sarney**, atual diretora da Gráfica. Tal valor foi sacado em espécie, nos dias seguintes por **Fernando**.*

Fernando, por sua vez, é sócio da Televisão Mirante Ltda., de cujas contas correntes foram retirados, em espécie, valores que superam R\$ 1 milhão, entre os dias 27.9 a 27.10.2006, pelas pessoas de *Teresa Cristina Ferreira Lopes* que já foi funcionária do governo do estado (*sic*), bem como da

Televisão Mirante (sic) Ltda. e de *Carlos Henrique Campos Ferro*, que já foi funcionário da Televisão Mirante Ltda. e da Gráfica Escolar (sic) S.A.

A teia de relações entre os depositantes/sacadores denota uma clara relação entre os mesmos, que pode estar sendo utilizada para acobertar operações ilícitas, que demandam uma urgente repressão por parte do Estado.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo deferimento do pedido nos moldes requeridos pela autoridade policial e pela extensão do pedido em relação a *Eduardo Carvalho Lago* e à pessoa jurídica *São Luís Factoring e Fomento Mercantil Ltda.*, por não ter constado no pedido da autoridade policial.

É o relatório.

Fundamento e decido.

A Lei n. 9.613/1998, que *“dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências”*, estabelece, no caput de seu artigo 14, que o COAF tem *“a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades”*.

Por seu turno, o artigo 15 do mesmo diploma legal determina que *“o COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito”*.

Entre os ilícitos que o COAF deve notificar às autoridades competentes, encontra-se o delito de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, previsto na própria Lei n. 9.613/1998, infração penal essa que invariavelmente está também vinculada a crimes contra a ordem tributária, tipificados na Lei n. 8.137/1990.

Na espécie, os dados apurados pelo COAF efetivamente constituem, no meu entendimento, fundados indícios da prática dos ilícitos penais supramencionados.

[...] os documentos daquele Conselho dão conta de vultosas movimentações de dinheiro, inclusive com saques em espécie que totalizam mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), todos eles efetuados por sócios, ex-sócios ou prepostos das empresas indicadas na inicial.

A experiência tem demonstrado que uma tal movimentação de dinheiro “vivo” está geralmente relacionada a operações ilícitas, especialmente em épocas de eleição, e merece relevo o fato de que os saques suspeitos ocorreram exatamente na semana que antecedeu o segundo turno das eleições para Presidente da República e para Governador de Estado, sendo do conhecimento de todos que

uma irmã do investigado *Fernando José Macieira Sarney* concorreu para o segundo cargo acima citado.

Além da real possibilidade do dinheiro movimentado em espécie pelos investigados ter sido utilizado para propósitos que configuram crimes eleitorais, é preciso averiguar a origem desses valores, se tais valores foram regularmente lançados na contabilidade das empresas em tela e se houve a devida declaração ao Fisco dos tributos eventualmente incidentes.

Nesse contexto, a medida requerida pelo MPF deve ser deferida, eis que presentes fortes indícios da prática de crimes, situação em que o sigilo deve ser afastado, diante do interesse maior da sociedade em reprimir condutas ilícitas.

A medida é necessária e mesmo indispensável para a adequada apuração dos fatos e estriba-se no § 4º do art. 1º da Lei Complementar n. 105/2001, que destaca, em seus incisos, os crimes contra a ordem tributária (inciso VII) e de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores (inciso VIII).

Outrossim, também merece deferimento, com fundamento no artigo 198 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966 - redação dada pela Lei Complementar n. 104/2001), o pedido de extensão da quebra à Receita Federal, para que esta, de posse dos documentos a serem fornecidos pelos bancos em que se deu a movimentação suspeita, instaure procedimento fiscal com o fim de lançamento dos tributos eventualmente devidos.

Pelo exposto, considerando que se encontram plenamente satisfeitas as exigências legais para a decretação da medida requeridas, **defiro** o pedido da Polícia Federal, como também o requerimento do Ministério Público Federal para **decretar a quebra do sigilo fiscal, nos últimos cinco anos (anos de 2002 a 2006) de:**

[...]

(Da decisão autorizadora da quebra do sigilo fiscal, *Proc. n. 2007.37.00. 001750-7*).

Destaca-se que a *fundamentação* dessa decisão *é a mesma* daquela que, *proferida por outro juiz*, havia, em dezembro de 2006, autorizado a quebra de sigilo bancário dos investigados e que, aqui, ainda não figura o paciente em tal condição. Essa decisão é exatamente igual a primeira, modificando-se, apenas, o relatório, não obstante tenha sido da lavra de outro magistrado e tenha sido proferida em resposta a pedido diverso do primeiro formulado, feito, inclusive, por outra autoridade. Estamos diante, em que pese a excepcionalidade da situação, de uma cola/cópia, o que autoriza as mesmas observações referentes à decisão anterior: ausência de qualquer referência a outras investigações ou quanto à impossibilidade de se utilizar outros meios de prova para se apurar os fatos descritos pelo COAF, além de conclusões subjetivas quanto a eventual ocorrência de crime.

Simultaneamente, outra representação foi feita pela autoridade (com fundamentação *idêntica* àquela constante do pedido de quebra do sigilo fiscal – fls. 6.863-6.866), agora, para fins da *quebra de sigilo de dados telefônicos* (fls. 2.162 e seguintes), e que, também, não se voltou contra o paciente, com novo acolhimento do magistrado de primeiro grau, em 28.3.2007, ou seja, apenas cinco dias após a representação pela quebra do sigilo fiscal, com fundamentação *idêntica* àquela presente na decisão que acolhera anteriormente os pedidos de quebra de sigilo fiscal e de sigilo bancário (fls. 152-155):

Trata-se de feito em que a Polícia Federal pugna pela decretação da *quebra de sigilo de dados telefônicos* de pessoas contra as quais recaem fortes suspeitas de terem praticado crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990) e de lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/1998) (fls. 03-06 e 21-22).

Registrou a autoridade policial que o COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras, ante o disposto no inciso II do art. 11 da Lei n. 9.613/1998, informou à Divisão de Repressão a Crimes Financeiros que os envolvidos, a saber, *Eduardo de Carvalho Lago*, *Fernando José Macieira Sarney*, *Teresa Cristina Murad Sarney* *Teresa Cristina Ferreira Lopes* e *Carlos Henrique Campos Ferro* teriam praticado movimentações financeiras entre si, com transferências no valor de R\$ 2.000.000, e saques em espécie.

Ressaltou que:

*“(...) dentre as pessoas mencionadas, ambos apresentam diversos elos de ligação, a saber, **Eduardo Carvalho Lago**, quem fez a TED no valor de 2 milhões para a conta da Gráfica Escolar S.A., recebeu a mesma transferência no dia seguinte, tendo efetuado nova transferência, no mesmo valor, para a conta corrente de **Fernando José Macieira Sarney**, que era sócio da gráfica até o ano de 2003 e sua provável esposa, **Teresa Cristina Murad Sarney**, atual diretora da Gráfica. Tal valor foi sacado em espécie, nos dias seguintes por **Fernando**.*

Fernando, por sua vez, é sócio da Televisão Mirante Ltda., de cujas contas correntes foram retirados, em espécie, valores que superam R\$ 1 milhão, entre os dias 27.9 a 27.10.2006, pelas pessoas de *Teresa Cristina Ferreira Lopes* que já foi funcionária do governo do Estado (*sic*), bem como da Televisão Mirante (*sic*) Ltda. e de *Carlos Henrique Campos Ferro*, que já foi funcionário da Televisão Mirante Ltda. e da Gráfica Escolar (*sic*) S.A.

A teia de relações entre os depositantes/sacadores denota uma clara relação entre os mesmos, que pode estar sendo utilizada para acobertar operações ilícitas, que demandam uma urgente repressão por parte do Estado.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo deferimento do pedido nos moldes requeridos pela autoridade policial (fls. 16-18 e 25-26).

É o relatório.

Fundamento e decido.

A Lei n. 9.613/1998, que “dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências”, estabelece, no caput de seu artigo 14, que o COAF tem “a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades”.

Por seu turno, o artigo 15 do mesmo diploma legal determina que “o COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito”.

Entre os ilícitos que o COAF deve notificar às autoridades competentes, encontra-se o delito de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, previsto na própria Lei n. 9.613/1998, infração penal essa que invariavelmente está também vinculada a crimes contra a ordem tributária, tipificados na Lei n. 8.137/1990.

Na espécie, os dados apurados pelo COAF efetivamente constituem, no meu entendimento, fundados indícios da prática dos ilícitos penais supramencionados.

Os documentos daquele Conselho dão conta de vultosas movimentações de dinheiro, inclusive com saques em espécie que totalizam mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), todos eles efetuados por sócios, ex-sócios ou prepostos das empresas indicadas na inicial.

A experiência tem demonstrado que uma movimentação de dinheiro “vivo” dessa natureza, está geralmente relacionada a operações ilícitas, especialmente em épocas de eleição, e merece relevo o fato de que os saques suspeitos ocorreram exatamente na semana que antecedeu o segundo turno das eleições para Presidente da República e para Governador de Estado, sendo do conhecimento de todos que uma irmã do investigado *Fernando José Macieira Sarney* concorreu para o segundo cargo acima citado.

Além da real possibilidade do dinheiro movimentado em espécie pelos investigados ter sido utilizado para propósitos que configuram crimes eleitorais, é preciso averiguar a origem desses valores, se tais valores foram regularmente lançados na contabilidade das empresas em tela e se houve a devida declaração ao Fisco dos tributos eventualmente incidentes.

Nesse contexto, a medida requerida pela autoridade policial deve ser deferida, eis que presentes fortes indícios da prática de crimes, situação em que o sigilo

deve ser afastado, diante do interesse maior da sociedade em reprimir condutas ilícitas.

A medida é necessária e mesmo indispensável para a adequada apuração dos fatos e estriba-se no § 4º do art. 1º da Lei Complementar n. 105/2001, que destaca, em seus incisos, os crimes contra a ordem tributária (inciso VII) e de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores (inciso VIII).

Ante o exposto e tendo em conta o evidente interesse público na investigação de crimes da espécie, com estribo no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.296/1996, **defiro** o pedido em tela para **autorizar a quebra de dados telefônicos** [...]

(Da decisão autorizadora da quebra do sigilo de dados telefônicos, Proc. n. 2007.37.00.001751-7 – 28.3.2007).

Houve, por fim, um pedido de *quebra de sigilo fiscal, interceptação telefônica e interceptação telemática*, com mais um acolhimento do Juízo Federal, passando, então, o paciente à condição de investigado, *in verbis* (fls. 162-169):

Trata-se de pedido de

a) *quebra de sigilo fiscal* de **José Odilon Soares Filho** (CPF n. 008.341.063-53), sócio da São Luís Factoring e Fomento Mercantil Ltda. e de **Marco Aurélio Bastos Cavalcanti** (CPF n. 095.363.104-49), contador do grupo Imirante, bem como *das empresas em que ambos participem do quadro societário*.

b) *interceptação telefônica* de Teresa Cristina Murad Sarney, José Odilon Soares Filho, São Luís Factoring e Fomento Mercantil Ltda., Marco Aurélio Bastos Cavalcanti, Teresa Cristina Ferreira Lopes e Carlos Henrique Campos Ferro; e

c) *interceptação telemática* das contas dos correios eletrônicos *marcoscavalcanti@uol.com.br* e *mmconsultoria@uol.com.br* e dos domínios *smtf.mirante.com.br* e *webmail.mirante.com.br*

O presente pedido se dá em complementação às investigações já em curso perante este Juízo, como se expõe:

Nos autos do Processo n. 2007.1752-4 foi constatada a existência de movimentações financeiras suspeitas de valores expressivos entre a empresa *Gráfica Escolar S.A., Eduardo de Carvalho Lago, Teresa Cristina Murad Sarney e Fernando José Macieira Sarney*, sendo este último sócio da *Televisão Mirante Ltda.*, de onde também foram constatadas movimentações expressivas, com saques em espécie, efetuados por *Teresa Cristina Ferreira Lopes e Carlos Henrique Campos Ferro*.

Deferida a quebra de sigilo bancário e de posse das informações, a autoridade policial observou movimentação suspeita na empresa *São Luís Factoring e Fomento Mercantil Ltda.*, como se vê:

A referida empresa foi constituída no ano de 2000, tendo por sócios **Teresa Cristina Murad Sarney (com 80% do Capital Social)** e **José Odilon Soares Filho**, dotada de um capital social de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil Reais) (sic).

[...]

Tais conclusões serviram para embasar decisão deste juízo pela ampliação da quebra de sigilo bancário para inclusão da empresa *São Luis Factoring e Fomento Mercantil Ltda.*, tendo sido consignados os seguintes termos:

"Foi constatado também que grandes quantidades de cheques emitidos pelas empresas *Gráfica Escolar* e *Televisão Mirante* foram nominais à *São Luis Factoring e Fomento Mercantil Ltda.* "cheques de valores altos, alguns ultrapassando a cifra de R\$ 200.000,00. Tal situação pode configurar, ainda, a mera troca de cheques, o que é vedado pela *factoring*. (sic) uma vez que os títulos de créditos vendidos à *factoring* devem ser embasados em operações oriundas da atividade comercial da empresa cedente dos "créditos", o que se observa, em princípio, não ocorrer no presente caso.

Essa relação "caseira" importou no lançamento, pelas empresas *Gráfica Escolar* e *Televisão Mirante*, de aproximadamente R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões) em suas DIRPJ, a título de despesas financeiras, ou seja, como comissão/deságio pela utilização do serviço de *factoring*, o que, a teor da RIR/1999, art. 374, são consideradas despesas financeiras e são *dedutíveis como custo ou despesa operacional*. Diante disso, o andamento das investigações aponta indícios cada vez mais forte de uma possível simulação de operações, utilizando-se da *factoring* para a redução da base de cálculo de tributos, o que, em outras palavras constitui sonegação tributária.

Isto posto, pelos mesmos fundamentos utilizados na quebra de sigilo anteriormente decretada, **defiro os pedidos** [...] (fls. 108-111 daqueles autos).

[...]

Em corroboração aos fundamentos expostos anteriormente, o presente pedido enfatiza que, embora a empresa *São Luis Factoring e Fomento Mercantil Ltda.* tenha em seus cadastros como endereço a Av. Ana Jansen, 200, sl. 20, a saber, o mesmo endereço das empresas *Gráfica Escolar* e *Televisão Mirante*, "em diligências *in locu* (conforme documentação anexa) constatou-se que **não há qualquer indicativo ali da existência de uma empresa de factoring no local, [...]**" (fl. 10, *in fine*), como se pode observar das fotografias acostadas à fl. 11, como se houvesse o firme propósito de não tornar público esse fato, para que a empresa sirva apenas para os interesses do "grupo".

Com o mesmo propósito, não há registro da empresa como assinante comercial em lista telefônica (fl. 12) como também nenhum empregado cadastrado em GFIP, apesar da vultosa movimentação financeira nos últimos cinco anos (fl. 14).

Tudo leva a crer que os sócios da empresa são os únicos operadores das vultosas transações, cuja contabilidade seria de responsabilidade da *MC Consultoria Ltda.*, de propriedade de *Marco Aurélio Bastos Cavalcanti*, também proprietário da *MM Consultoria & Associados*, localizadas à Rua dos Castanheiros, 15, Qd. 39, Renascença I, São Luís-MA, cujo endereço consta apenas uma residência, sem qualquer alusão às empresas (fl. 17). Logo, fortes indícios de que cuidar da contabilidade do “grupo” é suficiente para o objetivo de sua existência, sem necessidade de clientes nem funcionários.

Quanto ao pedido de interceptação telefônica, apenas são incluídos novos terminais, pertencentes a pessoas, cuja quebra de sigilo já foi autorizada nos autos do Processo n. 2007.1750-7, cuja decisão fez constar:

[...]

No que se diz respeito à interceptação telemática, reputo como pertinentes os fundamentos expostos pela autoridade policial, uma vez que a investigação incide em um meio complexo e articulado, onde somente com as informações das empresas responsáveis pela administração dos serviços de correio eletrônico do grupo, se poderá ter acesso a pormenores que auxiliem a descortinar eventual prática criminosa:

[...]

Isto posto, defiro

[...].’

(*Proc. n. 2007.37.00.010617-8 – 19/12/2007*)

Com isso, vieram as *prorrogações das interceptações telefônicas*, em número total de 18, com a devida autorização judicial, que perduraram por *quase 10 meses* (período de 14.1.2008 até 9.9.2008). Ressalte-se, porém, que nem todas as interceptações se estenderam ao paciente.

Enfim, esse é contexto dos fatos, sobre os quais pesam as seguintes alegações:

- 1) Ilicitude das provas decorrentes da quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico;
- 2) Ilicitude da *quebra de sigilo fiscal, bancário e das comunicações telefônicas do paciente*;
- 3) Ilegalidade de todas as prorrogações das interceptações telefônicas, por ausência de fundamentação idônea;

4) Prazo máximo para as interceptações, violando, assim, o disposto no art. 5º da Lei n. 9.296/1996.

A discussão que se apresenta impõe a análise conjunta de princípios e normas relacionadas aos *direitos fundamentais*.

Por isso mesmo, início com as seguintes reflexões:

Qual o “valor mais nobre”? O valor de proteção à intimidade das pessoas ou o da busca da verdade nos processos? Qual o limite da relativização dos direitos fundamentais? Quais os “limites” do direito à prova? O “modo de agir” pode valer mais do que o “resultado”? Como devem ser vistas as regras probatórias?

De um lado, busca-se a preservação da intimidade, da privacidade e de seus consectários (inviolabilidade de sigilo de dados e das comunicações telefônicas, bancário e fiscal); de outro, temos a segurança da coletividade e o poder-dever do Estado de reprimir práticas delitivas.

Frente a essas reflexões, nada melhor, então, do que nos socorrer dos ensinamentos dos mestres Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, que assinalam:

Uma ordem de considerações também leva à necessidade de se colocarem limites ao direito à prova: o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes.

Por isso, a Lei n. 11.690/2008, dando nova redação ao art. 157 do CPP, diz que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Também o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal Militar, em regras consideradas de superposição e aplicáveis a todo e qualquer processo, consideram inadmissíveis meios de prova moralmente ilegítimos (art. 332 do CPC) e que atentem contra a moral e a segurança individual ou coletiva (art. 295 do CPPM).

E é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.

[...]

É por isso que a *investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas. Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável*. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes.

Assim entendido, o *rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo*. A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um *valor de verdade*. Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um *valor de garantia*.

De duas maneiras pode ser regulado o sistema da legalidade das provas: podem-se estabelecer, positivamente, determinadas modalidades para a admissibilidade das provas; ou o material probatório pode ser selecionado, negativamente, através de uma série de regras de exclusão.

O que releva notar é que uma coisa são as regras legais sobre avaliação judicial, hoje superadas; outra, bem diversa, **são as regras de admissibilidade e de exclusão de determinados meios de prova**. Estas últimas devem ser aceitas e estabelecidas, ***ainda que no plano da investigação dos fatos possam representar algum sacrifício***.

[...]

É suficiente um instante de reflexão para perceber que o modo de agir não pode valer mais do que o resultado. Dois processos podem ser imaginados: um, em que a dignidade do homem é aviltada; outro, em que é respeitada. Este último torna tolerável até mesmo os inevitáveis erros.

Por isso é que o termo “verdade material” há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida.

(*As Nulidades no Processo Penal*, RT, 12ª ed., p. 123-125).

A questão em debate, como se pode perceber, não é simples; é, na verdade, extremamente delicada justamente por envolver direitos fundamentais. Concordo com o que foi dito pela Ministra Maria Thereza por ocasião do

julgamento do HC n. 137.349, no sentido de que é indispensável observar os fundamentos da “*proporcionalidade*”, sob pena de se “*banalizar*” e até mesmo “*vulgarizar*” muitas das “*garantias constitucionais*”, como a que está assentada no art. 5º, X, da Constituição Federal: *Direito à intimidade e à privacidade*.

Não muito distante da realidade cotidiana, vê-se, em alguns casos, a perseguição penal por instrumentos que visam adentrar na intimidade ou na privacidade do indivíduo, com o escopo de utilizar o material obtido nessa perseguição, na via processual penal, como meio de prova, fortalecendo e elucidando os fatos para que o “*ius puniendi*” do Estado tenha seu desfecho concretizado e a justiça, em tese, tangida.

Nesses moldes e tentando estabelecer limites para essa perseguição, o próprio Estado fixa parâmetros objetivos e positivados com fins a tentar resguardar alguns preceitos humanos, como a intimidade, a privacidade etc.

Premissas constitucionais como a do art. 5º, XII, que dispõe sobre a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, ressalvado por ordem judicial nas hipóteses em que a lei estabelece; do inciso X, da mesma ordem constitucional, que menciona acerca da *inviolabilidade à intimidade, à vida privada*, etc; do inciso LIV, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e do inciso LVI, da Constituição Federal, que diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”; todas são garantias constitucionais que, ao longo da história, com um garrido esforço da sociedade, foram conquistadas para assim permanecerem e nem mesmo o Estado, *sem justo motivo*, **poderá violar**.

Portanto, devem o Estado-juiz (magistrado), o Estado-administração (representante do Ministério Público), a autoridade policial, os coligados numa ordem reta com poderes de investigação – ex., as CPIs, ou, mesmo, terceiros singulares com objetivos pessoais – se ater à *ordem jurídica limitadora e garantidora dos interesses pessoais do indivíduo* para, assim, *sem ultrapassar essas garantias, colaborar para o processo de uma forma legal, fornecendo materiais probatórios sem vícios legais e válidos para a trilha processual criminal*.

Importante lição encontramos nos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes e Sílvio Maciel:

Impõe-se sublinhar ademais o seguinte: a verdade material (ou real) é uma verdade histórica e, portanto, não significa que tudo está permitido. Só pode ser alcançada de acordo com os ditames do Estado de Direito, respeitando-se seus limites. Não é uma verdade a qualquer preço. Nem tudo é lícito no âmbito

probatório. *Urge compatibilizar a produção da prova com direitos fundamentais do suspeito ou do acusado, tais como dignidade, intimidade, etc.* A intromissão na vida privada e sigilosa de uma pessoa só pode dar-se conforme o estritamente previsto em lei. *É imprescindível a legitimidade da atuação estatal na origem de qualquer prova, mas principalmente na que envolve a privacidade. Se a regra é a tutela desse direito e do sigilo das comunicações, as exceções devem vir rigorosamente previstas em lei.* Assim como o procedimento legal, que é revelador, no caso, do devido processo legal.

Não poderíamos encerrar esses comentários sem transcrever uma advertência muito corrente entre os norte-americanos e enfatizada por *Ricardo Cintra Torres de Carvalho*, nestes termos: “a excessiva benevolência do sistema jurídico para com as ilegalidades deixa a polícia preguiçosa: é sempre mais fácil invadir, coagir, ameaçar e torcer para que alguma prova assim lhe caia nas mãos, do que realizar um trabalho investigativo sério”.

(*Legislação Criminal Especial*, 2ª ed., RT, Coordenação Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. p. 554).

Assim, resalto a necessidade de merecer cuidado absoluto do julgador, especialmente no que diz respeito às limitações do procedimento escolhido, para a análise do caso concreto.

Reafirmo: da situação em apreço nasce a acalentada discussão constitucional, requisitando, então, máxima observância dos “**direitos**” e das “**restrições**”, que, por sua vez, fazem parte integrante do catálogo dos **direitos fundamentais**.

Voltemos aos fatos em análise.

Depreende-se da exposição, bem como da discussão promovida pela defesa do paciente, que a questão prioritária tem seu fundamento voltado para a *ilicitude das provas decorrentes da quebra de sigilo fiscal, bancário, de dados telefônicos e de interceptações colhidas na peça investigativa, desde as representações formuladas pela autoridade policial (IPL n. 001/2007/DFIN/DCOR) e pelo Ministério Público Federal, bem como no seu desenrolar, quando das autorizações das medidas excepcionais pelo Juízo de primeiro grau.* Destacam-se as questões referentes à fundamentação exclusiva no Relatório “não conclusivo” do Coaf para o requerimento e deferimento das quebras, bem como a ausência de colheita de qualquer outra prova e o não reconhecimento fundamentado, tanto pelas autoridades responsáveis pela investigação quanto pelo juízo impugnado, da imprescindibilidade das quebras diante do fato de inexistir outro meio investigativo possível.

A controvérsia gira, em *primeiro lugar*, em torno do “**não esgotamento de todos os meios de prova disponíveis**” por parte da autoridade policial responsável pelo IPL n. 001/2007 – DFIN/DCOR, que, baseado *apenas* no *Relatório de Inteligência Financeira* encaminhado pelo COAF, formulou ao Juízo Federal *representações (idênticas, frisa-se) pela quebra de sigilo fiscal e telefônico dos investigados* (Procs. n. 2007.37.00.001750-7 e n. 2007.37.00.001751-7).

Note-se que não se está, aqui, a negar a possibilidade da representação, por medidas cautelares, por parte das autoridades responsáveis, mas sim a discutir os seus “**contornos de averiguação**”, porquanto despropositado ao objetivo de vasculhar a intimidade e a vida privada das pessoas.

Há, portanto, que se impor “**limites**” e esclarecer o “**âmbito de legitimidade da providência**”.

O *inquérito policial*, como é sabido, é um instrumento de natureza administrativa, que tem por finalidade expor o crime em sua primeira fase, a fim de que se descubram a autoria, a materialidade, as circunstâncias do crime, além de provas, suspeitas, etc.

Deve-se se seguir pelo *princípio da licitude das provas*, pois como reza o art. 5º, LVI, da Constituição Federal *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*.

Assim, quando do conhecimento pela autoridade policial do *Relatório de Inteligência Financeira* remetido pelo COAF, além da instauração do competente inquérito policial – o que ora não se discute –, deveriam, e isso não diz respeito apenas a meu modo de pensar, mas de expressa previsão legal, ter sido determinadas *diligências visando ao esclarecimento dos fatos ali descritos* (não há nenhuma notícia nos autos de que, antes dos requerimentos aqui apreciados, a Polícia Federal tenha executado qualquer diligência no sentido de apurar com mais profundidade as informações encaminhadas pelo COAF), muito mais, ainda, porque o que estava em jogo, até então, eram informações referentes a mera “*movimentação financeira atípica*”, ***não necessariamente considerada ilícita, nas próprias palavras do COAF e da autoridade policial***.

Recupero, a propósito, o que consta no mencionado relatório (fls. 6.808-6.816), bem como nas representações apresentadas pela autoridade policial (fls. 6.863-6.866):

Em decorrência das atribuições conferidas pelos artigos 14 e 15 da Lei n. 9.613/1998, encaminhado, em anexo, Relatório de Inteligência Financeira - RIF com

informações sobre movimentações que, embora, *não sejam necessariamente consideradas ilícitas*, evidenciam situações de atipicidade. *Essas informações de inteligência destinam-se a subsidiar investigações porventura existentes ou que venham a ser instauradas.* (Relatório do COAF – fl. 6.808)

Entretanto, *in casu*, não podemos concluir, pelo simples ofício encaminhado, que realmente nos deparamos com práticas de ocultação de bens, direitos e valores provenientes de crimes, pois certas transações e movimentações financeiras, apesar de se adequarem aqueles casos considerados suspeitos pelos diversos normativos em vigência, podem na verdade constituir atos normais de comércio ou eventuais negociações ocorridas. (Representação da Polícia Federal – fl. 6.864)).

A par desse aspecto, há que se considerar duas vertentes: a primeira, acima já mencionada, que “tais operações” fogem às *situações de normalidade*, ou seja, *não são típicas*, expressão despida, no contexto, de qualquer conotação penal. Não se pode afirmar de pronto que são ilícitas, cabendo tal juízo aos órgãos competentes. O fato de serem “atípicas” não induz, necessariamente, a que constituam condutas delituosas, a despeito de possível existência de indícios nesse sentido; a segunda, que este “relatório” serve como elemento de cunho estritamente “*subsidiário*”, isto é, voltado apenas para comunicar às autoridades competentes eventual adoção de providências cabíveis.

Não incumbe ao *COAF*, portanto, proceder à investigação para firmar convicção acerca de eventual prática delituosa, uma vez que o juízo que lhe compete é o de “*aparência*”.

Consigne, a propósito, o descrito nos *Manuais de Atuação da Escola Superior do Ministério Público (ESMPU)* (fl. 40 – grifo nosso):

[...]

Trata-se de órgão importante para obtenção de dados para investigações levadas a efeito pelo Ministério Público ou pela Polícia [...]

O COAF não promove quebras de sigilo fiscal e/ ou bancário, não processa os dados eventualmente obtidos por meio de autorização judicial, nem costuma requisitar de instituições financeiras dados complementares aos que elas lhe enviam e considera suspeitos. Como unidade de inteligência financeira, o COAF apenas centraliza as comunicações de operações suspeitas advindas do sistema bancário, promove a análise dos dados e transmite a informação a quem de direito.

[...]

Nesse passo, razão maior se apresentou à autoridade policial, à época do recebimento do referido relatório, diligenciar acerca dos fatos, utilizando-se de

todos os outros meios possíveis para, ao final, se “*fosse mesmo imprescindível*”, representar pelo *afastamento do sigilo*. Mas isso infelizmente não ocorreu.

Vou além: quando representou, de imediato, pela quebra de sigilo, descumpriu, lamentavelmente, referida autoridade policial, a regra legal básica regedora da espécie, qual seja, a que *exige e determina*, por relacionar-se diretamente com *direitos e garantias fundamentais* – “*nosso maior bem*” –, o esgotamento de todos os outros meios de prova possíveis, antes, pois, de partir-se para adoção de medida tão drástica, de efeitos avassaladores.

Insisto, aqui, em um ponto que considero fundamental para a solução da controvérsia em exame: quando de suas representações, a autoridade policial, em momento algum, referiu-se a qualquer outra diligência investigativa em andamento ou mesmo já realizada e muito menos deixou claro que as quebras então requeridas eram o único meio possível para que as investigações dos fatos descritos no relatório do COAF prosseguissem. Pelo contrário, ficou claro que os pedidos de quebra, na verdade, constituíram-se na verdadeira “origem” das investigações propriamente ditas, porquanto, antes delas, o que se tinha era tão somente o RIF do COAF, cujo único fim, *in casu*, foi o de promover a instauração do IPL n. 001/2007-DFIN/DCOR.

Tenho, então, que o fato de a autoridade policial responsável utilizar-se como sustentáculo único para justificar e garantir, em última análise, a *representação pela quebra de sigilo fiscal e de dados telefônicos dos envolvidos*, “sem que nenhuma outra investigação preliminar fosse feita”, convenceu-me do *absoluto desacerto* em relação ao procedimento por ela adotado, demonstrando-se, assim, sua ilegalidade.

A regra, volto a dizer, é o sigilo; a quebra é a exceção.

Assim, ao deixar a autoridade policial de desempenhar devidamente o seu papel, qual seja, o de “*investigar*”, na verdadeira acepção da palavra, diligenciando e fazendo uso de todos os recursos disponíveis, quando do conhecimento acerca das “movimentações financeiras atípicas”, *subtraiu*, de forma injustificável, o *direito dos investigados à intimidade e à privacidade*, direito esse de índole constitucional.

Nesse ponto, indago: as representações feitas com base somente no relatório do COAF foram proporcionais e adequadas? É justificável, nesses moldes, o afastamento do sigilo? E por onde fica a proteção aos direitos e garantias fundamentais? E a necessidade de se esgotar todos os outros meios de prova?

Ora, uma coisa é *dar-se início* à investigação policial, ante o conhecimento de dados encaminhados pelo COAF, para fins de se comprovar sua lisura, outra, totalmente diversa, é *cercar-se exclusivamente destes* para arregimentar mecanismos cautelares excepcionais de colheita de provas e de correspondente comprovação. Isso *não é admissível*.

Cabe registrar, nesse ponto, uma última observação. A função de investigar não pode resumir-se a uma sucessão de abusos, nem deve reduzir-se a atos que importem em violação de direitos ou que impliquem desrespeito a garantias estabelecidas na Constituição e nas leis. Por isso mesmo, não pode transformar-se em instrumento de prepotência nem converter-se em meio de transgressão ao regime da lei. Os fins não justificam os meios. Há parâmetros ético-jurídicos que não podem nem devem ser transpostos; quando se investiga (como na espécie), processa ou julga, não se está exonerado do dever de respeitar os estritos limites da lei, por mais graves que sejam os fatos cuja prática motivou a instauração do procedimento.

Imperioso destacar, ainda, que a exigência de respeito aos princípios consagrados em nosso sistema constitucional não frustra nem tampouco impede o exercício pleno dos poderes investigatórios.

O respeito efetivo pelos *direitos individuais* e pelas *garantias fundamentais* outorgadas pela ordem jurídica aos cidadãos em geral representa o sinal mais expressivo e o indício mais veemente de que se consolida, de maneira real, o quadro democrático delineado na Constituição Federal.

Sem dúvida, é a tutela jurídica da intimidade uma das mais significativas expressões dos direitos da personalidade, tratando-se de valor constitucionalmente garantido, cuja proteção normativa busca assegurar, em favor do indivíduo, uma esfera de autonomia a salvo do arbítrio do Estado.

Todavia, como é sabido, tal direito à inviolabilidade não se reveste de caráter absoluto, cedendo espaço, *excepcionalmente*, às exigências impostas pela preponderância do interesse público, *“quando existem fundados elementos de suspeita, apoiados em indícios idôneos e reveladores de prática delituosa”*.

Portanto, é de conhecimento de todos que, apesar da relevância do direito ao *sigilo* de dados constitucionalmente assegurado, de há muito vem se reconhecendo a compatibilidade jurídica de sua *quebra* quando presentes *“fundadas razões para a disclosure de informações reservadas”*.

Retornando ao caso concreto, percebe-se, nitidamente, que, ao fazer uso apenas do Relatório do COAF para as representações pela quebra de sigilo

fiscal e de dados telefônicos, deixou a autoridade policial de desempenhar o seu verdadeiro papel, qual seja, o de investigar, partindo dos questionamentos para se chegar ao entendimento do fato ocorrido, utilizando-se de todos os meios possíveis – e aqui reporto-me ao indispensável esgotamento dos meios – para a busca da verdade real. Mais que isso: violou, frontalmente, o direito fundamental da intimidade e da privacidade, ante a ausência de “elementos indiciários mínimos” e das “razões da imprescindibilidade da medida”.

Vou além: fez a autoridade policial da quebra do sigilo a “*regra das investigações*”, ou seja, dela *se originaram* as investigações propriamente ditas, porquanto o RIF do COAF serviu somente para a mera instauração do IPL n. 001/2007-DFIN/DCOR.

Observe-se, e peço desculpas pela insistência neste ponto, que referida autoridade não buscou prova alguma, logo após instaurada a peça investigativa, para embasamento da *opinio delicti*. Mais do que isso: quando da representação pela quebra do sigilo, não demonstrou a impossibilidade de colheita das provas por outros meios menos lesivos; aliás, menção alguma fez quanto à necessidade de esgotamento de colheita de provas por outro meio que não a quebra do sigilo fiscal (primeira medida do IPL n. 001/2007-DFIN/DCOR).

Todo inquérito policial visa apurar a responsabilidade dos envolvidos a fim de puni-los, sendo certo que a gravidade das infrações e/ou a repercussão dos fatos, por si sós, não sustentam a devassa da intimidade (medida de exceção), até porque qualquer crime, de elevada ou reduzida gravidade (desde que punido com pena de reclusão), é suscetível de apuração mediante esse meio de prova, donde se infere que esse fator é irrelevante para sua imposição. Igual raciocínio deve ser empregado para a justificativa concernente ao “perigo enorme e efetivo que a ação pode causar à ordem tributária, à ordem econômica e às relações de consumo”, as quais se encontram contidas na gravidade das infrações sob apuração. Último elemento que pode ser extraído é a “complexidade” dos fatos sob investigação. E digo: além de novamente não haver a demonstração do nexo entre referida circunstância e a impossibilidade de colheita de provas mediante outro meio menos invasivo, entendo que não são, por si sós, causas suficientes para o afastamento. Há obrigatoriedade de comprovação da “*imprescindibilidade*” da medida de exceção, quando do momento de sua decretação.

Isso porque temos pleno conhecimento de que, por exemplo, provas testemunhais e periciais também se prestam para elucidar causas complexas,

bastando, para isso, a realização de diligências policiais em sintonia com o andamento das ações tidas por supostamente criminosas.

Portanto, se o afastamento da garantia constitucional, como é sabido e ressabido, pressupõe o cumprimento cumulativo das exigências cogentes de ordem pública, como admitir, então, no presente caso, a forma como ocorreu a representação para a quebra de sigilo – medida odiosa de consequências nefastas?!! Onde fica, então, a necessidade do esgotamento, antes de partir para tão drástica medida, de todos os outros meios de prova possíveis? Onde está a demonstração da imprescindibilidade/indispensabilidade de tal medida, se a autoridade policial, de maneira alguma, reuniu dados e elementos informativos anteriores, vindo a dispensá-los por conta própria? E pior: sem nenhuma justificativa acerca da impossibilidade de colheita de provas por outros meios. Aliás, ignorou totalmente tal determinação legal.

Repito: não estou aqui propondo, de maneira alguma, fazer da impossibilidade da quebra um instrumento ancilar à consumação ou ao exaurimento de crimes. Nem de longe é o que se pretende, uma vez que a intervenção da autoridade policial é válida (e muito), como assim o é a instauração do inquérito policial ora em questão, a fim de esclarecer e, por que não dizer, colher elementos informativos, *de forma adequada*, a respeito dos fatos tidos como potencialmente delituosos. Mas não se pode admitir que, para solicitação de uma medida tão delicada como essa, passem as autoridades responsáveis a fazer uso daquele velho e tão desgastado ditado “*Os fins justificam os meios!*!”. Quando se trata de ***direitos fundamentais***, inadmissível um raciocínio tão singular, tão singelo, tão desvirtuado. Tal representação, quanto à quebra de sigilo, que incide em absoluta invasão na vida do cidadão, sempre deverá estar, a qualquer custo, ***fundamentada na necessidade e na imprescindibilidade***. Porém, *isso não ocorreu*.

Se o texto da lei diz que o *sigilo é a regra, e a quebra, a exceção*, tenho que, no presente caso, exatamente o “***inverso***” é que ocorreu.

A partir do momento em que a autoridade policial decidiu, ***sem antes realizar qualquer outra diligência***, representar pela quebra de sigilo, mediante o contido no relatório de inteligência financeira do Coaf, maculou, por assim dizer, todo esse *apuratório*, já que o trabalho investigativo, que corresponde ao ***pleno esclarecimento do fato criminoso***, não foi adequadamente realizado, ou melhor dizendo, aqui nem chegou a ser feito, uma vez que as investigações se

originaram a partir do afastamento do sigilo, sendo que, antes, restara apenas instaurado o inquérito pela autoridade responsável.

Atribuir legitimidade a essa prática revela-se, pois, totalmente inadmissível, ante a ***gravíssima violação dos direitos e das garantias fundamentais***.

Ora, sem dúvida, procedeu a autoridade policial com ***total desacerto***, porquanto transformou o que era instrumento subsidiário – *relatório do COAF* – em suporte para formular o pedido de afastamento do sigilo e, ainda, fez da quebra de sigilo o início das investigações propriamente ditas.

Pois bem.

Se a *quebra de sigilo* tem, pois, sua admissão flexibilizada para fins de investigação criminal, *quando demonstrada a inviabilidade de produção da prova por outros meios* e, ainda, *quando imprescindível a medida para os fins almejados*, e tendo em conta que o ***relatório do COAF*** não se traduz como instrumento hábil, por si só, para provocar tal afastamento, a que outro entendimento poderíamos chegar senão àquele da ***ilegalidade das representações***?!! Não se pode, insisto, tentar “*justificar*” o que é nitidamente “*injustificável*”, nem tampouco querer, sob o *falso manto da relativização desse direito, ultrapassar os estritos limites legais, extrapolar as regras do jogo* e transformar tudo isso em instrumentos abusivos, para fins inidôneos. Esse é o problema que aqui, neste *writ*, vivenciamos.

Portanto, acolher o procedimento ora adotado pela autoridade policial – *representação pela quebra de sigilo sem, sequer, adotar qualquer outra medida antes* – seria o mesmo que “*atacar*”, e não “*proteger os direitos e as garantias fundamentais*”, porquanto desfigurada sua formação.

Em suma: a ausência de ***esgotamento de outros meios de prova***, ou melhor, a ***utilização apenas do relatório do COAF*** por parte da autoridade policial responsável, leva-nos à consequente conclusão da chamada “prova ilegítima/ilícita”, *produzida com inobservância de imperativos ou vedações legais*.

Temos que estar conscientes para que o uso desse instrumento, embora digno quando atendidos integralmente os preceitos legais, não se transforme em ferramenta para fins exclusivos de ***verdadeira invasão à intimidade e à privacidade***, destituída da necessária e específica indicação de *causa provável*, que se qualifica como *pressuposto legitimador da ruptura*. Sublinho, sobretudo, que *não se trata apenas de uma posição (ou da minha). É o que define a Constituição*. Na verdade, não somos mais do que os intérpretes da Constituição. Não dizemos o que pensamos ser assim ou assado. Dizemos o que diz a Constituição.

Digo, ainda, que todas as observações acima feitas se aplicam ao pedido formulado pelo Ministério Público Federal (Proc. n. 2006.37.00.006392-9) quando da quebra de sigilo bancário. Ali também os fundamentos, como transcritos mais acima, quando da reprodução da decisão que os acolheu e que se encontram às fl. 2.663 e seguintes dos autos, limitaram-se às informações prestadas pelo COAF, sem qualquer referência a outros elementos probatórios relacionados ao pretenso crime que se quer apurar ou mesmo à impossibilidade de se utilizar de outros meios de prova para se aprofundar na análise dos fatos descritos pelo COAF. Lá, como aqui, a medida primeira foi a quebra de sigilo, vale dizer, a origem das investigações propriamente ditas.

Outro ponto impugnado pelos impetrantes e que passo, agora, a apreciar é o referente à fundamentação do Juízo singular para o deferimento da medida.

Demonstrada, pois, a ilegitimidade das representações referentes à quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos, cabe, agora, indagar: como foram, então, *as decisões autorizadoras de tais medidas cautelares*? Houve fundamentação suficiente e satisfatória para sustentar o referido afastamento?

Pergunto isso porque o direito de sigilo, como é cediço, insere-se no campo do direito à intimidade, previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal.

É ele, ainda, de forma genérica, garantido em outros dispositivos da Lei Maior, em especial no inciso XII do mencionado artigo.

Desse modo, o sigilo não pode sofrer violações, senão em situações excepcionais que autorizem a restrição do direito.

É por isso que se afirma que nenhum direito constitucionalmente previsto é absoluto, visto que, quando em confronto com outra norma de igual hierarquia, será submetido a um juízo de ponderação e, se necessário, restringido para que o outro prevaleça.

Contudo, a restrição de um direito constitucionalmente previsto deve ser ***“excepcional, expressamente estabelecida em lei e guardar proporcionalidade, o que significa dizer que a medida restritiva deve ser adequada, necessária e proporcionada aos fins a que se destina”***.

No presente caso, os pedidos de representação pela quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos originaram-se a partir das movimentações financeiras atípicas informadas pelo COAF às autoridades responsáveis.

Entretanto, tais provas só poderão ser admitidas se colhidas em conformidade com a Constituição Federal.

Significa dizer que nos casos em que *não existam outros meios de prova disponíveis*, bem como *demonstrada sua imprescindibilidade e precedida de concretas e fundadas razões*.

Isso porque as provas colhidas em desrespeito à Constituição Federal *violam indevidamente o direito à intimidade – no qual o sigilo está inserido –, pelo que, inaceitáveis*.

Como nos ensina o Ministro Gilmar Mendes:

O sigilo haverá de ser quebrado em havendo necessidade de preservar um outro valor com status constitucional, que se sobreponha ao interesse na manutenção do sigilo. Além disso, *deve estar caracterizada a adequação da medida ao fim pretendido, bem assim a sua efetiva necessidade – i.e., não se antever outro meio menos construtivo par alcançar o mesmo fim*. O pedido de quebra do sigilo bancário ou fiscal deve estar acompanhado de prova da sua utilidade. *Cumprido, portanto, que se demonstre que “a providência requerida é indispensável, que ela conduz a alguma coisa”; vale dizer, que a incursão na privacidade do investigado vence os testes da proporcionalidade por ser adequada e necessária*.

(MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 386, grifo nosso).

Pertinente ao caso as lições de Maurício Zanoide de Moraes, para quem o princípio da proporcionalidade só tem sentido com o *cumprimento da motivação do ato judicial*, sendo esta pressuposto inarredável do juízo proporcional:

O outro requisito extrínseco é a “*motivação*”, *imprescindível a qualquer decisão judicial*. A Constituição, em seu art. 93, IX, determina de maneira peremptória a fundamentação de toda decisão, sancionando-a de nula se estiver dela carente. A motivação é garantia política e processual de legitimidade das manifestações jurisdicionais e única forma pela qual o juiz, exteriorizando e materializando sua convicção, permite ao cidadão impugnar o ato determinado se o entender inconstitucional.

A motivação deve ser a mais completa possível, abarcando todos os aspectos jurídicos envolvidos na questão e com eles relacionando os dados fáticos específicos da realidade levada ao conhecimento do julgador e referentes à medida pleiteada. Esses atributos, ínsitos a qualquer decisão jurisdicional, ganham mais peso e relevo quando dirigidos a justificar a compressão de direitos fundamentais por via da proporcionalidade. A ponderação de valores deve emergir clara e exaustiva tanto em seu aspecto jurídico como em seu aspecto fático.

(*Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo*. Coord. Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 36-37 - grifo nosso).

Respondendo, portanto, às minhas indagações anteriores, tendo em vista essas considerações e o caso em concreto: “Não”!! As decisões que autorizaram a quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos (idênticas, todas as três, diga-se mais uma vez) limitaram-se apenas a fazer uma *abordagem sobre o Relatório do COAF, mencionar (e aqui deve-se observar muito bem), eu disse “mencionar”, o § 4º do art. 1º da LC n. 105/2001, além de conjecturar sobre possibilidades de cunho estritamente subjetivo e abstrato*. Vejamos.

Ao decretar a *quebra de sigilo fiscal* (Proc. n. 2007.37.00.001750-7), em 23.3.2007, medida essa que exsurgiu como a “*primeira*” nos autos do IPL em apreço, o magistrado da 1ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão assim dispôs (fls. 157-160 – grifo nosso):

Trata-se de feito em que a Polícia Federal pugna pela decretação da *quebra de sigilo fiscal* nos últimos cinco anos de pessoas físicas e jurídicas suspeitas de terem praticado crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990) e de lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/1998).

Registrou o *Parquet federal* que o COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras, ante o disposto no inciso II do art. 11. da Lei n.º 9.613/1998, informou à Divisão de Repressão a Crimes Financeiros que *Eduardo de Carvalho Lago, Fernando José Macieira Sarney, Teresa Cristina Murad Sarney, Teresa Cristina Ferreira Lopes e Carlos Henrique Campos Ferro* teriam praticado movimentações financeiras entre si, com transferências no valor de R\$ 2.000.000, 00 e saques em espécie.

Ressaltou que:

(...) dentre as pessoas mencionadas, ambos apresentam diversos elos de ligação, a saber, **Eduardo Carvalho Lago**, quem fez a TED no valor de 2 milhões para a conta da Gráfica Escolar S.A., recebeu a mesma transferência no dia seguinte, tendo efetuado nova transferência, no mesmo valor, para a conta corrente de **Fernando José Macieira Sarney**, que era sócio da gráfica até o ano de 2003 e sua provável esposa, **Teresa Crsitina Murad Sarney**, atual diretora da Gráfica. Tal valor foi sacado em espécie, nos dias seguintes por **Fernando**.

Fernando, por sua vez, é sócio da *Televisão Mirante Ltda.*, de cujas contas correntes foram retirados, em espécie, valores que superam R\$ 1 milhão, entre os dias 27.9 a 27.10.2006, pelas pessoas de **Teresa Cristina Ferreira Lopes** que já foi funcionária do governo do estado (sic), bem como da *Televisão Mirante* (sic) Ltda. e de **Carlos Henrique Campos Ferro**, que já foi funcionário da *Televisão Mirante Ltda.* e da *Gráfica Escolar* (sic) S.A.

A teia de relações entre os depositantes/sacadores denota uma clara relação entre os mesmos, que pode estar sendo utilizada para acobertar

operações ilícitas, que demandam uma urgente repressão por parte do Estado.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo deferimento do pedido nos moldes requeridos pela autoridade policial e pela extensão do pedido em relação a *Eduardo Carvalho Lago* e à pessoa jurídica *São Luís Factoring e Fomento Mercantil Ltda.*, por não ter constado no pedido da autoridade policial.

É o relatório.

Fundamento e decido.

A Lei n. 9.613/1998, que *“dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências”*, estabelece, no caput de seu artigo 14, que o COAF tem *“a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades”*.

Por seu turno, o artigo 15 do mesmo diploma legal determina que *“o COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito”*.

Entre os ilícitos que o COAF deve notificar às autoridades competentes, encontra-se o delito de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, previsto na própria Lei n. 9.613/1998, infração penal essa que invariavelmente está também vinculada a crimes contra a ordem tributária, tipificados na Lei n. 8.137/1990.

Na espécie, os dados apurados pelo COAF efetivamente constituem, no meu entendimento, fundados indícios da prática dos ilícitos penais supramencionados.

Com efeito, os documentos daquele Conselho dão conta de vultosas movimentações de dinheiro, inclusive com saques em espécie que totalizam mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), todos eles efetuados por sócios, ex-sócios ou prepostos das empresas indicadas na inicial.

A experiência tem demonstrado que uma tal movimentação de dinheiro “vivo” está geralmente relacionada a operações ilícitas, especialmente em épocas de eleição, e merece relevo o fato de que os saques suspeitos ocorreram exatamente na semana que antecedeu o segundo turno das eleições para Presidente da República e para Governador de Estado, sendo do conhecimento de todos que uma irmã do investigado *Fernando José Macieira Sarney* concorreu para o segundo cargo acima citado.

Além da real possibilidade do dinheiro movimentado em espécie pelos investigados ter sido utilizado para propósitos que configuram crimes eleitorais, é preciso averiguar a origem desses valores, se tais valores foram regularmente

lançados na contabilidade das empresas em tela e se houve a devida declaração ao Fisco dos tributos eventualmente incidentes.

Nesse contexto, a medida requerida pelo MPF deve ser deferida, eis que presentes fortes indícios da prática de crimes, situação em que o sigilo deve ser afastado, diante do interesse maior da sociedade em reprimir condutas ilícitas.

A medida é necessária e mesmo indispensável para a adequada apuração dos fatos e estriba-se no § 4º do art. 1º da Lei Complementar n. 105/2001, que destaca, em seus incisos, os crimes contra a ordem tributária (inciso VII) e de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores (inciso VIII).

Outrossim, também merece deferimento, com fundamento no artigo 198 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966 - redação dada pela Lei Complementar n. 104/2001), o pedido de extensão da quebra à Receita Federal, para que esta, de posse dos documentos a serem fornecidos pelos bancos em que se deu a movimentação suspeita, instaure procedimento fiscal com o fim de lançamento dos tributos eventualmente devidos.

Pelo exposto, considerando que se encontram plenamente satisfeitas as exigências legais para a decretação da medida requeridas, **defiro** o pedido da Polícia Federal, como também o requerimento do Ministério Público Federal para **decretar a quebra do sigilo fiscal, nos últimos cinco anos (anos de 2002 a 2006)** de: [...]

A *fundamentação* apresentada pela autoridade judicial, conforme acima transcrita, além de idêntica, como dito anteriormente, àquelas presentes nas decisões proferidas por ocasião da quebra do sigilo bancário (da lavra, inclusive, de outro juiz) e de dados telefônicos (o que autoriza a aplicação dos comentários aqui feitos a todas elas), não mostrou, de forma inequívoca, a **necessidade de afastamento do direito**, nem tampouco **comprovou a imprescindibilidade da medida**.

Na verdade, ao decretar referida medida, posso dizer, sem nenhum receio, que o magistrado de primeiro grau se *limitou a apontar os requisitos legais à sua concessão, além de fazer conjecturas e colocações abstratas e de ordem subjetiva*, emitindo antecipadamente um juízo de valor que, para tanto, adveio somente do teor inserto no Relatório de Inteligência Financeira do COAF.

Note-se: **não houve indicação de mínimos elementos**, a meu ver, **que pudessem alicerçar o deferimento de medida tão drástica**.

Nesse passo, curial fazer comentários individualizados sobre o quanto supostamente fundamentado pelo Juízo Federal para o deferimento da primeira medida cautelar:

I - Quanto ao RELATÓRIO DO COAF

[...] Entre os ilícitos que o COAF deve notificar às autoridades competentes, encontra-se o delito de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, previsto na própria Lei n. 9.613/1998, infração penal essa que invariavelmente está também vinculada a crimes contra a ordem tributária, tipificados na Lei n. 8.137/1990.

Na espécie, os dados apurados pelo COAF efetivamente constituem, no meu entendimento, fundados indícios da prática dos ilícitos penais supramencionados.

Os documentos daquele Conselho dão conta de vultosas movimentações de dinheiro, inclusive com saques em espécie que totalizam mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), todos eles efetuados por sócios, ex-sócios ou prepostos das empresas indicadas na inicial.

Faço um parêntese para indagar: isso é fundamentação suficiente para autorizar uma exceção a uma garantia constitucional? Ou estamos diante de mera consideração sobre as atribuições legais do COAF?

II - Quanto às COLOCAÇÕES ABSTRATAS E DE ORDEM SUBJETIVA DO MAGISTRADO SINGULAR A RESPEITO DOS FATOS RELATADOS – “AS MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS ATÍPICAS”

A experiência tem demonstrado que uma tal movimentação de dinheiro “vivo” está geralmente relacionada a operações ilícitas, especialmente em épocas de eleição, e merece relevo o fato de que os saques suspeitos ocorreram exatamente na semana que antecedeu o segundo turno das eleições para Presidente da República e para Governador de Estado, sendo do conhecimento de todos que uma irmã do investigado *Fernando José Macieira Sarney* concorreu para o segundo cargo acima citado.

Além da real possibilidade do dinheiro movimentado em espécie pelos investigados ter sido utilizado para propósitos que configuram crimes eleitorais, é preciso averiguar a origem desses valores, se tais valores foram regularmente lançados na contabilidade das empresas em tela e se houve a devida declaração ao Fisco dos tributos eventualmente incidentes.

Nesse contexto, a medida requerida pelo MPF deve ser deferida, eis que presentes fortes indícios da prática de crimes, situação em que o sigilo deve ser afastado, diante do interesse maior da sociedade em reprimir condutas ilícitas.

É possível considerar tal assertiva como suficiente para provocar uma quebra de sigilo? Ou na verdade nos deparamos com meras divagações de índole

subjetiva, íntima do juiz singular, que, em vez de ponderar sobre o preenchimento dos requisitos necessários para a decretação da medida, preocupou-se em ficar conjecturando probabilidades sobre a movimentação financeira apontada como “atípica”, atribuindo-lhe, desde já, ares de possível prática delituosa, sem indicar reais indícios da prática de nenhum crime, como também de nenhuma autoria.

Pertinente, aqui, o ensinamento da Ministra Maria Thereza por ocasião do julgamento do HC n. 137.349, quando disse que “a exigência de motivação das decisões judiciais traz em si a obrigatoriedade ética da comprovação dos dados que eventualmente sustentam determinado provimento, porquanto no processo dialético-democrático não é crível imaginar que ao juiz seja conferido o poder de decidir por meio de situações ocultas, não verificadas nos autos ou somente apuráveis nas entrelinhas da investigação”.

III - CITAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL

[...] A medida é necessária e mesmo indispensável para a adequada apuração dos fatos e estriba-se no § 4º do art. 1º da Lei Complementar n. 105/2001, que destaca, em seus incisos, os crimes contra a ordem tributária (inciso VII) e de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores (inciso VIII).

A mera citação de dispositivo legal limitou-se à simples ressalva, sem, para tanto, demonstrar efetivamente a sua aplicação. Não basta, em meu entender, mencionar apenas a previsão legal. Exige-se que seja avaliado pelo magistrado se se faziam presentes os elementos minimamente razoáveis para alicerçar a decretação. Evidentemente isso não ocorreu.

Ao lado do que constou como fundamento da decisão, chama também a atenção aquilo que não constou. Tanto para a quebra de sigilo bancário e fiscal quanto para a quebra de sigilo de dados telefônicos essencial é a demonstração de que esta é o único meio de prova possível para se prosseguir com as investigações:

Não se pode acolher a prática, por vezes comum, mas errônea, de se iniciar uma investigação, mormente criminal, por intermédio, da quebra do sigilo bancário ou fiscal de alguém. Essa deve ser uma atitude drástica, tomada pelo Poder Judiciário, quando já existem indícios suficientes de autoria e prova da materialidade de um delito ligado a operações financeiras, assim como nos casos de interceptações telefônicas. Não fosse assim e estaríamos reduzindo, sem justa causa, o conteúdo do direito à intimidade, constitucionalmente assegurado. A regra é a inviolabilidade à intimidade e à vida privada, bem como a garantia ao sigilo dos dados do cidadão.

A exceção será a sua violação, com finalidade de investigação de um ilícito grave, cujos alicerces já existem, faltando somente erguer a finalização do conjunto probatório.

[...]

Como já mencionamos em notas anteriores, *a violação do sigilo financeiro, para fins de investigação, é uma exceção. Precisa estar calcada em elementos probatórios outros, minimamente sólidos, exigindo, portanto, do juiz uma clara e detalhada fundamentação.*

(NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis Penais e Processuais Comentadas*, 5ª ed., p. 1.131-1.132).

Desde logo cabe enfatizar que o objetivo final da interceptação, reiterado no diploma legal em questão, é a constituição de uma “prova”. Prova que deve versar sobre uma infração penal e sua autoria. *Se essa prova pode ser “obtida” por outros meios, não deve o juiz determinar a interceptação telefônica, que é medida de ultima ratio, extremada, excepcional, mesmo porque, por vontade do legislador constituinte, a regra é a preservação da intimidade.*

Na sua fundamentação, *urge que o juiz demonstre a “necessidade” da interceptação.* Já do pedido da providência cautelar, aliás, a lei exige “a demonstração de que a sua realização é necessária” (art. 4º). *Em suma, somente quando comprovada a “indispensabilidade do meio de prova” (diz o art. 5º, in fine) é que se defere a interceptação.* Impõe-se ao juiz a valoração da existência ou não de “outros meios disponíveis”, examinando detidamente o caso concreto. Sempre tendo em vista o bem jurídico tutelado, a intimidade e o sigilo das comunicações, que é de natureza fundamental.

(GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Legislação Criminal Especial*, 2ª ed., RT, p. 577).

Como já decidiu este Tribunal em outra oportunidade, “a ordem jurídica autoriza a quebra do sigilo bancário, em situações excepcionais. Implicando, entretanto, na restrição do direito à privacidade do cidadão, garantida pelo princípio constitucional, é imprescindível demonstrar a necessidade das informações solicitadas, com o estrito cumprimento das condições legais autorizadoras” (REsp n. 124.272, DJ 2.2.1998). “Por tratar-se de medida excepcional, o afastamento do sigilo de dados deve ser precedido de concretas e fundadas razões, não se podendo admitir que o abrandamento desta garantia constitucional seja realizado sem a demonstração efetiva de sua necessidade, comprovando-se a impossibilidade de obtenção da prova pretendida por outros meios disponíveis” (voto do Ministro Jorge Mussi, por ocasião do HC n. 124.253).

As decisões que autorizaram a quebra do sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos foram silentes nesse aspecto, nem ao menos cuidando de afirmar, mesmo que sem fundamentação, que essa era o único meio de prova possível.

É, dessa forma, fato incontestável a deficiência da autorização da quebra de sigilo (bancário, fiscal e de dados telefônicos) dos investigados, faltando-lhe mínima fundamentação, não tendo sido mostrada, de forma inequívoca, a necessidade de afastamento do direito, nem tampouco comprovada a imprescindibilidade da medida. Refere-se, genericamente, de forma por vezes subjetiva, ao suposto envolvimento; não se aponta, de maneira concreta, nenhum passo ou conduta que pudesse ligar os envolvidos à condução de suposto delito; nem sequer se identificou uma possível situação que exigisse, nesse momento tão prematuro da investigação, a quebra de sigilo. Deixou-se de explicitar a indispensabilidade das quebras requeridas naquele momento. Enfim, o que se têm são decisões singelas, comuns a três requerimentos diferentes, proferidas por juízes diferentes, sem maiores expressões; nada se disse de específico, de pertinente, em tal motivação. A autoridade judicial, portanto, deixou de fundamentar seu ato, em ofensa a direito dos investigados, que há de ser resguardado contra abuso no manejo de instrumento tão contundente.

Resta claro que deveriam, necessariamente, ter sido declinados, tanto quando do momento da representação pela quebra, quanto, e especialmente, pela autoridade judicial, responsável por sua autorização, os motivos determinantes da medida.

Nesse particular, trago as seguintes lições coletadas na doutrina:

Por último, mas com vital interesse ao tratamento do tema, já que no processo penal discutem-se basicamente restrições à liberdade e à dignidade do indivíduo, *deve ser sublinhada a relevância da motivação das decisões judiciais como garantia de efetividade dos direitos fundamentais.*

[...]

É justamente entre essas limitações impostas ao Poder Judiciário, e também sob o duplo enfoque mencionado, *que se insere a motivação das decisões judiciais como garantia dos direitos fundamentais: de um lado, serve para verificar - pelo acompanhamento do raciocínio desenvolvido pelo juiz para chegar a um eventual provimento restritivo daqueles direitos - se foram efetivamente obedecidas as regras do devido processo; por outro, será igualmente por intermédio da fundamentação que será viável constatar se a decisão aplicou validamente as normas que permitiam a restrição e se apreendeu de maneira correta o contexto fático que a autorizava.*

(GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 91-93).

A autoridade judicial, portanto, em nosso sistema processual penal, para autorizar a busca domiciliar deve, de forma inequívoca, demonstrar, nos "fundados motivos", que a restrição ao direito individual aflora inafastável, para a persecução penal; evidenciar o interesse social concreto, prevalecendo sobre o individual; ser proporcional ao fim almejado; estar ajustada, em sua concretude, com a finalidade perseguida. E, mais, patentear sua imprescindibilidade, oportunidade e conveniência.

(PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 130).

Tal entendimento encontra eco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

A quebra do sigilo bancário - ato que se reveste de extrema gravidade jurídica e cuja prática pressupõe necessariamente, a competência do órgão judiciário que a determina - só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos de suspeita que se apoiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática delituosa por parte daquele que sofre a investigação penal realizada pelo Estado (PET n. 577-QO, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 23.4.1993). A relevância do direito ao sigilo bancário - que traduz, na concreção do seu alcance, uma das projeções realizadoras do direito à intimidade - impõe, por isso mesmo, cautela e prudência ao órgão competente do Poder Judiciário (o Supremo Tribunal Federal, no caso) na determinação da ruptura da esfera de privacidade individual que o ordenamento jurídico, em nome de salvaguarda, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X).

(Voto do Ministro Celso de Mello, na Rcl n. 511-9, Ementário STF 1800-01, p. 88).

O exame da fundamentação apresentada pela autoridade judicial – que é *carente e insuficiente* – permite reconhecer, nas deliberações *que nela se apoiaram*, uma *evidente transgressão ao mandamento constitucional* que impõe aos atos de “disclosure” a *necessária observância*, por parte de qualquer órgão estatal, do *dever de motivar* a adoção de medida tão extraordinária como a que ora se impugna neste *habeas corpus*.

É preciso advertir que a quebra de sigilo não se pode converter em instrumento de *devassa indiscriminada dos dados* – bancários, fiscais e/ou telefônicos – postos sob a esfera de proteção da cláusula constitucional, *que resguarda a intimidade, inclusive aquela de caráter financeiro, que se mostra inerente às pessoas em geral*.

Inquestionável, por isso mesmo, que a norma constitucional que outorga “poderes para decretação da quebra de sigilo às autoridades judiciais” traz, quanto a esta, o reconhecimento da necessidade de que os seus poderes somente devam ser exercidos de maneira compatível com a natureza do regime e com respeito (indeclinável) aos princípios consagrados na Constituição Federal.

Completamente convencido de que a deliberação questionada neste *writ* se apoiou em **genérica formulação desvestida de fundamentação idônea**, incide, por tal específica razão, na **censura** tanto da jurisprudência da Suprema Corte quanto do Superior Tribunal de Justiça, conforme já proclamado em situações assemelhadas:

Comissão Parlamentar de Inquérito. Quebra de sigilo. Ausência de indicação concreta de causa provável. Nulidade da deliberação parlamentar. Mandado de segurança concedido.

*A **quebra** de sigilo **não pode** ser utilizada como instrumento de **devassa** indiscriminada, **sob pena** de ofensa à garantia constitucional da intimidade.*

*- A quebra de sigilo, para legitimar-se em face do sistema jurídico-constitucional brasileiro, **necessita apoiar-se** em decisão **revestida** de fundamentação adequada, **que encontre apoio concreto** em suporte fático idôneo, **sob pena de invalidade** do ato estatal que a decreta.*

*A ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa - quando ausente a hipótese configuradora de causa provável - revela-se incompatível com o modelo consagrado na Constituição da República, pois a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. Não fosse assim, a quebra de sigilo converter-se-ia, **ilegitimamente**, em instrumento de busca generalizada, que daria, ao Estado - não obstante a ausência de quaisquer indícios concretos - o poder de vasculhar registros sigilosos alheios, em ordem a viabilizar, mediante a **ilícita** utilização do procedimento de devassa indiscriminada (que nem mesmo o Judiciário pode ordenar), o acesso a dado supostamente impregnado de relevo jurídico-probatório, em função dos elementos informativos que viessem a ser eventualmente descobertos.*

(RTJ 182/560, Ministro Celso de Mello, Pleno – grifo nosso).

Comissão Parlamentar de Inquérito. Quebra de sigilo. Inocorrência de fundamentação. Ausência de indicação de fatos concretos referentes à pessoa investigada. Nulidade da deliberação Parlamentar. Mandado de segurança deferido.

*A quebra do sigilo, por ato de Comissão Parlamentar de Inquérito, deve ser **necessariamente** fundamentada, **sob pena** de invalidade.*

- A Comissão Parlamentar de Inquérito - que dispõe de competência constitucional para ordenar a quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico das

pessoas sob investigação do Poder Legislativo - *somente* poderá praticar tal ato, *que se reveste de gravíssimas* consequências (sic), *se justificar*, de modo adequado, e *sempre mediante indicação concreta* de fatos específicos, a *necessidade* de adoção dessa medida excepcional. *Precedentes*.

A quebra de sigilo - que se apoia em fundamentos genéricos e que não indica fatos concretos e precisos referentes à pessoa sob investigação - constitui ao eivado de nulidade.

- A *quebra* do sigilo *inerente* aos registros bancários, fiscais e telefônicos, *por traduzir* medida de caráter excepcional, *revela-se incompatível* com o texto da Constituição, *quando fundada* em deliberações emanadas de CPI cujo suporte decisório apóia-se em *formulações genéricas*, muitas vezes *padronizadas*, que *não veiculam* a necessária e específica indicação da *causa provável*, que constitui *pressuposto de legitimação* essencial para a válida ruptura, por parte do Estado, da esfera de intimidade a *todos garantida* pela Carta Política.

(MS n. 23.964-DF, Ministro Celso de Mello, Pleno – grifo nosso).

Habeas corpus. “Operação castelo de areia”. Denúncia anônima não submetida à investigação preliminar. Desconexão dos motivos determinantes da medida cautelar. Quebra de sigilo de dados. Ofensa às garantias constitucionais. Procedimento de investigação formal. Necessidade de comprovação de motivos idôneos. Busca genérica de dados.

As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal.

A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa.

A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art. 93, IX, da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social.

Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, in casu, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de proporcionalidade nele previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado da proteção do direito individual.

Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da Ação Penal n. 2009.61.81.006881-7.

(HC n. 137.349-SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 30.5.2011 – grifo nosso).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Suposta prática de tráfico internacional de entorpecentes. Paciente que não figura no polo passivo da ação penal. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem não conhecida incompetência do juízo. Não-ocorrência. Art. 83 do CPP. Ilegalidade das interceptações telefônicas. Lei n. 9.296/1996. Carência de fundamentação. Nulidade. Ordem concedida.

1. Não tendo sido instaurada ação penal em desfavor do paciente, não resta caracterizada, neste momento, a ameaça de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, sanável pela via do *writ*, nos termos do inciso LXVIII do art. 5ª da Constituição Federal. Vencido o Relator na preliminar de conhecimento.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que eventual declinação de competência não tem o condão de invalidar a prova até então colhida.

3. A competência jurisdicional, em regra, deve ser firmada pelo local dos fatos tidos como delituosos (art. 69, I, do CPP). Entretanto, em se tratando de competência por prevenção, como na hipótese, o juiz que tenha praticado algum ato do processo está prevento para os demais (art. 83 do CPP).

4. O afastamento da garantia inscrita no inciso XII do art. 5º da CF pressupõe o cumprimento cumulativo, das exigências cogentes, imperativas, de ordem pública, de direito estrito, contidas na Lei n. 9.296/1996, notadamente *a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (art. 2º, I), decisão judicial fundamentada, sob pena de nulidade, pelo prazo de quinze dias, renovável (art. 5º), que a infração não seja punida com detenção e, que não seja possível realizar a prova por outros meios disponíveis.*

5. *O fato de a investigação ser sigilosa não exclui a necessidade de que a autoridade policial demonstre os indícios razoáveis da autoria ou participação do agente em infração penal, para que o Magistrado competente possa fazer seu juízo de convencimento a respeito, no sentido do atendimento ou não, da imperativa exigência apontada, para justificar a drástica medida invasiva do direito constitucional à incolumidade do sigilo, ut art. 5º, XII, da CF.*

6. *É inadmissível a manutenção da prova resultante de interceptação oriunda de injustificada quebra do sigilo telefônico, por falta de qualificação do agente e indicação de indícios razoáveis da sua autoria ou participação em infração penal, da inadequada fundamentação das autorizações judiciais, conforme exige o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 9.296/1996, por violar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, além do excessivo período (660) dias, aproximadamente, da quebra do sigilo.*

(HC n. 88.825-GO, Relator Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 30.11.2009 – grifo nosso).

Recurso em mandado de segurança. Sigilos bancário e fiscal. Necessidade de comprovação de motivo hábil. Proteção e garantia constitucional.

A proteção da privacidade do cidadão, na qual se inserem os sigilos bancário e fiscal, envolve uma garantia constitucional relativa, somente afastada pelo critério da proporcionalidade e da efetiva necessidade da medida de constrição.

No caso, não foram eficientemente comprovados os motivos pelos quais os recorrentes poderiam sofrer a invasão ao seu direito de privacidade, sendo de bom senso nesta situação resguardar a regra geral e protetora do sistema de garantias fundamentais.

Recurso provido.

(RMS n. 25.174-RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 14.4.2008 – grifo nosso).

Ponderando a *análise do pleito mandamental em questão*, de um lado, e o *exame das razões* que motivaram a decretação da quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos, de outro, *demonstrada está a evidente falta de fundamentação* subjacente à efetivação, no caso, da medida excepcional da *disclosure*.

Pelas razões acima expostas, tenho que as provas colhidas em razão dessas quebras, na sua totalidade, são “ilícitas”.

As quebras de sigilo referentes aos Processos n. 2006.37.00.006392-9 (fls. 2.682-2.687), n. 2007.37.00.001751-7 (fls. 152-155) e n. 2007.37.00.001750-7 (fls. 157-160) tiveram, como já visto, motivação idêntica quando da solicitação para o afastamento do sigilo, qual seja, o Relatório de Inteligência Financeira do COAF que comunicou “movimentações financeiras atípicas, com transferências no valor de R\$ 2.000.000,00 e saques em espécie”, integrando, as duas últimas, o IPL n. 001/2007-DFIN/DCOR. Tratam, pois, esses processos de “desdobramentos”, que se comunicam e se complementam, porquanto fruto de apurações/investigações colhidas anteriormente, desde a quebra do sigilo bancário – primeiro afastamento –, ora considerado ilegal.

E os elementos colhidos dessas quebras, somados às informações prestadas pelo COAF, justificaram a decisão autorizadora da quebra de sigilo fiscal e interceptação telefônica do paciente, ocorrida mais de um ano depois da primeira quebra (Proc. 2007.37.00.010617-8). Tal situação fica clara na referida decisão. Vejamos alguns trechos (fls. 162-163 e 165):

Trata-se de pedido de

a) *quebra de sigilo fiscal* de **José Odilon Soares Filho** (CPF n. 008.341.063-53), sócio da São Luis Factoring e Fomento Mercantil Ltda. e de **Marco Aurélio Bastos Cavalcanti** (CPF n. 095.363.104-49), contador do grupo Imirante, bem como *das empresas que ambos participem do quadro societário*.

[...]

Deferida a quebra do sigilo bancário e de posse das informações, a autoridade policial observou movimentação suspeita na empresa *São Luis Factoring e Fomento Mercantil Ltda.*, como se vê (...)

Tais conclusões serviram para embasar decisão deste juízo pela ampliação da quebra de sigilo bancário para inclusão da empresa *São Luis Factoring e Fomento Mercantil Ltda.*, tendo sido consignados os seguintes termos:(...)

Quanto ao pedido de interceptação telefônica, apenas são incluídos novos terminais, pertencentes a pessoas, cuja quebra de sigilo já foi autorizada nos autos do Processo n. 2007.1750-7, cuja decisão faz constar.

O presente pedido se dá em complementação às investigações já em curso perante este Juízo, como se expõe.

[...]

Ora, em relação às provas ilícitas, nosso ordenamento jurídico adotou o sistema da inadmissibilidade das obtidas por meios ilícitos, ou seja, toda e qualquer prova nessa situação não poderia, em tese, nem sequer ingressar nos autos, conforme o disposto nos arts. 5º, LVI, da Constituição Federal e 157 do Código de Processo Penal.

E, na hipótese de vir a acontecer, ela deve ser excluída (*exclusionary rules*).

Consoante Luiz Francisco Torquato Avolio, a prova ilícita, em sentido estrito, pode ser definida como a “prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela CF e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade” (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 43).

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*The fruit of the poisonus tree*) teve origem na Suprema Corte Americana, que adotou o entendimento de que os vícios da “árvore são transmitidos aos seus frutos”, ou seja, havendo uma origem ilícita, como *in casu*, uma investigação eivada de inconstitucionalidade, toda prova dela decorrente, mesmo que não ilícita em si, não poderá ser admitida, pois já estaria contaminada.

Aliás, o § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008, admite a adoção da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, ressaltando a hipótese de não se comprovar o nexo de causalidade entre as provas derivadas e as ilícitas ou caso as derivadas possam ser obtidas por intermédio de uma fonte diversa das ilícitas.

Discute-se muito acerca da aplicabilidade da Teoria ao Direito pátrio. No entanto, o excelso Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema, em brilhante voto da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, cuja ementa transcrevo a seguir:

Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, "nas hipóteses e na forma" por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do *habeas corpus* pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do *habeas corpus*, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de ministro impedido (MS n. 21.750, 24.11.1993, Velloso); consequente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica - a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente.

(HC n. 69.912-RS, Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 25.3.1994).

Nesse mesmo sentido, cita-se precedente desta Turma, da lavra da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, *in verbis*:

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. 1. Ação penal instauração. Base em documentação apreendida em diligência considerada ilegal pelo STF e STJ. Ações penais distintas. Irrelevância. Princípios da isonomia e segurança jurídica. 2. Ilicitude da prova derivada. Teoria da árvore dos frutos envenenados. Denúncia oferecida com base em prova derivada da prova ilícita. Impossibilidade. Trancamento. 3. Ordem concedida.

1. Tendo o STF declarado a ilicitude de diligência de busca e apreensão que deu origem a diversas ações penais, impõe-se a extensão desta decisão a todas as ações dela derivadas, em atendimento aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

2. Se todas as provas que embasaram a denúncia derivaram da documentação apreendida em diligência considerada ilegal, é de se reconhecer a imprestabilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, trancando-se a ação penal assim instaurada.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal em questão, estendendo, assim, os efeitos da presente ordem também ao co-réu na mesma ação *Luiz Felipe da Conceição Rodrigues*.

(HC n. 100.879-RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 8.9.2008 – grifo nosso).

Na mesma linha de entendimento, merecem destaque, ainda, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

Habeas corpus. Processual Penal. Delito de falsidade ideológica. Pedido de trancamento da ação penal. “Privilegio constitucional contra a auto-incriminação: garantia básica que assiste à generalidade das pessoas. A pessoa sob investigação (parlamentar, policial ou judicial) não se despoja dos direitos e garantias assegurados” (STF, HC n. 94.082-MC-RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 25.3.2008). Princípio “*nemo tenetur se detegere*”. Posituação no rol petrificado dos direitos e garantias individuais (art. 5º, inciso Direitos e Garantias Individuais (Art. 5º, inciso LXIII, da Constituição da República): Opção do constituinte originário brasileiro de consagrar, na Carta da República de 1988, “diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela quinta emenda [à constituição dos Estados Unidos da América], que compõe o ‘*bill of rights*’” norte-americano (STF, HC n. 94.082-MC-RS, rel. min. Celso de Mello, DJ de 25.3.2008). precedentes citados da Suprema Corte dos Estados Unidos: *Escobedo V. Illinois* (378 u.s. 478, 1964); *Miranda V. Arizona* (384 u.s. 436, 1966), *Dickerson V. United States* (530 u.s. 428, 2000). Caso *Miranda V. Arizona*: fixação das diretrizes conhecidas por “*miranda warnings*”, “*miranda rules*” ou “*miranda rights*”. Direito de qualquer investigado ou acusado a ser advertido de que não é obrigado a produzir quaisquer provas contra si mesmo, e de que pode permanecer em silêncio perante a autoridade administrativa, policial ou judiciária. Investigada não comunicada, na hipótese, de tais garantias fundamentais. Fornecimento de material grafotécnico pela paciente, sem o conhecimento de que tal fato poderia, eventualmente, vir a ser usado para fundamentar futura condenação. Laudo pericial que embasou a denúncia. Prova ilícita. Teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). Ordem concedida.

[...]

6. Evidenciado nos autos que a Paciente já ostentava a condição de investigada e que, em nenhum momento, foi advertida sobre seus direitos constitucionalmente garantidos, em especial, o direito de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma, resta evidenciada a ilicitude da única prova

que embasou a condenação. Contaminação do processo, derivada da produção do laudo ilícito. Teoria dos frutos da árvore envenenada.

7. Apenas advirta-se que a observância de direitos fundamentais não se confunde com fomento à impunidade. É mister essencial do Judiciário garantir que o *jus puniendi* estatal não seja levado a efeito com máculas ao devido processo legal, para que a observância das garantias individuais tenha eficácia irradiante no seio de toda a sociedade, seja nas relações entre o Estado e cidadãos ou entre particulares (STF, RE n. 201.819-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, DJ de 27.10.2006).

8. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia com base em outras provas.

(HC n. 107.285-RJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 7.2.2011 – grifo nosso).

Assim, não há outro caminho a não ser a *descontaminação* da investigação, expurgando-se dos autos todos os elementos colhidos em desconformidade com a lei, inclusive aqueles decorrentes da interceptação telefônica que tiveram como fundamento de pedir e decidir elementos obtidos em razão de quebras declaradas ilícitas.

Em decorrência das impropriedades longamente narradas, as provas obtidas por meios ilícitos, circunstância plenamente evidenciada, não podem mais figurar nos autos do inquérito, sendo certo que a Constituição Federal as repudiou, na dicção contida em seu art. 5º, LVI, ao estatuir como cláusula pétrea o princípio de que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A propósito, cabe transcrever o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, ao assinalar, no RHC n. 90.376-3-RJ, Segunda Turma, DJ 3.4.2007:

A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “*due process of law*”, que tem no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo.

No mesmo sentido, o Ministro Ilmar Galvão nos deixou ensinamento preciso:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação de convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade em uma eficaz repreensão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito Democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

(Ação Penal n. 307-3-DF, DJ 13.10.1995).

Por fim, é mister consignar que, no caso em exame, inquestionável é o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, as quais não convalidam, sob qualquer ângulo que seja apreciada a questão, porquanto manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelas autoridades responsáveis, ao arrepio da lei.

E, ainda, que deve o juiz estrita fidelidade à lei penal, dela não se podendo afastar a não ser que inconsequentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade, que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade.

Dúvidas, portanto, inexistem de que as referidas provas estão irremediavelmente contaminadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica.

Reconheço, então, que os atos das autoridades apontadas como coatoras, *ante a clara ausência de motivação de que se ressentem*, “*não se ajustam aos padrões mínimos*” fixados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Tudo isso é dito para declarar a ilicitude da *quebra de sigilo bancário* (Proc. n. 2006.37.00.006392-9), *fiscal* (Proc. n. 2007.37.00.001750-7) e *de dados telefônicos* (Proc. n. 2007.37.00.001751-7) dos investigados, porquanto em desconformidade com os requisitos legais, quebras apoiadas em fundamentos genéricos e sem motivação idônea, impondo-se a extensão desta decisão a todas as demais medidas delas derivadas (Proc. n. 2007.37.00.010617-8) e outras

porventura existentes, *reconhecida a impossibilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada.*

Posto isso, *concedo* a ordem para declarar nulas as quebras de sigilo bancário (Proc. n. 2006.37.00.006392-9), fiscal (Proc. n. 2007.37.00.001750-7) e de dados telefônicos (Proc. n. 2007.37.00.001751-7), integrantes do IPL n. 001/2007 - DFIN/DCOR, porquanto autorizadas em desconformidade com os ditames legais e, por consequência, declarar igualmente nulas as provas em razão delas produzidas (Proc. n. 2007.37.00.010617-8), cabendo, ainda, ao Juiz do caso a análise de tal extensão em relação a outras, já que nesta sede, de via estreita, não se afigura possível averiguá-las; sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Sr. Presidente, tenho o prazer de pela segunda vez, e aqui pela primeira vez, saudar o eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze como partícipe de um julgamento, saudação que já foi feita ontem por ocasião de nosso primeiro encontro e, hoje, tenho o prazer de renovar as saudações até então produzidas pelos Colegas que viram no eminente Ministro uma das grandes vocações, uma das jovens vocações da Magistratura que, com todos os méritos, toda a razão, ascendeu a este Superior Tribunal de Justiça. Aceite, então, minhas saudações, eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze, e quero dizer da satisfação que aqui temos, eu em especial, de receber V. Exa. como, realmente, um grande Magistrado que é. Tenho certeza de que V. Exa. trará uma contribuição inestimável à causa da Justiça.

Quero saudar também o eminente Advogado, Dr. Eduardo Antônio Lucho Ferrão, um dos mais, se não o mais, ilustres advogados e tribunos desta terra.

Também quero saudar o nosso ilustre Subprocurador-Geral da República aqui presente, a quem tive o prazer de conhecer há mais tempo e sei de suas sábias posições, dos seus sábios pareceres que tanto nos ajudam na elucidação dos julgamentos dos processos.

Quero registrar também o encaminhamento de memoriais, muito longos, muito bem postos, pela ilustrada defesa.

Consoante o bem relatado pelo e. Min. Relator, Sebastião Reis Júnior, trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por *Eduardo Antônio Lucho Ferrão* e *outro* (Advogados), em benefício de *João Odilon Soares Filho*, apontando como autoridade coatora a Quarta Turma do eg. Tribunal Regional Federal da Primeira Região que, ao apreciar o *writ* originário (HC n. 0027066-38.2010.4.01.0000-MA), à unanimidade de votos dos seus integrantes, concedeu apenas parcialmente a ordem de *habeas corpus* ali pretendida, em aresto que restou assim ementado:

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Procedimento de investigação. Crimes da Lei n. 9.613/1998. Incompetência da Justiça Federal: não ocorrência. Ofício do Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Inquérito. Quebra de sigilos fiscal, telefônico e telemático. Deferimento por autoridade judicial competente. Alegação de ausência de fundamentação. Provas ilícitas: não caracterização. Ampla dilação probatória: impossibilidade. Interceptação telemática. Medida genérica. Ilegalidade.

1. Havendo nos autos das peças investigativas apenas menção de nomes de parlamentares, não está caracterizada a alegada incompetência da Justiça Federal de primeira instância para o processamento da causa, visto que não há nos autos elementos suficientes para que se possa afirmar, de forma estreme de dúvidas, que as investigações têm como alvo parlamentares.

2. Apesar de o ofício do Coaf não indicar uma precisa prática de ilícitos penais, deixa claro que as movimentações financeiras dos investigados evidenciam situações de atipicidade, o que, durante as investigações, será apurada a possível prática de delitos elencados no artigo 1º, seus incisos e parágrafos, da Lei n. 9.613/1998.

3. A quebra dos sigilos foi devidamente autorizada pelo magistrado federal competente, que declinou em sua decisão indícios consistentes e que as condutas investigadas estariam subsumidas em qualquer das hipóteses do art. 1.º da Lei n. 9.613/1998.

4. No caso dos autos, “as interceptações telefônicas devem perdurar pelo tempo necessário à completa elucidação dos fatos delituosos, podendo ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo Juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações, o que foi observado na hipótese, não havendo limitação do número de renovações” (do opinativo ministerial).

5. Interceptação telemática decretada de forma indiscriminada, para atingir todos os endereços eletrônicos de dado domínio, ausente motivo que tanto justifique, é ilegal.

6. Ordem parcialmente concedida.

Extrai-se dos autos que o ora paciente, auditor aposentado do Tesouro Estadual do Maranhão e Diretor Financeiro do Sistema Mirante de Comunicação desde 1999, em São Luís-MA, constituiu, em julho de 2000, a empresa *São Luis Factoring e Fomento Mercantil Ltda.*, em conjunto com *Teresa Cristina Murad Sarney*, possuindo, à época, 20% de suas cotas sociais.

Em 1º de novembro de 2006, o COAF encaminhou comunicação à Polícia Federal dando conta de movimentação financeira atípica nas contas correntes das seguintes pessoas físicas e jurídicas: *Teresa Cristina Murad Sarney*, *Fernando José Macieira Sarney*, *Gráfica Escolar S.A.* e *São Luís Factoring Ltda.*

Com esteio na referida comunicação, a Polícia Federal instaurou o Inquérito n. 001/2007, a fim de investigar as mencionadas movimentações financeiras. O mencionado apuratório é que se tornou, no dizer dos impetrantes, palco de ilegalidades.

No *writ* manejado na origem, obtiveram os impetrantes concessão parcial da ordem pretendida.

Sustentam os impetrantes, nas razões da presente impetração, como bem sintetizado pelo i. Relator: a) a incompetência da autoridade judicial para deliberar sobre os pedidos de quebra de sigilo; b) a ilicitude da quebra do de sigilo bancário, telefônico e fiscal do paciente, bem como das provas delas decorrentes; e c) a ausência de fundamentação do *decisum* que teria autorizado a interceptação telefônica do paciente; e d) a ilegalidade de todas as prorrogações das interceptações telefônicas e telemáticas autorizadas no processo.

Indeferido, pelo Relator, o pedido liminar formulado pelos impetrantes e dispensadas as informações da autoridade apontada como coatora, foram os autos do presente remédio heróico encaminhados ao Ministério Público Federal que, a seu turno, emitiu parecer opinando pela denegação da ordem.

Feito o breve intróito, tenho que imperiosa é a concessão da ordem pretendida pelos impetrantes, para, consoante externado pelo i. Relator originário do *writ*, declarar nulas as quebras de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos do paciente, autorizadas que foram em desconformidade com os ditames legais.

Isto porque, o que se extrai dos autos é que, consoante bem destacou o e. Min. Sebastião Reis Júnior, o único fundamento dos pedidos de quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico do paciente foi o relatório do COAF, não tendo feito

a autoridade policial, ao representar nesse sentido, referência à qualquer outra investigação em andamento ou mesmo à eventual impossibilidade de apurar os fatos descritos no referido relatório do COAF por meios outros, que não o da quebra do sigilo naquele momento requerida.

Merece destaque o fato de ter própria autoridade policial, ratificando o que consta da comunicação do COAF, em seu pedido, deixado claro que não se poderia concluir, *“pelo simples ofício encaminhado, que realmente tinha se deparado com práticas de ocultação de bens, direitos e valores provenientes de crimes, pois certas transações e movimentações financeiras, apesar de se adequarem àqueles casos considerados suspeitos pelos diversos normativos em vigência, podem na verdade constituir atos normais de comércio ou eventuais negociações ocorridas”*.

Autorizadas subsequentes quebras de sigilo e 18 (dezoito) prorrogações de interceptações telefônicas, com autorização judicial, que perduraram por quase dez meses, é que se pôs à apreciação desta Corte Superior necessidade conjunta de princípios e normas relacionadas aos direitos fundamentais. Neste particular, insubstituíveis se fazem as palavras da e. Min. Maria Thereza, por ocasião do julgamento do HC n. 137.349, no sentido de que indispensável observar os fundamentos da proporcionalidade, sob pena de se banalizar e até mesmo vulgarizar muitas das garantias constitucionais, como a que está assentada no art. 5º, X, da Carta Maior: direito à intimidade e à privacidade.

Dito isto, e sendo dispensáveis maiores ilações sobre todos os fatos que permearam o inquérito policial que deu origem à controvérsia, eis que tão bem delimitados pelo i. Relator, resta-me, tão-somente, perfilhar a conclusão pelo mesmo esposada, *verbis*:

(...) A partir do momento que a autoridade policial decidiu, sem antes realizar qualquer outra diligência, representar pela quebra do sigilo, mediante o contido no relatório de inteligência financeira do COAF, maculou, por assim dizer, todo esse apuratório, já que o trabalho investigativo, que corresponde ao pleno esclarecimento do fato criminoso, não foi adequadamente realizado, ou melhor dizendo, aqui nem chegou a ser feito, uma vez que as investigações se originaram a partir do afastamento do sigilo, sendo que, antes, restara apenas instaurado o inquérito pela autoridade responsável.

Atribuir legitimidade a essa prática revela-se, pois, totalmente inadmissível, ante a gravíssima violação dos direitos fundamentais.

Ora, sem dúvida, procedeu a autoridade policial com total desacerto, porquanto transformou o que era instrumento subsidiário - relatório do COAF

- em suporte para formular o pedido de afastamento do sigilo e, ainda, fez da quebra de sigilo o início das investigações propriamente ditas.

(...) Portanto, acolher o procedimento ora adotado pela autoridade policial - representação pela quebra de sigilo sem, sequer, adotar qualquer outra medida antes - seria o mesmo que *atacar*, e não *proteger os direitos e as garantias fundamentais*, porquanto desfigurada sua formação.

Em suma: a ausência de *esgotamento de outros meios de prova*, ou melhor, a *utilização apenas do relatório do COAF* por parte da autoridade policial responsável, leva-nos à consequente conclusão da chamada prova “ilegítima/ilícita”, produzida com inobservância de imperativos ou vedações legais.

Na mesma esteira, hão de ser declaradas nulas as provas em razão das primeiras ilicitamente produzidas, consoante a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Ante o exposto, acompanhando integralmente o voto proferido pelo e. Min. Relator, *concedo a ordem* para declarar nulas as quebras de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos, porquanto autorizadas em desconformidade com os ditames legais e, consequentemente, declarar igualmente nulas as provas em razão delas produzidas.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Sr. Presidente, Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sr. Ministro Vasco Della Giustina, lamento estrear na Sexta Turma na ausência da Ministra Maria Thereza de Assis Moura e do Ministro Og Fernandes, ambos impedidos de atuar no feito; Sr. Subprocurador; Srs. Serventuários, Dr. Eduardo Ferrão. Ontem tive notícia, através de ofício, da minha convocação para composição do *quorum* desta Sexta Turma em processo que, hoje, somente hoje, vim a tomar conhecimento da natureza da questão controvertida.

Mas diante dos votos dos Ministros Sebastião Reis e Vasco Della Giustina, que já decidiram a questão, bem como da natureza da matéria, estou perfeitamente habilitado para julgar, pois a matéria é exclusivamente de Direito. Sou magistrado há mais de 20 anos e tenho posição formada sobre a matéria, como também esta Sexta Turma. A única circunstância fática importante extraio da leitura dos autos. A primeira decisão judicial impugnada é a decisão

que vai nortear a legalidade da primeira atuação judicial, a respeito da prova questionada neste *habeas corpus*. E, nas decisões subsequentes, se a primeira for considerada lícita, legal, constitucional, não haveria qualquer problema, seriam mera decorrência dela.

O Sr. Ministro Relator já avançou no exame das consequências da primeira decisão, da ilegalidade da primeira decisão, de sua invalidade como elemento de prova, como também das demais provas que vieram aos autos em função de uma prova que S. Exa. entendeu ilícita.

Primeiramente, quanto à questão de interceptação telefônica, seus requisitos estão na lei, não é difícil. O primeiro requisito: indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal. Indício razoável não são certezas, mas também não são meras suspeitas. No caso dos autos, houve saque de quantia em dinheiro, não se informa o tamanho da empresa ou outros detalhes do fato, mas houve saque de determinada quantia. Suspeita-se do saque. Por quê? Porque o saque envolveria empresa de alguém que integra família de político ou qualquer outra natureza. No caso concreto foi isso e me corrija o Min. Relator se eu estiver equivocado. A ilação está aqui, estou lendo-a. Porque a família de determinada pessoa tem atuação política e o saque ocorreu em data próxima de pleito eleitoral, a conduta seria ilícita e ensejaria a quebra de sigilos telefônico e fiscal, sem qualquer outra medida investigativa prévia. Ainda que pudesse ser verdade, e não tenho como avaliar ou descartar, não basta essa simples suspeição. Isso é um juízo de adivinhação que não é dado ao aplicador da lei, é um juízo que não suporta crítica racional.

Pedi ao Sr. Ministro Relator para me apontar a informação do COAF que iniciou isso tudo, e a informação é expressa no sentido de que a movimentação não é necessariamente considerada ilícita. Então, a informação diz: houve uma movimentação atípica, e não esclarece por que é atípica, se é desconforme com movimentações anteriores do mesmo titular da conta, dos mesmos titulares da conta. Por que atípica? Pelo valor expressivo? Não sei, não ficou esclarecido sequer o que é uma movimentação atípica, se é em relação às próprias movimentações anteriores da empresa ou outra situação que não está mencionada, mas a ressalva na informação do COAF é expressa de que não há ilicitude alguma evidenciada.

Então, houve um fato, um saque. O COAF fez o seu papel e informou para alguém. E informou para quê? Para que esse dado de inteligência pudesse

subsidiar investigações porventura existentes, não era o caso, ou as que viessem a ser instauradas, é o caso. Portanto, resta saber se esse elemento sozinho era ou não suficiente para autorizar desde logo, a interceptação telefônica, e não é diferente em relação à quebra do sigilo dos dados.

Volto à lei: o primeiro requisito legal para a interceptação: indícios razoáveis de autoria. Não se relata nenhum indício de autoria nem a própria existência de uma infração penal. Meras suspeitas ou meras suposições não autorizam a deflagração sequer de investigação, muito menos de uma pretensa ação penal. Há necessidade de um grau de probabilidade que, em nenhum momento, foi demonstrado.

Por seu turno, o art. 15 da Lei n. 9.613/1998 determina que “o COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes nesta Lei, de fundados indícios de sua prática - também não se relata fundados indícios -, ou de qualquer outro ilícito.”

Ora, segundo o Relator e os documentos dos autos, o COAF não relatou a existência de crime ou fundados indícios de crime de lavagem ou de outro ilícito.

Então, o Coaf, quando informou, não era sequer a hipótese do art. 15 da citada lei.

Leio na decisão impugnada: “Entre os ilícitos que o COAF (...) lavagem de dinheiro, ocultação de bens, da Lei n. 9.613, infração penal essa que invariavelmente estará vinculada a crimes contra a ordem tributária na Lei tal. Na espécie, os dados apurados pelo COAF, efetivamente, constituem, fundados indícios da prática de ilícitos penais supramencionados”, essa foi a conclusão do eminente juiz que deferiu a medida.

Ora, o entendimento do ilustre Magistrado, nos termos em que foi expressado, revela no máximo, mera suposição.

Vamos prosseguir na leitura para ver qual é o fundamento do entendimento do Magistrado: “Os documentos dão conta de vultosas movimentações, inclusive com saques em espécie que totalizam dois milhões, todos eles efetuados por sócios, ex-sócios e prepostos das empresas indicadas na inicial.” Leio o fundamento: “A experiência tem demonstrado que uma movimentação de dinheiro vivo dessa natureza está geralmente relacionado a operações ilícitas. Relevo o fato de que os saques suspeitos ocorrem exatamente na semana em que antecedeu o segundo turno das eleições para Presidente da República e

para Governadores de Estado, sendo do conhecimento de todos que a irmã da investigada concorreu a cargo público.”

Não estou sequer descartando a hipótese levantada, e não preciso descartar, não devo desfazer uma suposição com outra suposição. Mas o fato é que a experiência não é, - pelo menos a experiência comum - de que um saque em dinheiro sempre seria utilizado na eleição para a prática de crime eleitoral. É verdade que alguém saca para realizar um gasto; é verdade que é possível, em tese, que o saque tenha tido essa destinação, ou outra qualquer lícita ou ilícita, mas partir desta premissa sem qualquer outro elemento, que não apenas a comunicação do COAF, parece-me demais, essa afirmação não resiste a crítica racional, expressa subjetivismo que não comporta qualquer controle dialético.

O convencimento judicial somente pode ser estruturado a partir do que lhe é trazido pelas partes, não com o que o julgador busca, adverte Aury Lopes Jr. (Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional).

Sustenta o renomado autor, ainda, que o juiz não pode “deixar-se seduzir pela ‘sua’ experiência de vida, rechaçando de imediato aquilo que não se encaixa nas ‘suas’ categorias”, e que, “acima de tudo, deve duvidar, sempre e sempre, principalmente de suas mais arraigadas convicções.”

Volto aos requisitos legais da Lei n. 9.296/2006. O segundo requisito da medida de interceptação telefônica, e não pode ser diferente em relação à quebra de sigilo, é de que a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis. Não há nenhuma menção a esse fato. Segundo ouvi do voto do Eminentíssimo Relator, nenhuma outra providência investigativa foi adotada quando chegou o relatório da COAF. A Autoridade Policial poderia ter feito uma investigação de todos os envolvidos, do patrimônio, de aparências, e aí, sim, com base em outras evidências, deflagrar uma investigação mais profunda inclusive, sustentando a existência de evidência, indícios suficientes de crime, mas que para avançar na investigação seria imprescindível medida drástica, com invasão na intimidade do investigado. Sou favorável à ampla investigação, seja pelo Ministério Público, seja pela polícia. Sou favorável à quebra de sigilo. Não vejo problema na sucessão de interceptações telefônicas, mas tudo de forma motivada, a partir de indícios concretos, não de mera suposição. O caso concreto indicará a necessidade da medida, cabendo ao juiz avaliar esse meio de prova postulado, essa fonte da prova que está sendo buscada. Colho do voto do Min. Relator, como da decisão impugnada, que não se fez nenhuma menção à interceptação como medida imprescindível, até porque outros meios de prova sequer foram cogitados.

O que isso quer dizer? O que é a prova? A prova é a reconstrução de fatos passados. A ordem normal é: ocorre o crime e busca-se a prova. Claro que o Poder Público está sempre em desvantagem. O crime já aconteceu. Andar de trás para a frente é muito difícil. Mas o que é a prova? É a luz que ilumina de trás para a frente. O fato aconteceu, temos que produzir a prova desse fato. É difícil para o Poder Público. Ninguém disse que é fácil tentar fotografar ou reconstituir um momento ou fato que estão no passado. Então, a ordem correta é o crime e a prova. Não usar o meio de prova para procurar o suposto crime.

No particular, colho da doutrina autorizada o seguinte trecho:

Em suma, o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, onde, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado. As partes buscam sua captura psíquica (para mantê-lo em crença), sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato, legitimará o poder contido na sentença. Ou seja, o poder do juiz não precisa da “verdade” para se legitimar, até porque, sendo ela contingencial, caso a sentença não corresponda à “verdade”, o poder seria ilegítimo. E isso não ocorre, por quê? Por que a legitimidade da decisão é dada pela estrita observância das regras do devido processo penal ao longo do ritual judiciário e não em nome de uma (pseudo) verdade nem sempre possível de ser obtida. (JR, Aury Lopes. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Volume I. 3ª edição. Editora: Lumen Juris, 2008, p. 522)

No caso, partiu-se da premissa de que político gasta dinheiro, e alguns políticos, na época de eleição, usam dinheiro para fins indevidos - estou relatando a suposição do juiz -, iniciou-se uma investigação com o emprego de meios de prova drásticos, porque possivelmente ou provavelmente esse dinheiro foi ou seria mal gasto, porque a “experiência” do juiz indicava que, em época de eleição, quem tem parente político sempre gasta dinheiro de forma ilegal, para praticar crime eleitoral. Portanto, esta é uma suposição que não resiste a uma crítica ou controle. É uma suposição, um silogismo perverso, porque parte de um preconceito, de uma idéia preconcebida, o que não se permite ao julgador. A operação lógica do julgador, ao decidir, teve como premissa maior que todo político ou familiar de político que saca dinheiro em data próxima à eleição comete crime eleitoral, a premissa menor de que o paciente ou seus sócios são políticos ou parentes de políticos, e, como conclusão, que o paciente ou sócios praticaram ou praticariam crime eleitoral.

Na verdade, de silogismo não se trata, mas sim de um sofisma.

Portanto, a mera suposição da autoridade policial, posteriormente encampada pelo Ministério Público e pelo Juiz, não se sustenta, não autoriza as drásticas medidas invasivas impugnadas. Não estou dizendo que o fato não merecesse investigação, e não se está cassando a possibilidade da investigação. O fato é que a opção pelo drástico meio de prova mostrou-se inadequado, precipitado e desprovido de fundamentação idônea e razoável.

Acabei de participar do julgamento agora na 5ª Turma, em processo da relatoria do Sr. Ministro Jorge Mussi, em que se discutia aquela situação de denúncia anônima. Naquele processo, houve uma informação anônima, o Ministério Público instaurou um procedimento com requisição de várias providências iniciais para, no final, buscar a interceptação telefônica. Então, a interceptação só foi pleiteada pelo *Parquet*, e autorizada judicialmente, depois de aprofundamento das investigações iniciais, quando foram constatados os indícios suficientes da prática de crime. No caso, houve a suspeita, a informação anônima. O Ministério Público deu início a uma investigação, aprofundou-a, constatou indício de crime suficiente, e assim a ordem natural foi observada. Não é a prova que procura o crime. O crime é demonstrado pela prova, em atividade posterior, de caráter recognitivo.

Portanto, não sou contra a investigação, não sou contra a investigação pelo Ministério Público, não sou contra a quebra de sigilo, não sou contra a interceptação e prorrogações sucessivas, mas sou a favor, porque a Constituição Federal e a legislação processual assim o exigem, de que os atos sejam motivados em situações concretas, razoáveis, sujeitas à crítica racional.

Examinando a jurisprudência sobre a matéria, deparo-me com decisões dando conta de que não são absolutos os poderes de que se acham investidos órgãos e agentes da Administração Tributária. A Administração Tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. Nem a Administração Tributária, nem o Ministério Público, nem a Autoridade Policial, muito menos o Juiz e os Tribunais, mesmo os Superiores; podem muito, mas não podem tudo, pois todas as decisões estão sujeitas a controle. Podem decretar medidas cautelares drásticas, mas não podem tudo. Eles somente podem decretar a medida quando presentes motivos suficientes, situação concreta que legitime a atuação e que possa suportar controle. Então, sem qualquer risco de paralisação da investigação, cada operador do direito deve fazer a sua parte e cumprir o seu papel. A polícia investiga, o Ministério Público denuncia e o Juiz decide examinando as questões de forma objetiva, fundamentando idoneamente as

decisões, com base em elementos objetivos, passíveis de controle, não sendo suficiente para tal suas crenças e suposições.

De igual forma, o controle e revisão das decisões judiciais pelos Tribunais de todos os níveis é dever imposto pelo sistema legal e constitucional, não sendo razoável inviabilizar-se tal controle a título de preservar as decisões e os resultados da investigação, até porque os fins não justificam os meios.

No processo penal democrático a forma é garantia, é fator de legitimação da decisão, daí que a “Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita.” (HC n. 79.512-9-RJ, STF, Min. Sepúlveda Pertence).

Se os fatos trazidos ao exame pela Autoridade Policial não se revelam com suficiência para a própria postulação e, muito menos, para a encampação pelo Ministério Público e para a decisão judicial, lastreada em mero juízo de suspeita, uma suposta experiência cujo acerto não está, sequer, demonstrado, não vejo como manter incólume material probatório decorrente de drásticas e indevidas invasões na privacidade do ora paciente, em completa afronta ao Estado Democrático de Direito.

Acompanho integralmente o voto do eminente Relator e do Ministro Vasco Della Giustina, sem prejuízo do prosseguimento da investigação, sem prejuízo de que novos elementos possam ser trazidos, se fonte autônoma de prova for juntada aos autos. Não há nenhum impedimento à investigação, nenhum impedimento à renovação de medidas se estiverem presentes os requisitos previstos na lei. A impunidade repugna a todos. O combate a ela é uma necessidade, mas as regras estão postas. A legitimidade de decisão provém do respeito às regras do devido processo penal.

Desculpando-me por me alongar, pois a questão já estava decidida antes do meu voto, mas como acabei de discutir a matéria na 5ª Turma, e, como é a primeira vez que estou me manifestando sobre assunto tão importante, apesar da sedimentada jurisprudência do STJ e do STF no sentido da decisão, desde logo antecipo minha total aceitação aos métodos de investigação questionados, observadas as regras legais, desde que as decisões apresentem fundamentação idônea e suficiente. Não sou contra a produção de nenhuma prova. Não devemos acabar com a interceptação telefônica porque alguns abusos são praticados. Temos

que coibir e punir o abuso. Devemos controlar os abusos e a investigação continua. A sociedade reclama e merece não só uma investigação de qualidade, como também uma atuação judicial escorreita, preservando-se a Constituição Federal.

Acompanho integralmente o voto do Eminentíssimo Relator concedendo parcialmente a ordem.

HABEAS CORPUS N. 206.159-MG (2011/0104253-0)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Impetrante: Claudio Dalledone Júnior e outros

Advogado: Eduardo Ribeiro Caldas e outro(s)

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: Bruno Fernandes das Dores de Souza (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio triplamente qualificado, ocultação de cadáver, sequestro e cárcere privado. Sentença de pronúncia. Negativa do direito de recorrer em liberdade. Decisão fundamentada. Recurso em sentido estrito mantendo a decisão. Presença dos requisitos que justificam a prisão preventiva. Liberdade provisória. Impossibilidade. Gravidade em concreto do delito. Periculosidade do réu. *Modus operandi*. Garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Presença dos pressupostos do art. 312 do CPP. Constrangimento ilegal não constatado.

1. Ausência do alegado constrangimento ilegal. A prisão preventiva do paciente revela-se adequadamente fundamentada na sentença de pronúncia, destacando-se a necessidade de manutenção da ordem pública, existindo nos autos elementos concretos – e não meras conjecturas – que indicam a periculosidade evidenciada pelo *modus operandi* do paciente, circunstâncias suficientes para a manutenção da prisão processual, na forma como determinada na origem.

2. Concreta gravidade dos fatos atribuídos ao réu, como sequestro e cárcere privado, além de homicídio triplamente qualificado, com requintes de crueldade, o que já é suficiente para demonstrar a periculosidade e justificar a manutenção da prisão cautelar.

3. O Tribunal de origem não agregou fundamentação para manutenção da prisão por ocasião da pronúncia. Ao contrário do que sustentam os impetrantes, considerou devidamente motivada a sentença de pronúncia, tendo apenas realçado os seus fundamentos e explicitado porque os motivos invocados pelo Juiz serviam de amparo para restringir a liberdade do réu.

4. Afastado eventual excesso de prazo, por tratar-se de feito que tramita regularmente, consideradas a pluralidade de réus, a complexidade da causa e a interposição de recurso em sentido estrito, recentemente julgado.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Sustentou oralmente pelo paciente, Bruno Fernandes das Dores de Souza, o Dr. Cláudio Dalledone Júnior.

Sustentou oralmente pelo Ministério Público Federal a Subprocuradora-Geral da República Dra. Zélia Oliveira Gomes.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 19.12.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de *Bruno Fernandes das Dores de Souza* – pronunciado como incurso nos arts. 121, § 2º, I, III e IV, 148, § 1º, IV e 211, todos do Código Penal –, no qual se alega constrangimento ilegal por parte da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou, em 13.4.2011, o HC n. 0114238-15.2011.8.13.0000, lá impetrado, considerando fundamentada a segregação cautelar mantida na decisão de pronúncia (fl. 202):

Habeas corpus. Homicídio triplamente qualificado, ocultação de cadáver, seqüestro e cárcere privado. Sentença de pronúncia. Negativa do direito de recorrer em liberdade. Decisão fundamentada. Presença dos requisitos que justificam a prisão preventiva. Liberdade provisória. Impossibilidade. Gravidade em concreto do delito. Crime que causou grande repercussão na sociedade. Garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Presença dos pressupostos do art. 312 do CPP. Constrangimento ilegal não constatado. Ordem denegada. - Mostra-se razoável a manutenção do paciente no cárcere se devidamente fundamentada, na decisão de pronúncia, a negativa do direito de recorrer em liberdade (§ 3º do art. 413 do CPP) e se estiverem presentes os requisitos que justifiquem a prisão preventiva, não tendo havido alteração na situação fática. - A necessidade de garantia da ordem pública decorre não só da gravidade concreta do crime, evidenciada pelo seu *modus operandi*, mas também para acautelar o meio social, ante a grande repercussão que o delito teve na sociedade. - A prisão cautelar justifica-se também para conveniência da instrução criminal, uma vez que a complexidade do feito, envolvendo grande número de pessoas próximas ao réu, além do poder aquisitivo do paciente e a relação de subordinação entre este e alguns dos envolvidos, pode interferir na busca da verdade real. - Ordem denegada.

Afirmam os impetrantes que a determinação de prisão cautelar na sentença de pronúncia carece da necessária motivação, contendo fundamentos inidôneos e frágeis. Ressaltam que a mera gravidade abstrata do crime e a suposta ofensa à credibilidade da justiça não podem ser elementos justificadores da prisão cautelar (fl. 53). Apontam, ainda, que a liberdade de Bruno em nada comprometerá a aplicação da lei penal (fl. 86).

Argumentam, por outro lado, que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao julgar o *habeas corpus* originário, cujo acórdão é agora impugnado, reconheceu, implicitamente, a fragilidade na fundamentação da prisão cautelar e aditou novos fundamentos, o que não seria admissível. Sustentam que há excesso de prazo na prisão preventiva, sem que existam efetivos elementos que justifiquem, legitimamente, a adoção da medida prisional.

Postularam os impetrantes o deferimento de medida liminar para que o paciente aguardasse em liberdade o julgamento do mérito deste *writ*, em face da ausência de fundamentação da custódia na sentença de pronúncia. No mérito, requereram a confirmação da liminar para que pudesse o paciente aguardar em liberdade o curso da ação penal.

A liminar foi indeferida, em 17.5.2011, pelo eminente Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (fl. 212).

O parecer do Ministério Público Federal é pela denegação da ordem:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Homicídio triplamente qualificado. Ocultação de cadáver, seqüestro e cárcere privado. Sentença de pronúncia. Manutenção da prisão cautelar. Fundamentação. Acórdão atacado através do HC n. 203.214-MG. Reiteração. Não conhecimento ou denegação da ordem.

O v. acórdão recorrido já está sendo alvo de impugnação através do HC n. 203.214-MG, no qual o eminente Relator, ao indeferir a liminar, já sinalizou para a existência de fundamentação suficiente para a manutenção da prisão preventiva.

Ao que tudo faz crer, a hipótese é de reiteração de pedido, o que impediria, em princípio, o conhecimento desta impetração.

A manutenção da custódia está fundamentada, especialmente para garantia da ordem pública, diante da concreta gravidade dos fatos atribuídos ao réu, como seqüestro e cárcere privado, além de homicídio triplamente qualificado com requintes de crueldade, o que já é suficiente para a manutenção da prisão cautelar.

Se a prisão preventiva já foi considerada devidamente fundamentada pelo STJ não é crível se possa desautorizar tal entendimento, até porque o Juiz monocrático bem fundamentou a manutenção da custódia cautelar na pronúncia, uma vez que os motivos que justificaram sua decretação originária continuavam presentes.

Entendeu o v. acórdão atacado que a sentença de pronúncia estava dotada de adequada fundamentação, tendo em vista a necessidade de garantia da ordem pública decorrente justamente da gravidade em concreto do delito, visto que foi praticado por vários réus, que, com divisão de tarefas, mantiveram a vítima em cativeiro e a atraíram até o local de sua execução, havendo fortes indícios de que o delito foi cometido apenas porque o acusado (ora Paciente), apesar de possuir alto poder aquisitivo, não queria pagar pensão alimentícia ao seu filho com a vítima.

Noutra vertente, o Tribunal de origem não agregou fundamentação para manutenção da prisão por ocasião da pronúncia.

Ao contrário do que sustentam os Impetrantes, considerou devidamente motivada a sentença de pronúncia, tendo apenas realçado os seus fundamentos e explicitando porque os motivos invocados pelo Juiz serviam de amparo para constringir a liberdade do réu.

Parecer pelo não conhecimento ou denegação da ordem.

O recurso em sentido estrito, interposto contra a sentença de pronúncia, não foi provido com relação ao ora paciente, julgamento ocorrido em 10.8.2011, ficando mantida a prisão cautelar. Na mesma data, também não foi provida a apelação ministerial, interposta contra a decisão que impronunciou os acusados Dayanne Rodrigues do Carmo Souza, Elenilson Vitor da Silva, Wemerson Marques de Souza e Fernanda Gomes de Castro das acusações de homicídio e ocultação de cadáver, decotou a qualificadora do motivo torpe em relação ao acusado Marcos Aparecido dos Santos e absolveu sumariamente todos os réus do crime de corrupção de menores.

Ressalte-se que, no presente *writ*, discute-se exclusivamente “a absoluta ausência de fundamentação dos provimentos judiciais sucessivos (parte da pronúncia e acórdão do TJ-MG) que estão mantendo o paciente preso sem a completa formação de sua culpa” (fl. 8).

É relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Alega-se, na presente impetração, a inexistência de suficiente fundamentação no decreto de prisão cautelar do paciente. Para tanto, afirmam os impetrantes que a determinação de prisão cautelar na sentença de pronúncia contém fundamentos inidôneos e frágeis, sendo que a mera gravidade abstrata do crime e a suposta ofensa à credibilidade da justiça não podem ser elementos justificadores da prisão preventiva, além do que a liberdade do ora paciente em nada comprometerá a aplicação da lei penal (fl. 86).

Argumentam os impetrantes, ainda, que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao julgar o *habeas corpus* originário, cujo acórdão é agora impugnado, teria reconhecido, implicitamente, a fragilidade da fundamentação, tendo aditado outros argumentos, o que não é admissível. Sustenta que há excesso de prazo na prisão do paciente, sem que existam efetivos elementos que justifiquem a medida prisional.

Inicialmente, registro que, com o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal de que ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal (HC n. 84.078-MG, Plenário, Ministro Eros Grau, DJe 26.2.2010), não é mais possível a prisão automática, decorrente da sentença de pronúncia ou da sentença condenatória recorrível. Da mesma forma, não pode ser mantida a prisão preventiva quando, no decorrer do processo, os motivos da decretação se tornam insubsistentes ou não são renovados os seus fundamentos.

Nessa hipótese, em razão de não mais ser possível a decretação da prisão preventiva de forma automática, é necessário que o Juízo da causa, em qualquer grau de jurisdição, durante a tramitação da ação penal, demonstre os motivos que ensejaram a decretação originária, sob pena de a prisão tornar-se arbitrária.

O próprio § 3º do art. 413 do Código de Processo Penal dispõe que, na sentença de pronúncia, o “juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código”.

Na hipótese sob exame, a prisão cautelar foi decretada na decisão que recebeu a denúncia, em 4.8.2010 (fls. 128 e seguintes):

[...]

Os d. Delegados de Polícia representaram pelas prisões preventivas de todos os indiciados. Na denúncia, os réus Bruno Fernandes das Dores de Souza [...] foram incurso nos artigos 121, par. 2º, I, III e IV, art. 148, par. 1º, IV e art. 211, todos do CPB, e no art. 244-B, par. 2º da Lei n. 8.069/1990. [...]

O Ministério Público endossou o pedido de prisão preventiva da Polícia Judiciária e, igualmente, requereu o seu acolhimento, aduzindo que a ordem pública e a instrução criminal correm sérios riscos de prejuízo caso os denunciados sejam colocados em liberdade. Salientou que várias testemunhas gravitam em torno deles, com quem alguns têm relação de dependência financeira.

Afirmou o Ministério Público que, durante a instrução criminal, haverá possível assédio às testemunhas dos crimes, lembrando que os denunciados, em todos os momentos, buscam dificultar a colheita de provas, sendo a ocultação do cadáver da vítima a maior demonstração disso.

[...]

Sobre o pedido de prisão preventiva, decido.

Todos os réus, com exceção da denunciada Fernanda Gomes de Castro, encontram-se presos em decorrência de prisão temporária que foi decretada como instrumento imprescindível para a investigação policial, sendo *que, no curso desta, restou claro que a custódia dos investigados fazia-se, de fato, necessária, pois alguns deles, mesmo presos, por intermédio de seus advogados, procuraram, por todos os meios, prejudicar as investigações, utilizando-se, para tanto, da repercussão midiática que teve o caso*, fazendo, inclusive, veicular a absurda colocação de que Elisa estivesse viva, frequentando restaurante no Rio de Janeiro. Pasmem, até uma suposta foto de Elisa apareceu.

Não fosse o fato de a jovem, cuja face estava sendo atribuída a Elisa, comparecer perante uma unidade da Polícia Civil para fazer ocorrência sobre o alardeado equívoco, ainda hoje, poderia estar a defesa ventilando, aos quattos cantos, que Elisa está viva.

Tal fato não foi um expediente isolado, sendo que, no curso das investigações, fase administrativa não informada pelos princípios do contraditório e ampla defesa, pudemos assistir a manobras, consubstanciadas em declarações descabidas sobre a prova que estava sendo colhida, sobre a prova testemunhal ou mesmo sobre as versões apresentadas pelos acusados que se dispuseram a falar.

Não há dúvidas de que a prisão preventiva se revela imprescindível ao bom andamento do feito. Os requisitos para o seu acolhimento encontram-se previstos no art. 312 do CPP, segundo o qual a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica e por conveniência da instrução criminal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

[...]

No tocante aos indícios da autoria, estes se encontram suficientemente evidenciados pela prova oral, documental, científica, bem como pelos demais elementos de prova.

Ademais, conforme salientado, o processo em questão envolve um grande número de réus, com interesses diversos, sendo que a linha de defesa, evidenciada na fase do inquérito policial, buscava dificultar as investigações. *Assim, a instrução do processo com os réus soltos estará fatalmente prejudicada, eis que, efetivamente, não poupam esforços em ocultar provas e apagar vestígios, o que é demonstrado pela ocultação do cadáver da vítima, bem como pelo fato de terem ateado fogo nos pertences de Elisa após o crime.*

Não há, ainda, dúvidas sobre o fato de *que alguns dos réus e testemunhas têm relação de dependência financeira com o denunciado Bruno Fernandes das Dores de Souza, já havendo notícias de que testemunhas estariam a sofrer intimidação,*

de modo que a prisão preventiva é fundamentada na conveniência da instrução criminal.

De salientar que a denunciada Fernanda Gomes de Castro, única acusada que está em liberdade, poderá, na condição de amante do denunciado Bruno Fernandes, *servir de emissária dos demais acusados, colocando em risco a instrução criminal ao fortalecer o temor das testemunhas em relação aos réus, pelo fato de um deles estar em liberdade.*

Prova disso é que *três das testemunhas*, ouvidas na fase do inquérito policial, *pediram que seus depoimentos fossem mantidos em sigilo, eis que temem a atuação dos réus*, havendo uma delas declarado textualmente: *“Ainda tô com medo, não só por mim, mas pelo meu marido e pelos meus filhos, de fazerem coisa ruim com a gente, igual pode ter acontecido com essa moça que tá sumida.”* (vide f.).

Necessário se faz, ainda, garantir a *ordem pública* que estará fragilizada com a soltura dos acusados. O delito de homicídio qualificado, mormente como o em tese praticado, que conta com detalhes sórdidos, intranquiliza e amedronta a sociedade, colocando em dúvida a já questionada eficácia do Estado enquanto garantidor da segurança pública. [...]

Ao exposto e fundamentado, presentes os requisitos legais conforme análise supra, por conveniência da instrução criminal e para garantir a ordem pública, decreto a prisão preventiva dos réus Bruno Fernandes das Dores de Souza [...]

E mantida na sentença de pronúncia, em 17.12.2010, com a fundamentação a seguir:

[...]

Os pronunciados encontram-se presos em decorrência de prisão preventiva. Diante do resultado desta decisão de pronúncia, *tenho que continuam presentes os requisitos da prisão cautelar* dos réus Bruno Fernandes das Dores de Souza, Luiz Henrique Ferreira Romão, Sérgio Rosa Sales e Marcos Aparecido dos Santos, eis que há provas da existência do crime e a fundada suspeita de que os réus sejam em tese os autores das infrações penais a eles alhures atribuída.

Importante mencionar, que nesta fase, não é exigida a prova plena da culpa, por ser inviável emitir juízo de valor, muito antes do julgamento do mérito. No entanto, *a necessidade da medida é justificada como forma de garantir a ordem pública e com vistas a assegurar a aplicação da lei penal.*

É que a acusação que recai sobre os denunciados é gravíssima.

Os delitos de sequestro e cárcere privado, homicídio qualificado e ocultação de cadáver, em tese, praticados pelos réus Bruno Fernandes, Sérgio Rosa, Luiz Henrique e Marcos Aparecido, que contam com detalhes sórdidos e ultrapassam os limites da crueldade, geram perplexidade e intranquilizam a sociedade.

Conceder aos réus o direito de recorrerem em liberdade acarretará por colocar em descrédito o respeito ao ordenamento normativo, eis que, incutiria no cidadão comum, a sensação de que o cometimento de crimes não gera resposta estatal e que o ordenamento jurídico pode ser descumprido, o que não deve ser crível.

Destarte, há sim, necessidade de acautelar o meio social, como resposta da prestação jurisdicional, de modo que a medida se justifica como forma de *garantia da ordem pública*.

Neste norte, conforme entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: *Habeas corpus*. Penal. Processual Penal. Homicídio qualificado. Decisão de pronúncia que reitera fundamentos da prisão preventiva anteriormente decretada. Legitimidade. Prisão por garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Possibilidade. Excesso de prazo não configurado. Ordem denegada. I - *Prisão cautelar, mantida na sentença de pronúncia, que se mostra suficientemente motivada para a garantia da instrução criminal e preservação da ordem pública, ante a periculosidade do paciente, verificada pela gravidade em concreto do crime, e pelo modus operandi com que foi praticado o delito*. Precedentes. II - É justificável eventual dilação no prazo para o encerramento da instrução processual quando o excesso não decorra da inércia ou desídia do Poder Judiciário, havendo contribuição da defesa. Precedentes. III - Denegada a ordem.

Necessário se faz, ainda, *assegurar, a aplicação da lei penal*, pois, já certos que enfrentarão um júri popular, poderão se furtar do distrito da culpa para obstaculizar eventual aplicação da lei penal.

Vale ainda dizer que as condições pessoais dos supostos agentes (primariedade, residência fixa e ocupação lícita) por si sós, não lhes garante eventual benefício de recorrerem em liberdade.

Ademais, conforme Súmula n. 4, do Eg. TJMG: “Mesmo primário e de bons antecedentes, o réu que se encontrava preso, por força de flagrante ou preventiva, deve permanecer preso após a pronúncia, salvo casos especiais e justificados”.

[...]

Entendo que não há ilegalidade na decisão do Juízo que pronunciou os réus quanto ao reconhecimento dos pressupostos exigidos para a decretação da prisão cautelar, quais sejam, os indícios da materialidade do crime e da autoria, entendendo o julgador que estão suficientemente demonstrados pelos elementos de prova colacionados aos autos.

Quanto à fundamentação, como se verifica dos trechos transcritos, a prisão cautelar está norteada na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal e,

essencialmente, na garantia da ordem pública, tendo em vista *a periculosidade concreta do paciente, evidenciada pelo modo como a conduta criminosa – sequestro e cárcere privado, homicídio qualificado e ocultação de cadáver – teria sido praticada, ultrapassando, como mencionado na decisão, os limites da crueldade* (fl. 199).

Havendo fundamentação suficiente na sentença de pronúncia, que constitui novo título da segregação cautelar, não há como deferir a pretendida revogação da prisão.

O Tribunal de origem, por sua vez, denegou o *habeas corpus* lá impetrado, consignando que:

[...]

Em que pese aos argumentos apresentados pelo impetrante, não vislumbro a possibilidade de concessão da ordem no caso em apreço.

Primeiramente, verifico que há provas de que o delito foi praticado e indícios suficientes de autoria, tornando-se realmente necessária a manutenção da prisão cautelar, como forma de resguardar a ordem pública e a conveniência da instrução criminal.

A necessidade de garantia da ordem pública decorre justamente da gravidade em concreto do delito, visto que foi praticado por vários réus, que, com divisão de tarefas, mantiveram a vítima em cativeiro e a atraíram até o local de sua execução, havendo fortes indícios de que o delito foi cometido apenas porque o acusado Bruno Fernandes das Dores de Souza, apesar de possuir alto poder aquisitivo, não queria pagar pensão alimentícia ao seu filho com a vítima.

Corroborando a necessidade de manutenção da prisão em virtude da gravidade em concreto do delito, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Alegada carência de fundamentos. Motivação idônea. Gravidade concreta do delito. Periculosidade dos agentes. Dedicção reiterada à atividade criminosa. Ameaça a testemunhas. Cautela adotada por garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Procedimento bifásico do júri. Proteção da colheita de prova até a realização da sessão do Tribunal Popular. Constrangimento inexistente.

1. A prisão cautelar do paciente encontra bastante fundamento na necessidade de se garantir a ordem pública, ante a periculosidade dos agentes e a gravidade concreta do crime a eles imputado, elementos que se extrai do *modus operandi* adotado na empreitada, além de notícias de que integrariam grupo de extermínio envolvido em outros crimes contra a vida praticados em face de jovens com passagens pela polícia

naquela localidade, trazendo fundado receio de que sua soltura implique o cometimento de novos delitos da espécie (Precedentes). [...] (Destaque nosso). (HC n. 128.715-SP - *Habeas Corpus* n. 2009/0027807-7 - Relator(a): Ministro Jorge Mussi - Data do Julgamento: 4.3.2010 - Data da Publicação/Fonte DJe: 5.4.2010).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Gravidade demonstrada pelo *modus operandi*. Periculosidade concreta do acusado. Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. Superveniente sentença condenatória. Recurso desprovido.

[...] 2. No caso, o Recorrente, impelido por motivação torpe de caráter passional, ante a recusa da vítima de retomar o relacionamento, imobilizou-a impossibilitando sua defesa, e em seguida desferiu-lhe treze golpes de canivete, em diversos locais do corpo, provocando-lhe sofrimento desnecessário e cruel. Tais fatores revelam, indubitavelmente, a gravidade concreta do delito, dado o violento *modus operandi* da conduta criminoso

3. A custódia cautelar do ora Recorrente não carece de fundamentação. A prisão preventiva foi decretada para a garantia da ordem pública, em razão da especial gravidade e da barbárie com que o delito foi cometido, e da periculosidade concreta do acusado, demonstrada pelas circunstâncias que cercaram o delito.

4. Ressalte-se, que condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.

5. Recurso desprovido. (Destaque nosso). (RHC n. 25.416-SP - Relator(a): Ministra Laurita Vaz (1.120) - Data do Julgamento: 22.6.2010 - Data da Publicação/Fonte DJe: 2.8.2010).

Em casos como o dos autos, justifica-se também a custódia preventiva para acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, tendo em vista a repercussão nacional dos fatos, que tiveram ampla divulgação na mídia e que abalaram toda a sociedade.

Deve ser considerada, ainda, a grande força popular do réu em alguns setores e, também, ao contrário, o forte apelo popular, com demonstrações de ódio por parte da população.

Assim, as circunstâncias do crime evidenciam a necessidade de recolhimento do agente no cárcere, também por se tratar de crime gravíssimo, que causou grande repercussão na sociedade.

Nesse sentido, transcrevo o seguinte julgado do STJ:

Habeas corpus liberatório. Homicídio triplamente qualificado contra filha e enteada. Crime hediondo. Fraude processual. Prova da materialidade do delito e fortes indícios de autoria. Pressupostos para a prisão preventiva demonstrados. Garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Gravidade concreta do delito. Crueldade do *modus operandi*. [...]

3. O clamor público ou a necessidade de resguardar a credibilidade da Justiça, como bem lembrou o ilustre representante do *Parquet* Federal, não são motivos, por si sós, aptos à decretação da prisão preventiva sob o pálio da garantia da ordem pública; todavia, se esses fundamentos estiverem aliados à gravidade concreta do delito, perceptível pela forma como foi conduzido e realizado, então estará mais do que satisfeita a exigência legal. Esta 5ª Turma, em inúmeros julgados, secundando orientação do Pretório Excelso, tem ressaltado que a periculosidade do agente encontra-se ínsita na própria ação criminosa praticada em face da grande repercussão social de que se reveste o seu comportamento. Não se trata, frise-se, de presumir a periculosidade do agente a partir de meras ilações, conjecturas desprovidas de base empírica concreta, que conforme antes destacado não se admite, pelo contrário, no caso, a periculosidade decorre da forma como o crime foi praticado (*modus operandi*) (HC n. 100.267-SE, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 18.8.2008). [...] (Destaque nosso). (HC n. 110.175-SP - *Habeas Corpus* n. 2008/0145884-9 - Relator(a) Ministro Napoleão Nunes Maia Filho - Data do Julgamento 9.9.2008 - Data da Publicação/Fonte DJe 6.10.2008).

Ademais, a soltura do paciente neste momento poderia prejudicar também a instrução criminal. A complexidade do feito, envolvendo grande número de pessoas próximas ao réu, além do poder aquisitivo do paciente e a relação de subordinação entre este e alguns dos envolvidos, torna imprescindível a manutenção da prisão cautelar, por conveniência da instrução da criminal, considerando que ainda serão colhidas provas orais na sessão de julgamento no Tribunal do Júri.

Se for solto, poderá o paciente não poupar esforços para impedir que a verdade dos fatos seja esclarecida, sendo este mais um motivo para manutenção da sua segregação cautelar.

A esse respeito, o seguinte aresto do eg. Superior Tribunal de Justiça:

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 171, § 3º; art. 288, art. 297, § 1º; art. 313-A; art. 317, § 1º; art. 325, § 1º, I e § 2º. Prisão preventiva. Fundamentação. Extensão. Art. 580 do CPP. Condições pessoais favoráveis.

I - A decisão que motiva a medida constritiva para garantia da ordem pública, considerando a real possibilidade da prática de novos delitos, e por conveniência da instrução criminal, pelo risco de ocultação de vestígios deixados, e pela possibilidade de interferência na obtenção da verdade real, principalmente no que tange à manipulação de provas testemunhais, mostra-se devidamente fundamentada. (Precedentes). (...) III - Condições pessoais favoráveis, tais como bons antecedentes, endereço fixo e certo, emprego lícito, dentre outros, não têm o condão de, por si, garantir ao paciente liberdade provisória, se restam evidenciados nos autos fundamentos que recomendam a manutenção de sua prisão preventiva. (Precedentes). Recurso desprovido. (Destaque nosso). (RHC n. 16.236-SP - Relator(a): Ministro Felix Fischer - data do Julgamento: 23.11.2004 - Data da Publicação/Fonte: DJ 17.12.2004).

Sendo o réu pessoa de comprovada liderança entre seus pares - tanto que chegou ao posto de capitão do Flamengo -, de grande poder financeiro e grande capacidade de articulação, tendo envolvido inúmeros supostos réus, a manutenção da prisão preventiva na decisão de pronúncia deve ser examinada voltando-se também para o futuro e num exame de previsibilidade cautelar.

Se é verdade que muitas das razões que davam base à decretação da prisão preventiva antes da pronúncia não existem mais, não se pode esquecer de que a tramitação processual ainda não se encerrou, sendo que provas poderão ser repetidas por ocasião do julgamento no Tribunal do Júri. Considerando todos os aspectos subjetivos e objetivos acerca da personalidade do réu, projetando-se tudo isso até o momento do julgamento, a medida cautelar se impõe por total prudência, para que o trâmite do processo em julgamento mantenha sua regularidade e tranqüilidade, apesar do enfoque que a mídia vem conferindo ao caso.

Dessa forma, a determinação da prisão se sustenta com clareza em dois dos motivos da preventiva, quais sejam, *a garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal*.

Assim, não acredito estar havendo nos presentes autos nenhuma ilegalidade na prisão, eis que se encontra devidamente sustentada tanto nas circunstâncias do crime quanto nos motivos da prisão preventiva, não tendo havido alteração na situação fática até a presente data.

Com essas considerações, ao não vislumbrar o alegado constrangimento ilegal, *denego a ordem*.

Ressalto que não foram agregados novos fundamentos, tendo o Tribunal apenas tecido considerações acerca da necessidade de manutenção da prisão cautelar, observando a motivação existente na sentença de pronúncia, relativa à garantia da ordem pública e à conveniência da instrução criminal. Eventual

argumentação vinculada à mesma fundamentação anterior não caracteriza, na minha compreensão, agregar novas razões como reforço do decreto de prisão.

Ademais, é importante ressaltar que os fundamentos utilizados pelo magistrado que pronunciou o paciente, por si sós, já se mostraram suficientes a justificar a manutenção da prisão, de natureza cautelar, evidenciados pelas circunstâncias em que teria sido cometido o delito, reveladoras da periculosidade concreta do agente. Sobre o tema e nesse sentido já decidiram tanto a Quinta como a Sexta Turmas:

Habeas corpus. Homicídio simples. Excesso de prazo no julgamento pelo Júri. Matéria não analisada pelo Tribunal de origem. Impossibilidade de apreciação diretamente por este Superior Tribunal. Supressão de instância. Writ não conhecido nesse ponto. Delonga, ademais, não visualizada.

1. [...]

*Flagrante. Liberdade provisória. Indeferimento. **Gravidade concreta do fato criminoso denunciado. Modus operandi. Periculosidade do agente. Risco à ordem pública. Necessidade da custódia patenteada. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Coação ilegal não demonstrada.***

1. Verificando-se que a segregação antecipada está fundada na necessidade concreta de manter-se a prisão cautelar a bem da ordem pública, dada a gravidade concreta do delito em tese cometido, evidenciada pelas circunstâncias em que perpetrado, reveladores da periculosidade efetiva do agente, resta plenamente justificado o acórdão que manteve a decisão indeferitória de liberdade provisória.

2. Condições pessoais, mesmo que realmente favoráveis, em princípio, não tem o condão de, por si sós, garantirem a soltura clausulada, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da manutenção da prisão processual.

3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

(HC n. 181.372-GO, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 2.6.2011).

*No caso concreto, a prisão do paciente se encontra devidamente justificada, principalmente pela forma em que praticado o delito (**modus operandi**). Como visto, o paciente é acusado de, juntamente com outras pessoas, ser responsável por duplo homicídio qualificado, praticado em movimentada via pública, à luz do dia, em desmedida violência – além de vários disparos de arma de fogo, foram desferidas inúmeras facadas. Tais circunstâncias evidenciam a periculosidade concreta dos envolvidos.*

Em casos análogos, esta Corte vem assim decidindo:

1. Estando a segregação antecipada fundada na necessidade concreta de manter-se a prisão cautelar a bem da ordem pública, evidenciada

pelo *modus operandi* empregado pelo paciente e pelos motivos desproporcionais que o levaram ao cometimento dos ilícitos, fatores que, no caso, bem revelam a sua falta de equilíbrio emocional e periculosidade, resta plenamente justificado o acórdão que conservou a prisão cautelar.

2. Condições pessoais, mesmo que realmente favoráveis, em princípio, não tem o condão de, por si sós, garantirem a revogação da medida constritiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da manutenção da prisão processual.

3. Writ conhecido e denegado. (HC n. 119.281-MG, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe de 23.3.2009).

2 - A real periculosidade do réu advinda da crueldade, revelada pelo *modus operandi* do crime, em que se adentrou o estabelecimento comercial da vítima, passando a discutir com ela e, subitamente, atingi-la com seis disparos de arma de fogo, levando-a à morte, é motivação idônea capaz de justificar o decreto construtivo, por demonstrar a necessidade de se resguardar a ordem pública que ficaria vulnerada com a liberdade do réu. Precedentes.

3 - A prisão cautelar, justificada no resguardo da ordem pública, visa prevenir a reprodução de fatos criminosos e acautelar o meio social, retirando do convívio da comunidade o indivíduo que diante do *modus operandi* demonstra ser dotado de alta periculosidade. (AgRg no HC n. 105.357-AL, Relatora Desembargadora convocada Jane Silva, DJe de 20.10.2008).

1. Com base em elementos concretos existentes na ação penal foi demonstrada a presença dos pressupostos para a prisão preventiva, como forma de garantia da ordem pública, ante as circunstâncias do crime de homicídio qualificado, que demonstram a periculosidade dos Pacientes, e garantia da aplicação da lei penal, diante da fuga do distrito da culpa.

(HC n. 108.672-PB, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 9.2.2009).

2. Estando a decisão que indefere o pedido de revogação da prisão em flagrante calcada em elementos concretos a indicar a necessidade da manutenção da prisão por conveniência da instrução criminal, para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, não há que se falar em falta de motivação idônea.

3. O *modus operandi* do crime, quando revestido de circunstâncias cruéis e pavorosas, é absolutamente apto a deflagrar a motivação de custódia cautelar, ou mesmo mantê-la sob os auspícios do art. 312 do CPP. (RHC n. 23.760-PI, Relatora Ministra Maria Thereza, DJe de 22.9.2008).

[...]

(Trecho do voto do Ministro Og Fernandes por ocasião do julgamento do HC n. 92.699. DJe 8.6.2009).

No mesmo sentido da legalidade da fundamentação utilizada para manter a prisão preventiva do paciente, cito precedentes da Suprema Corte:

Processual Penal e Constitucional. Habeas corpus. Excesso de prazo na instrução criminal justificado. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Periculosidade evidenciada pelo modus operandi. Paciente membro de organização criminosa. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Ordem indeferida. [...] 5. A prisão preventiva, por sua vez, somente se justifica quando demonstrada sua real necessidade mediante a satisfação dos pressupostos a que se refere o artigo 312 do CPP. 6. In casu, a prisão preventiva foi satisfatoriamente fundamentada na garantia da ordem pública. "Isto porque, segundo o que consta nos autos, a periculosidade daquele resta evidenciada, não somente em razão da gravidade dos crimes, mas principalmente em virtude do modus operandi pelo qual a conduta, em tese delituosa, foi praticada, que extrapola o convencional. O paciente, suposto membro de uma articulada organização criminosa autodenominada PCC, seria o responsável por 'vingar dívidas obtidas da compra de drogas ilícitas'. Os assassinatos pelos quais foi denunciado foram planejados pela quadrilha e as vítimas foram executadas com crueldade e sanguinolência' (...). Tais circunstâncias revelam, de modo claro, a periculosidade do paciente, além da completa ausência de freios morais e o desprezo pela coletividade." 7. Deveras, a periculosidade do agente concretamente demonstrada, como no caso, acrescida da "possibilidade de reiteração criminosa e a participação em organização criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar, a fim de garantir a ordem pública" (HC n. 104.699-SP, 1ª Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 23.11.2010 e HC n. 103.107-MT, 1ª Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 29.11.2010). Ordem indeferida.

(HC n. 104.346, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 1º.8.2011).

Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Roubo qualificado e sequestro. Prisão preventiva. Decisão fundamentada na garantia da ordem pública e gravidade do delito. Alegações de inocência e motivação inidônea para fundamentar a prisão preventiva dos pacientes. Ausência de plausibilidade jurídica das alegações nesta impetração. Precedentes. Denegação da ordem. [...] 2. A custódia cautelar dos Pacientes mostra-se suficientemente fundamentada, não havendo, portanto, como se reconhecer o constrangimento, notadamente porque, ao contrário do que se afirma na petição inicial, existem nos autos elementos concretos, e não meras conjecturas, que apontam a periculosidade evidenciada pelo modus operandi do Paciente, circunstância suficiente para a manutenção da prisão processual. Precedentes. [...] 4. Habeas corpus denegado.

(HC n. 105.725, Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 18.8.2011).

Destaca-se do HC n. 105.725, acima citado, a afirmação da Ministra Cármen Lúcia de que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “a periculosidade do agente evidenciada pelo *modus operandi* é motivo idôneo para a manutenção da custódia cautelar”.

E destacam-se também os comentários de Guilherme de Souza Nucci ao art. 312 do Código de Processo Penal:

[...] ainda no contexto da garantia da ordem pública, outros elementos podem ser apontados, em variados julgados, analisando casos concretos, para dar base à periculosidade do agente. São eles: *o modo de execução do delito, que pode evidenciar extrema crueldade, a quantidade de coautores e partícipes, mesmo que não figure quadrilha ou bando, [...] a minuciosa premeditação para diminuir, consideravelmente, as chances de defesa da vítima, a visível disparidade de forças entre o agente e a fraqueza da vítima, dentre outros [...]*

(NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 655).

Convém destacar, ainda, que o Tribunal de origem, também no julgamento do recurso em sentido estrito, decidiu pela manutenção da segregação cautelar, sendo mais uma decisão a corroborar a pertinência e a necessidade de tal medida:

Recurso em sentido estrito. Pronúncia. Homicídio qualificado, ocultação de cadáver, sequestro e cárcere privado. Preliminares de nulidade. Incompetência do juízo. Inocorrência. Questão já superada. Suspeição do juízo. Não configuração. Cerceamento de defesa. Não caracterização. Tratamento desigual às partes. Inocorrência. Excesso de linguagem. Não configuração. Determinação. Defesa deficiente. Inocorrência. Decisões não fundamentadas. Não configuração. Inépcia da inicial. Não caracterização. Mérito. Materialidade comprovada indiretamente. Crime conexo. Competência do Tribunal do Júri. *Vis atractiva*. Inteligência do art. 78, I, do CPP. Absolvição sumária. Impossibilidade. Não preenchimento dos requisitos. Impronúncia. Impossibilidade. Índícios suficientes de autoria. Matéria afeta ao Tribunal do Júri. *In dubio pro societate*. Revogação da prisão preventiva de Bruno e Luiz Henrique. Inviabilidade. Decisão fundamentada. Presença dos requisitos que justificam a custódia cautelar. Revogação da prisão preventiva de Sérgio. Possibilidade. Rejeitadas as preliminares, com determinação; no mérito, provido em parte o oitavo recurso e não providos os demais. - [...] - *A prisão cautelar justifica-se, também, com base na conveniência da instrução criminal, uma vez que a complexidade do feito, envolvendo grande número de pessoas, além do poder aquisitivo de um dos acusados e a relação de subordinação entre este e alguns dos envolvidos, pode interferir na busca da verdade real.* - Ao réu primário, que

não possui poder aquisitivo capaz de influenciar as testemunhas ou perturbar o andamento do processo, não oferecendo perigo à ordem pública e nem à instrução criminal, e, além disso, colaborou, em parte, para a apuração dos fatos, deve ser concedida a liberdade provisória, com aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 da Lei n. 12.403/2011.

Do acórdão proferido no referido julgamento, destaco as seguintes passagens:

Quanto aos réus *Bruno*, Luiz Henrique e Marcos Aparecido, entendo que *a decisão da i. Magistrada Singular que determinou a manutenção da segregação cautelar mostrou-se devidamente fundamentada, pois há provas de que o delito foi praticado e indícios suficientes de autoria, tornando-se realmente necessária a manutenção da prisão cautelar, como forma de resguardar a ordem pública e a conveniência da instrução criminal.*

Corroborando a necessidade de manutenção da prisão em virtude da gravidade em concreto do delito, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Alegada carência de fundamentos. Motivação idônea. Gravidade concreta do delito. Periculosidade dos agentes. Dedicção reiterada à atividade criminosa. Ameaça a testemunhas. Cautela adotada por garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Procedimento bifásico do Júri. Proteção da colheita de prova até a realização da sessão do Tribunal Popular. Constrangimento inexistente.

1. A prisão cautelar do paciente encontra bastante fundamento na necessidade de se garantir a ordem pública, ante a periculosidade dos agentes e a gravidade concreta do crime a eles imputado, elementos que se extraem do *modus operandi* adotado na empreitada, além de notícias de que integrariam grupo de extermínio envolvido em outros crimes contra a vida praticados em face de jovens com passagens pela polícia naquela localidade, trazendo fundado receio de que sua soltura implique o cometimento de novos delitos da espécie (Precedentes). [...] (Destaque nosso). (HC n. 128.715-SP - *Habeas Corpus* n. 2009/0027807-7 - Relator(a): Ministro Jorge Mussi - Data do Julgamento: 4.3.2010 - Data da Publicação/ Fonte DJe: 5.4.2010).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Gravidade demonstrada pelo *modus operandi*. Periculosidade concreta do acusado. Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. Superveniente sentença condenatória. Recurso desprovido.

[...]

2. No caso, o Recorrente, impelido por motivação torpe, de caráter passional, ante a recusa da vítima de retomar o relacionamento, imobilizou-a, impossibilitando sua defesa, e, em seguida, desferiu-lhe treze golpes de canivete, em diversos locais do corpo, provocando-lhe sofrimento desnecessário e cruel. Tais fatores revelam, indubitavelmente, a gravidade concreta do delito, dado o violento *modus operandi* da conduta criminosa.

3. A custódia cautelar do ora Recorrente não carece de fundamentação. A prisão preventiva foi decretada para a garantia da ordem pública, em razão da especial gravidade e da barbárie com que o delito foi cometido, e da periculosidade concreta do acusado, demonstrada pelas circunstâncias que cercaram o delito.

4. Ressalte-se que condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.

5. Recurso desprovido. (Destaque nosso). (RHC n. 25.416-SP - Relator(a): Ministra Laurita Vaz (1.120) - Data do Julgamento: 22.6.2010 - Data da Publicação/Fonte DJe: 2.8.2010).

Em casos como o dos autos, justifica-se também a custódia preventiva para acautelar o meio social, tendo em vista a repercussão nacional dos fatos, que tiveram ampla divulgação na mídia e abalaram toda a sociedade.

Ademais, a soltura dos pacientes neste momento poderia prejudicar também a instrução criminal. A complexidade do feito, envolvendo grande número de pessoas, além do poder aquisitivo do recorrente Bruno e a relação de subordinação entre ele e alguns dos envolvidos, torna imprescindível a manutenção da prisão cautelar, por conveniência da instrução criminal, considerando que ainda serão colhidas provas orais na sessão de julgamento no Tribunal do Júri.

Assim, a medida prisional cautelar se impõe por total prudência, para que o trâmite do processo em julgamento mantenha sua regularidade e tranquilidade, apesar do enfoque que a mídia vem conferindo ao caso.

Nego aos réus Bruno Fernandes das Dolores de Souza e Luiz Henrique Ferreira Romão o pedido de revogação da prisão preventiva, porque entendo presentes os requisitos do art. 312 do CPP, mostrando-se necessária a manutenção da cautelar, sobretudo, para a garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, conforme acima exposto.

[...]

É bom que se diga que a Lei n. 12.403/2011 possibilita a aplicação de medidas cautelares substitutivas à prisão quando o Juízo não encontrar motivos que justifiquem a decretação da prisão preventiva ou a sua manutenção. No caso dos autos, insisto em dizer, ficaram claros os motivos concretos, nos termos do art. 312 do CPP, a justificarem a manutenção das prisões de Bruno e Luiz Henrique, Macarrão. Para ficar claro, também continuará preso Marcos Aparecido, Bola, sendo que, com relação a ele, nem mesmo há pedido de liberdade provisória nesta oportunidade. [...]

Por outro lado, não há falar em excesso de prazo da prisão preventiva, mesmo porque foi interposto recurso em sentido estrito pelo próprio paciente contra a sentença de pronúncia, proferida em 17.12.2010, ao qual já foi negado provimento em 10.8.2011, dentro, portanto, de prazos normais e bastante razoáveis. Destaco, ainda, a notória complexidade da causa, em que a denúncia alcançou nove réus presos e a soma das testemunhas arroladas por eles para serem ouvidas em diversas comarcas, localizadas em distintas unidades da federação, totalizaram 159 pessoas (fl. 153). Confirmam-se precedentes desta Corte:

Criminal. *Habeas corpus*. Homicídio duplamente qualificado. Ausência de motivação válida do decreto prisional. Pleito de extensão de decisão que determinou a soltura de corréus. Instrução deficiente. Ausência do decreto prisional e de documentos imprescindíveis à compreensão da controvérsia. Excesso de prazo no julgamento de recurso em sentido estrito. Irresignação julgada. Tramitação regular do feito. Princípio da razoabilidade. Ausência de justa causa para persecução penal não evidenciada. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

[...].

IV. Feito que tramita regularmente, tendo sido retardado apenas em parte, em virtude da pluralidade de réus, da complexidade do feito, da interposição de recurso em sentido estrito, bem como pela observância ao procedimento e às formalidades legais.

V. Atraso no andamento do processo-crime que não pode ser atribuído ao Juiz ou ao Ministério Público, não estando configurada flagrante ilegalidade no caso.

[...]

VII. Ordem parcialmente conhecida, e nessa extensão, denegada, nos termos do voto do Relator.

(HC n. 163.350-BA, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 22.11.2010).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio triplamente qualificado. Infanticídio. Alegações de nulidade no processo e de produção de prova ilícita.

Matérias não analisadas pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. Excesso de prazo para o julgamento pelo Júri. Recurso em sentido estrito e recurso especial interpostos pela defesa. Demora justificada. Prisão preventiva. Revogação. Materialidade e indícios de autoria reconhecidos. Elementos concretos acerca do *modus operandi* do delito. Garantia da ordem pública. Decreto prisional devidamente fundamentado. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

1. Não havendo manifestação do Tribunal de origem sobre os temas, não pode o Superior Tribunal de Justiça analisá-los, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes do STJ.

2. *Segundo pacífico magistério jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o prazo para julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, considerando circunstâncias excepcionais que venham a retardar a instrução criminal e não se restringindo à simples soma aritmética de prazos processuais.*

3. *Havendo a defesa interposto recurso em sentido estrito contra a sentença de pronúncia e recurso especial contra a decisão que negou provimento ao recurso em sentido estrito, é razoável que o prazo para o término da instrução criminal seja prolongado.*

4. *Não há falar em constrangimento ilegal na decretação da prisão preventiva se a decisão está devidamente fundamentada na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, assim como em elementos concretos relativos ao modus operandi do delito que indicam a necessidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública.*

5. *Eventuais condições pessoais favoráveis ao paciente não garantem o direito subjetivo à revogação da custódia cautelar, quando a prisão preventiva é decretada com observância do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.*

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC n. 127.048-SP, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 29.3.2010).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual penal. Homicídio duplamente qualificado. Réus policiais militares. Atividade de grupo de extermínio. Prisão preventiva (em 8.11.2007). *Modus operandi* que evidencia a periculosidade concreta dos envolvidos. Motivação idônea. Garantia da ordem pública. Excesso de prazo. Inocorrência. Complexidade da causa. Superveniência de sentença de pronúncia. Incidência da Súmula n. 21. Ordem denegada.

[...]

4. *Eventual delonga na instrução processual atribui-se à complexidade do feito em questão, no qual se apura o envolvimento de nove réus, com procuradores diversos*

- *acusados de integrarem grupo de extermínio - em um homicídio qualificado consumado e outro tentado, onde houve a realização de inúmeras diligências requeridas pela defesa.*

5. *Com o advento da sentença de pronúncia, fica superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, a teor da Súmula n. 21.*

6. *Além disso, da decisão de pronúncia a defesa interpôs recurso em sentido estrito, o qual se negou provimento, sobrevindo embargos de declaração, ainda pendentes de apreciação.*

7. Recurso a que se nega provimento.

(RHC n. 25.323-CE, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 3.8.2009).

Esse o quadro, entendo que não está a prisão baseada tão somente em clamor público ou em suposta ofensa à credibilidade da justiça, como querem fazer crer os impetrantes. Na minha concepção, há motivação concreta para a manutenção da prisão cautelar, destacada a conduta do réu, ora paciente, no *iter criminis*, que envolve sequestro, cárcere privado, além de homicídio triplamente qualificado, com requintes de crueldade, o que já é suficiente para demonstrar a periculosidade e justificar a manutenção da prisão cautelar, na forma como disposto pelo Juízo prolator da sentença de pronúncia.

Ante o exposto, *denego* a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sra. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator pelas mesmas razões apresentadas por todos os que me antecederam, denegando a ordem de *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS N. 222.117-PR (2011/0249371-3)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Danilo Knijnik e outros

Advogado: Danilo Knijnik e outro(s)

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: Jorge Rudney Atalla

Paciente: José Aparecido da Silva

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. Redução a condição análoga à de escravo. Fiscalização trabalhista. Grupo integrado por auditores, procuradores do trabalho e pessoal da Polícia Federal. Impedimento do membro do MPT funcionar como testemunha. Não reconhecimento.

1. Não há falar em impedimento de membro do Ministério Público do Trabalho para funcionar como testemunha em ação penal, porquanto oficiou em fiscalização trabalhista, na qual tomaram parte, também, auditores-fiscais do Trabalho e pessoal da Polícia Federal. Não tendo a sua atuação pretérita consistido em atos de investigação criminal, mas, por outro vértice, revestido-se de colorido administrativo, não há falar em eiva na atuação ministerial, que, no plano criminal, está a cargo do Ministério Público Federal.

2. Ordem denegada, cassada a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, cassada a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, em favor de *Jorge Rudney Atalla* e *José Aparecido da Silva*, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (HC n. 5012291-12-2011.404.0000).

Consta dos autos que os pacientes foram denunciados, em 4.8.2010, como incurso no art. 149 (por cento e cinquenta e cinco vezes), na forma do art. 70, ambos do Código Penal. A defesa formulou pedido de indeferimento de oitiva de testemunha de acusação e devolução da respectiva carta precatória, que não foi acolhido, *verbis* (fl. 37):

1. No evento 134, a defesa do réu *Jorge Rudney Atalla* trouxe contradita das testemunhas Luercy Lino Lopes e Glauco Miguel Ferrino. Após apresentadas suas razões, requer seja determinada a devolução das cartas precatórias para a oitiva das testemunhas.

2. Primeiramente, deve-se destacar que a contradita poderá ser apresentada por qualquer das partes antes de prestado o compromisso pela testemunha (artigo 214 do CPP); ou seja, deve ser apresentada em audiência. A imprescindibilidade de apresentação em audiência decorre também de seu rito, pois a lei prevê que a testemunha seja ouvida sobre as razões da contradita da parte. Por isso, não tem lugar o requerimento de devolução das cartas precatórias.

3. Além disso, este Juízo não vislumbra que as situações narradas pela defesa do réu *Jorge Rudney Atalla* se amoldem às taxativas hipóteses dos artigos 206, 207 e 208 do CPP, únicas em que o será dispensado o depoimento da testemunha ou o juiz não lhe deferirá o compromisso. Assim, igualmente não se justifica a expedição de ofício solicitando que o Juízo deprecado ouça o Sr. Glauco Miguel Ferrino como informante, como solicitado.

4. Desse modo, indefiro os pedidos da defesa do réu *Jorge Rudney Atalla* feitos na petição do evento 134.

5. Intime-se com urgência.

A defesa, insatisfeita, ajuizou prévio *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, que, por maioria, denegou a ordem, em acórdão de cuja fundamentação se colhe (fl. 133):

De fato, nada obstante a testemunha cuja oitiva pretendem os impetrantes impedir tenha atuado em fiscalização ocorrida anteriormente à instauração da *persecutio criminis* em face dos pacientes, na condição de Membro do Ministério Público do Trabalho, juntamente com outros 22 (vinte e dois) integrantes do já

referido Grupo Especial de Fiscalização Móvel, dentre os quais três Procuradores do Trabalho (evento 02/1NQ7), tal circunstância não enseja a aplicação da hipótese de incompatibilidade prevista no artigo 252, inciso II, do Código de Processo Penal, tampouco a incidência dos precedentes jurisprudenciais invocados no *writ*.

Isto porque, diferentemente dos arestos colacionados, não se está diante de situação em que um promotor público atuante na fase apuratória (*rectius*: investigação criminal) tenha sido arrolado como testemunha na ação penal que a sucedeu, tendo havido, no caso concreto, a participação da dita testemunha em inspeção trabalhista realizada na Usina Central do Paraná, cujos proprietários, ao que consta, seriam os pacientes.

Assim, como referido pelo *Parquet*, a fiscalização levada a cabo no âmbito administrativo teve por fim primeiro a apuração e punição pela prática de infrações à Consolidação das Leis do Trabalho, não se confundindo com a atuação do Ministério Público em sede de investigação criminal ou em inquérito policial.

Agrego a esses argumentos, ainda, a fundamentação que passo a expor.

(...)

Conquanto o artigo 84 da referida Lei Complementar acrescente às incumbências do Ministério Público do Trabalho o exercício das Junções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, nisso não se vislumbra estar aí incluída a promoção da ação penal pública (artigo 6º, inciso V, do mesmo diploma legal), porquanto, como preceitua aquele dispositivo, trata-se de competência que lhe é conferida no âmbito de suas atribuições é dizer, dentro das atribuições acima citadas.

Extraí-se desse cenário a ilação de que não há como reconhecer em favor da defesa a alegada simultaneidade de atuação do Dr. Luercy Lino Lopes como parte, de um lado, e testemunha, de outro, no mesmo processo-crime, uma vez que o Ministério Público do Trabalho, ainda que integre o Ministério Público da União, o qual também abrange o Ministério Público Federal (artigo 128, inciso I, da Constituição Federal), sequer detém atribuição para o exercício da ação penal.

(...)

V.V.

Estamos tratando aqui sobre princípios, e a questão é subjacente à qualidade do testemunho, na minha concepção, o exercício de cargo e função, simultaneidade pela mesma pessoa. Vejo que aqui devemos atentar para a diferença entre uma pessoa ter testemunhado um fato e ela ter institucionalmente diligenciado acerca de fatos. O CPP é redundante. Ele fala que qualquer do povo, qualquer pessoa pode ser testemunha. Isso é o óbvio, porém o processo penal é orientado por princípios e um dos mais relevantes dos princípios é o do equilíbrio, da isonomia, da paridade de armas. E admitir então, na minha concepção, que um órgão do

Ministério Público que participou de diligências preliminares participe depois como suporte da acusação, dando testemunho sobre aqueles fatos que ele ajudou a investigar preteritamente é admitir que a acusação faça internamente suporte do próprio argumento.

Alegam os impetrantes que a referida testemunha atuou como membro do Ministério Público do Trabalho no Grupo Especial de Fiscalização Móvel, que atuou na fase pré-processual, não podendo, portanto, testemunhar na ação penal em apreço (n. 5002612-68.2010.404.7001). Sustentam, em síntese, sua incompatibilidade para atuar como testemunha.

Requerem, liminarmente, a suspensão da oitiva do Dr. Luercy Lino Lopes, aprazada para o dia 17.10.2011, até o julgamento definitivo deste *writ*.

No mérito, pretendem a concessão da ordem para indeferir a oitiva do referido membro do Ministério Público da União ou, subsidiariamente, para determinar o desentranhamento de seu depoimento dos autos.

Salientam que o deferimento da liminar “não acarretará prejuízo algum ao andamento do feito, porquanto há outras precatórias ainda em andamento”.

Em consulta ao Sistema de Informações Processuais desta Corte, constatou-se a impetração do HC n. 65.463-PR em favor de *Jorge Rudney Atalla* e outros, em que foi concedida a ordem para trancar a Ação Penal n. 2005.70.01.007765-0, por inépcia formal da denúncia.

A liminar foi deferida para suspender a oitiva do Dr. Luercy Lino Lopes, aprazada para o dia 17.10.2011, até o julgamento definitivo deste *writ*, fls. 164-166.

As informações foram prestadas às fls. 171-177.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 181-184, da lavra do Subprocurador-Geral da República Eite. S. de B. Pereira, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): O objeto da impetração cinge-se à verificação do impedimento de membro do Ministério Público do Trabalho para funcionar como testemunha.

Acerca do conceito de impedimento, imperioso trazer a contexto a sua definição:

A distinção entre impedimentos e incompatibilidades é meramente terminológica, sendo destituída de relevâncias práticas. Segundo nosso entendimento, o impedimento decorre de fatores objetivos que retiram a imparcialidade do juiz, porque ele ou pessoas a ele ligadas já exerceram ou estão exercendo outras funções no mesmo processo, ou têm interesse no feito (CPP, art. 252). Já a incompatibilidade decorre do parentesco entre juízes que poderiam atuar em um mesmo órgão colegiado (CPP, art. 253, e, em relação ao Júri, art. 462). (BADARÓ, Gustavo Hernique. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, t. I, p. 144).

Pela regra do art. 258 do CPP, *no que lhes for aplicável*, como adverte o mencionado Professor da USP, as regras de impedimento incidem sobre os membros do Ministério Público.

In casu, houve um Grupo Especial que encetou fiscalização na Usina Central do Paraná S.A. Agricultura, Indústria e Comércio. Compuseram tal colegiado auditores-fiscais do Trabalho, Procuradores do Trabalho, Delegado e Agentes da Polícia Federal.

A *quaestio* em foco diz com a possibilidade de Luercy Lino Lopes, membro do Ministério Público do Trabalho que atuou na fiscalização, funcionar como testemunha na ação penal.

É importante deixar claro que *não* se trata da hipótese em que o representante do *Parquet*, participando das investigação criminal, vem a oferecer denúncia, situação, que, aliás, conta com a existência de enunciado sumular desta Corte:

A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.

(Súmula n. 234, Terceira Seção, DJ 7.2.2000 p. 185).

Em situação, em alguma medida assemelhada à retratada nestes autos, a colenda Sexta Turma deste Sodalício já assentou:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Desnecessidade de intimação da defesa para o julgamento do *writ*. Feito levado em mesa. Súmula n. 431-STF. Homicídio qualificado. Interrogatório policial acompanhado por membros do Ministério Público. Denúncia. Promotores arrolados e ouvidos como testemunhas da acusação. Nulidade.

1. O Superior Tribunal de Justiça já firmou a compreensão de que inexistente nulidade em razão da falta de intimação da defesa para a sessão de julgamento do *habeas corpus*, que é levando em mesa, prescindindo de inclusão em pauta, cabendo ao defensor manifestar previamente sua pretensão de sustentar oralmente (Súmula n. 431-STF).

2. Não é possível ao membro do Ministério Público, que nessa condição atuou na fase inquisitorial, ser ouvido como testemunha em juízo, por absoluta incompatibilidade. É nítida a confusão feita entre os papéis de parte processual e testemunha (sujeito de provas), tornando-se evidente a nulidade absoluta dos depoimentos prestados em juízo pelos Promotores de Justiça que exerceram suas funções no inquérito policial, ainda que tenham se limitado a acompanhar o interrogatório do recorrente.

3. Recurso ordinário provido, rejeitada a preliminar.

(RHC n. 20.079-SP, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 17.11.2009, DJe 22.2.2010).

Penso, contudo, ser caso de aplicação da técnica do *distinguishing*, visto que este último precedente não se amolda à ação penal em exame.

É importante ter claro que se trata de hipótese que ainda não foi enfrentada pela jurisprudência desta Corte.

Houve um trabalho fiscalizatório-administrativo, que, ulteriormente, embasou a formação da *opinio delicti* do Ministério Público Federal. Assim, o Procurador da República arrolou Procurador do Trabalho como testemunha. Desta maneira, creio inexistir impedimento deste último para depor.

Ora, o Procurador do Trabalho, ao cumprir seu mister, meramente administrativo, concernente à responsabilização extra-penal, não pode ser tido como impedido de comparecer perante o juízo criminal para fornecer subsídios acerca da fiscalização empreendida.

Pontue-se, por mais que o Procurador do Trabalho também pertença ao Ministério Público da União, envolve ramo distinto, desvinculado da *persecutio criminis*, atuação afeta, em casos como o presente, aos membros do Ministério Público Federal.

Cumprido, neste passo, trazer a contexto as judiciosas palavras do parecerista:

3. A ordem deve ser denegada. A participação de membro do Ministério Público do Trabalho em grupo que efetuou, previamente, fiscalização na empresa onde se cometeu o delito de redução à condição análoga de escravo, não configura hipótese de incompatibilidade nem gera impedimento para sua oitiva como testemunha em juízo.

4. A hipótese em apreço não guarda similitude com a situação de Promotor, que tendo participado na investigação criminal, veio a dar testemunho. No caso em tela, não se está diante do arrolamento de membro atuante em inquérito policial. A fiscalização trabalhista não constitui instrumento preparatório de futura ação penal, embora até possa lhe fornecer suporte indireto. Constatada a infração, as respectivas peças de informação são apresentadas aos órgãos encarregados da *persecutio criminis*, motivo pelo qual a participação no Grupo de Trabalho que apurou violações à Consolidação das Leis do Trabalho não acarreta o impedimento para depor como testemunha em processo penal, destinado a apurar delitos previstos no Código Penal.

5. Ademais, as circunstâncias que acarretam o impedimento e suspeição encontram-se taxativamente previstas nos artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal, não podendo ser ampliadas para abarcar hipóteses não previstas na lei adjetiva. (fl. 182).

Portanto, não havendo similitude com os casos em que este nobre Colegiado vem reconhecendo a nulidade, melhor refletindo, não apuro ilegalidade na indicação do Procurador do Trabalho para contribuir como testemunha.

Ante o exposto, cassando a liminar, denego a ordem.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Senhora Presidente, agradeço o encaminhamento antecipado do voto, o qual examinei, li e reli. O próprio Ministério Público do Trabalho tem concurso próprio, todo diferenciado.

Acompanho o voto de V. Exa., *cassando* a liminar e *denegando* a ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Sra. Presidente, o Ministério Público do Trabalho tem cadência própria. É como o Ministério Público do Tribunal de Contas.

Acompanho o voto de V. Exa., cassando a liminar e denegando a ordem de *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS N. 239.676-SC (2012/0078054-7)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Impetrante: Ruy Samuel Espíndola e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Odilson Vicente de Lima

EMENTA

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime de responsabilidade de prefeito. Supressão de instância. Não ocorrência. Ação penal intentada contra o paciente e outro corrêu, ex-prefeito municipal. Prerrogativa de foro. Lei n. 10.628, de 24.12.2002, que inseriu os §§ 1º e 2º ao art. 84 do CPP. Inconstitucionalidade arguida em 2º grau, e rejeitada, pelo acórdão impugnado, em 14.12.2004. Inconstitucionalidade posteriormente declarada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 2.797, em 15.9.2005. Efeitos *ex tunc*. Superveniência da modulação, pelo Supremo Tribunal Federal, em 17.5.2012, dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, em sua nova redação, conferida pela Lei n. 10.628, de 24.12.2002. Preservação da validade dos atos processuais praticados, entre 24.12.2002 e 15.9.2005, em ações penais contra ex-ocupantes de cargos com prerrogativa de foro. Ordem denegada.

I. Hipótese em que o acórdão condenatório, em preliminar de incompetência, suscitada pelo Ministério Público, afastou, em 14.12.2004, a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, inseridos pela Lei n. 10.628/2002, que estabeleceu a competência por prerrogativa de função, mesmo após a cessação do exercício da função pública pelo corrêu, Prefeito Municipal, à época dos fatos.

II. Posteriormente, no julgamento da ADI n. 2.797-DF, em 15.9.2005, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal – que estabelecia a prorrogação da competência por prerrogativa de função, relativa aos atos administrativos do agente, às hipóteses em que o inquérito ou a ação judicial fossem iniciados após a cessação do exercício da função

pública –, e igualmente do § 2º do mesmo dispositivo legal, que determinava a sua extensão à ação de improbidade administrativa.

III. O presente *Habeas corpus* merece ser conhecido, por não ser substitutivo de Recurso Especial – efetivamente interposto, pelo paciente, inadmitido, na origem, tendo sido interposto Agravo ao Superior Tribunal de Justiça, não conhecido, por intempestividade, existindo Agravo Regimental, a ser também julgado, na presente assentada – ou de Revisão Criminal, porquanto não transitada em julgado a condenação.

IV. Não há supressão de instância, com o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, da matéria – não arguida no Recurso Especial –, porquanto a inconstitucionalidade do foro por prerrogativa de função, com fundamento na Lei n. 10.628/2002, foi arguida, perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que, entretanto, rejeitou tal preliminar. O fato superveniente ao acórdão condenatório, proferido em 14.12.2004, e à interposição do Recurso Especial, pelo paciente, ou seja, a declaração da inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP – inseridos pela Lei n. 10.628/2002 –, nos autos das ADIs n. 2.797 e n. 2.860, em 15.9.2005, pelo Supremo Tribunal Federal, representa um argumento de reforço à tese expressamente enfrentada e rechaçada pelo acórdão impugnado.

V. Ademais, como o Recurso Especial foi interposto, pelo paciente, e inadmitido, em 20.6.2005 – antes, portanto, de 15.9.2005, quando o STF declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, na redação da Lei n. 10.628/2002 –, tal argumento de reforço não poderia constar daquele Recurso.

VI. De qualquer sorte, a alegada incompetência absoluta do Juízo de 2º Grau para o julgamento de ex-detentores de mandato eletivo geraria nulidade de atos decisórios, que poderia ser reconhecida até mesmo de ofício, se o caso, nos termos dos arts. 564, I, 567 e 648, IV, do CPP, não tendo o impetrante outra via senão o *habeas corpus*, para arguir tal matéria.

VII. O controle de constitucionalidade, no ordenamento jurídico brasileiro, é orientado pela teoria da nulidade da norma inconstitucional, a exemplo do direito norte-americano. A lei inconstitucional é considerada nula *ipso jure* e *ex tunc* (e não simplesmente anulável), em

decorrência do princípio da soberania da Constituição. A decisão que a declara produz efeitos repristinatórios e possui natureza declaratória, limitando-se a constatar vício já existente, alcançando atos anteriores ao reconhecimento da inconstitucionalidade.

VIII. Nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/1999, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela decisão ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

IX. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 17.5.2012, ao julgar Embargos de Declaração, opostos pelo Procurador-Geral da República, na ADI n. 2.797-DF, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal, em sua nova redação, conferida pela Lei n. 10.628/2002, assentando a sua eficácia a partir de 15.9.2005 (data do julgamento da ADI), preservando a validade dos atos processuais praticados em ações de improbidade, inquéritos e ações penais contra ex-ocupantes de cargos com prerrogativa de foro (Informativo n. 666 do STF), modulação de efeitos incidente, na hipótese dos autos.

X. “A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, primeiramente idealizada no direito norteamericano, com a admissão do *prospective overruling* nos casos *Linkletter v. Walker* (381 U.S. 618) e *Stovall v. Denno* (388 U. S. 293), não significa uma afronta à Carta Magna, mas uma defesa da segurança jurídica, também norma constitucional (art. 5º, *caput*), sob o prisma do princípio da proporcionalidade” (STF, ADI n. 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 27.6.2012).

XI. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2012 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 12.3.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Odilson Vicente de Lima*, apontando, como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que, em 14.12.2004, nos autos da Ação Penal n. 2004.015240-0, julgou, em competência originária, procedente a pretensão acusatória, para condenar o paciente e o corréu Aguacy Oliveira Braz – Prefeito Municipal de Romelândia-SC, de 1993/1995 (fl. 65e), à época dos fatos, ocorridos de 1994 a 1995 –, à pena de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, sendo substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, como incursos no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967 (fls. 30-49e).

Sustentam os impetrantes, em síntese, que o acórdão condenatório é nulo, por incompetência do Juízo, ante a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, na redação da Lei n. 10.628, de 24.12.2002, inconstitucionalidade que não foi reconhecida pelo acórdão condenatório, proferido, assim, por Juízo incompetente, em 14.12.2004, na pendência das ADIs n. 2.797 e n. 2.860, no Supremo Tribunal Federal; que, interpostos Recursos Especial e Extraordinário contra o acórdão impugnado, sem aduzir tal tese, é o *writ* a via adequada para provocar a nulidade absoluta do acórdão; que “é possível fazê-lo, nesta via, em face da ausência de preclusão da matéria e pelo fato de que o tema trata de questão de ordem pública processual conhecível em qualquer tempo e grau, especialmente em sede de *habeas corpus*, que pode ser concedido mesmo de ofício pelo juízo processante” (fl. 13e); que o prejuízo com a nulidade é manifesto, em face da própria condenação do paciente, pelo acórdão impugnado, que se negou a acolher, em controle difuso, a tese

da inconstitucionalidade do foro por prerrogativa de função, para os agentes políticos com mandato exaurido, eis que o corréu Aguacy Oliveira Braz já não era Prefeito, quando proposta a Ação Penal, em 11.4.2000, e quando foi ela decidida, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em 14.12.2004; que, publicado o acórdão condenatório, em 9.3.2005, o paciente interpôs Recursos Especial e Extraordinário, inadmitidos, na origem, pelo que foram, então, interpostos os respectivos Agravos, pendentes de julgamento; que, após o julgamento da Ação Penal, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em 14.12.2004, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, em 15.9.2005, dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, na redação da Lei n. 10.628, de 24.12.2002, razão pela qual deve ser reconhecida a competência do Juízo de Direito da Comarca de Anchieta-SC para o julgamento da Ação Penal n. 2004.015240-0, tendo em vista os efeitos *ex tunc* e vinculantes da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Alegam, ainda, que, embora o art. 27 da Lei n. 9.868/1999 faculte, ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por maioria de dois terços de seus membros, restringir, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, os efeitos da decisão, ou deliberar que só tenha ela eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, ele não o fez, na oportunidade do julgamento.

Aduzem, outrossim, que, reconhecida a constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/2010 – denominada Lei da Ficha Limpa, que deu nova redação à Lei Complementar n. 64/1990 – por decisão do Supremo Tribunal Federal de 16.2.2012, nos autos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 29 e n. 30 e da ADI n. 4.578, a presente condenação constitui hipótese de inelegibilidade, prevista no art. 1º, I, letra e, n. 1, da Lei Complementar n. 64/1990.

Sustentam que não há que se falar em “supressão de instância quanto ao tema de fundo desta ação mandamental, eis que a e. Corte Estadual rechaçou, expressamente, no aresto impetrado, a tese deste *writ heróico*” (fl. 10e).

Requerem, por esses motivos, o deferimento do pedido de liminar, para suspender os efeitos do acórdão condenatório, até o julgamento do mérito do presente *writ*, com a declaração da nulidade do acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos autos da Ação Penal n. 2004.015240-0, na sessão de julgamento de 14.12.2004, com a consequente

remessa dos autos ao Juízo de Direito da Comarca de Anchieta-SC, para a prolação de nova sentença, em cumprimento às cláusulas constitucionais do juiz natural.

O pedido formulado em sede de liminar foi indeferido (fls. 177-178e).

As informações foram prestadas, pela autoridade apontada como coatora (fls. 188-192e).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem, e, no mérito, pela sua denegação (fls. 212-228e).

O impetrante, em face do pedido de fl. 26e, foi intimado, por telefone, da sessão de julgamento do presente, em 11.12.2012, certificando-se a respeito (fl. 236e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Como se viu do relatório, objetivam os impetrantes anular a condenação criminal do paciente, por incompetência absoluta do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina para processar e julgar, em 14.12.2004, crime cometido por Ex-Prefeito, em concurso de agentes com o paciente, em virtude da inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, inseridos pela Lei n. 10.628, de 24.12.2002, que, após, em 15.9.2005, veio a ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal.

Narra a inicial que o paciente e o corréu Aguacy de Oliveira Braz, Prefeito Municipal de Romelândia-SC, na gestão 1993/1995 (fl. 65e) – denunciados, em 11.4.2000 (fl. 53e), perante a Comarca de Anchieta-SC, cujo Juízo declarou, em 12.5.2004, a sua incompetência para processar e julgar a Ação Penal, em face da Lei n. 10.628/2002, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (fls. 74-75e) –, foram condenados por aquela Corte, na sessão de julgamento de 14.12.2004, à pena de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, como incursos no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967.

Nas informações, a autoridade apontada como coatora apresentou a seguinte síntese dos fatos:

Instaurado o Inquérito n. 1999.005149-8 contra o paciente e outro investigado (Prefeito Municipal de Romelândia à época dos fatos) para a apuração de irregularidades na administração do referido Município, a Segunda Câmara Criminal, em 23.11.1999, por acórdão da lavra do Desembargador Substituto Nilson Macedo Machado, decidiu, por unanimidade, declarar a incompetência do Tribunal de Justiça e remeter os autos à Comarca de Anchieta para prosseguimento do feito (doc. n. 1 e doc. n. 2), onde ambos foram denunciados na Ação Penal n. 002.98.000714-5 (doc. n. 3).

Em 12.5.2004, foi determinada a remessa do feito, para julgamento, ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (doc. n. 4), na ocasião em que o Procurador de Justiça, ratificando os atos praticados pelo representante do Ministério Público de primeiro grau, ofereceu denúncia contra o paciente e outro corréu como incursos, em tese, nas sanções do artigo 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, c.c. artigos 29 e 71, ambos do Código Penal.

Em 14.12.2004, nos autos do Processo Crime n. 2004.015240-0 (doc. n. 5), a Primeira Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, rejeitar a preliminar de incompetência da Corte para proceder ao julgamento e, no mérito, julgar procedente a denúncia para condenar o paciente e outro corréu à pena de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor de 10 (dez) salários mínimos (art. 44, § 2º, do CP), nas condições a serem fixadas pelo Juízo da Execução, por infração ao artigo 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967. Foi decretada, ainda, em relação ao outro denunciado, a inabilitação para o exercício do cargo ou função pública, eletiva ou de nomeação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, sem prejuízo da reparação do dano causado ao patrimônio público (§ 2º do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/3967), nos termos da ementa que segue:

Penal e Administrativo. Artigo 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967. Prefeito municipal e vereador. Desvio de verba pública. Preliminares rejeitadas. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação. Denúncia procedente.

Pagamentos decorrentes de procedimento licitatório, não efetuado às empresas vencedoras, mas depositados em conta-corrente particular do vereador, sem explicação plausível para tanto, bastam para a certeza moral do cometimento de desvio de verba pública. (Rel. Des. Amaral e Silva) (doc. n. 6).

Dessa decisão, o paciente interpôs recursos especial e extraordinário, cujo seguimento foi negado por decisão monocrática do 2º Vice-Presidente (doc. n. 7 e doc. n. 8).

Diante da negativa interpôs, também, os respectivos agravos de instrumento, os quais se encontram pendentes de julgamento (doc. n. 9 e doc. n. 10) (fls. 188-190e).

Interposto Agravo de Instrumento, perante o Superior Tribunal de Justiça, não foi ele conhecido, diante de sua intempestividade, decisão esta publicada em 12.6.2012, contra a qual foi interposto Agravo Regimental, que também trago a julgamento, na presente sessão.

Em 6.7.2012, foi ajuizada Medida Cautelar, perante o Superior Tribunal de Justiça, objetivando a concessão de efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento, cujo pedido restou indeferido.

Delimitada a situação fática, passo à análise da alegação de nulidade do édito condenatório.

Em preliminar de incompetência, suscitada pela acusação, o acórdão impugnado afastou, em 14.12.2004, a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002, que estabeleceu a competência por prerrogativa de função, mesmo após a cessação do exercício da função pública pelo corréu Aguacy Oliveira Braz, Prefeito Municipal, à época dos fatos (1993/1995), conforme se verifica do seguinte excerto:

Rejeito a preliminar de incompetência deste juízo para proceder ao julgamento, diante da prerrogativa de função.

A Lei n. 10.628/2002 deu nova redação ao art. 84 do Código de Processo Penal, acrescentando no § 1º a regra de que prevalece a competência especial por prerrogativa de função nas ações judiciais iniciadas após a cessação do exercício da função pública.

O art. 2º do Código de Processo penal preceitua que a lei processual tem aplicação imediata.

Embora haja duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.797 e n. 2.860 ajuizadas respectivamente pela Associação dos Membros do Ministério Público e pela Associação dos Magistrados Brasileiros junto ao Supremo Tribunal Federal, contra a Lei n. 10.628/2002, este Tribunal tem decidido pela sua aplicabilidade, enquanto pendentes de julgamento as respectivas ADIns (fls. 37-38e).

Conheço do presente *Habeas corpus*, que não é substitutivo de Recurso Especial – efetivamente interposto, pelo paciente, inadmitido, na origem (fls. 100-101e), tendo sido interposto Agravo ao Superior Tribunal de Justiça, não conhecido, por intempestividade, existindo Agravo Regimental, a ser julgado, na presente assentada – ou de Revisão Criminal, porquanto não transitada em julgado a condenação.

Não há supressão de instância, com o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, da matéria – não arguida no Recurso Especial (fls. 100-101e) –, porquanto a inconstitucionalidade do foro por prerrogativa de função, com fundamento na Lei n. 10.628/2002, foi arguida, perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que, entretanto, rejeitou tal preliminar (fls. 37-38e). O fato superveniente ao acórdão condenatório, proferido em 14.12.2004, e à interposição do Recurso Especial, pelo paciente, ou seja, a declaração da inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP – inseridos pela Lei n. 10.628/2002 –, nos autos das ADIs n. 2.797 e n. 2.860, em 15.9.2005, pelo Supremo Tribunal Federal, representa um argumento de reforço à tese expressamente enfrentada e rechaçada pelo acórdão impugnado.

Ademais, como o Recurso Especial foi interposto, pelo paciente, e inadmitido, em 20.6.2005 (fl. 101e) – antes, portanto, de 15.9.2005, quando o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, na redação da Lei n. 10.628/2002 –, tal argumento de reforço não poderia constar daquele Recurso.

De qualquer sorte, a alegada incompetência absoluta do Juízo de 2º Grau para o julgamento de ex-detentores de mandato eletivo geraria nulidade de atos decisórios, que poderia ser reconhecida até mesmo de ofício, se o caso, nos termos dos arts. 564, I, 567 e 648, IV, do CPP, não tendo o impetrante outra via senão o *habeas corpus*, para arguir tal matéria.

Ademais, reconhecida a constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/2010 – denominada Lei da Ficha Limpa, que deu nova redação à Lei Complementar n. 64/1990 –, por decisão do Supremo Tribunal Federal de 16.2.2012, nos autos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 29 e n. 30 e da ADI n. 4.578, a presente condenação constitui hipótese de inelegibilidade, prevista no art. 1º, I, letra e, n. 1, da Lei Complementar n. 64/1990, não havendo, portanto, como desconstituir o acórdão condenatório, em sede recursal.

A Lei n. 10.628, de 24.12.2002, conferiu a seguinte redação ao art. 84 do Código de Processo Penal:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. (Redação dada pela Lei n. 10.628, de 24.12.2002).

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. (Incluído pela Lei n. 10.628, de 24.12.2002).

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o Tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

A ADI n. 2.797, proposta pela Associação Nacional do Ministério Público-Conamp, e a ADI n. 2.860, ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil-AMB, questionaram a constitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, incluídos pela Lei n. 10.628/2002, sendo determinado o apensamento dos autos, para julgamento conjunto.

No julgamento da ADI n. 2.797-DF, ocorrido em 15.9.2005, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 do do Código de Processo Penal – que estabelecia a prorrogação da competência por prerrogativa de função, relativa aos atos administrativos do agente, às hipóteses em que o inquérito ou a ação judicial fossem iniciados após a cessação do exercício da função pública – e igualmente do § 2º do mesmo dispositivo legal, que determinava a sua extensão à ação de improbidade administrativa.

O referido julgado restou assim ementado:

I. ADIn: legitimidade ativa: “entidade de classe de âmbito nacional” (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - Conamp 1. Ao julgar, a ADIn n. 3.153-AgR, 12.8.2004, Pertence, Inf. STF n. 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau - as chamadas “associações de associações” - do rol dos legitimados à ação direta. 2. De qualquer sorte, no novo estatuto da Conamp - agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - a qualidade de “associados efetivos” ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, - o que basta a satisfazer a jurisprudência restritiva -, ainda que o estatuto reserve às associações afiliadas papel relevante na gestão da entidade nacional.

II. ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional das duas entidades requerentes e os dispositivos legais impugnados: as normas legais questionadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário - e, em consequência, entre os do Ministério Público.

III. *Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante.* Súmula n. 394-STF

(cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). *Lei n. 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada.* 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula n. 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq n. 687-QO, 25.8.1997, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula n. 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. *Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.* 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: *admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.* 5. *Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa.*

IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. n. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos Tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos Tribunais Federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação

constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal - salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus Tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.

V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl n. 2.138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal. 2. A competência originária dos Tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos Tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado (STF, ADI n. 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 15.9.2005, DJU de 19.12.2006).

É sabido que o controle de constitucionalidade, no ordenamento jurídico brasileiro, é orientado pela teoria da nulidade da norma inconstitucional, a exemplo do direito norte-americano, segundo o qual “a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica” (Nulidade da Lei Inconstitucional e seus efeitos. Considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE n. 122.202. MENDES, Gilmar Ferreira. *In* Direito Constitucional: defesa da Constituição. Organizadores: Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso – São Paulo: Editora RT, 2011, p. 613). A lei inconstitucional é considerada nula *ipso jure* e *ex tunc* (e não simplesmente anulável), em decorrência do princípio da soberania da Constituição. A decisão que a declara produz efeitos repristinatórios, pois a norma declarada inconstitucional não possui aptidão para revogar validamente a lei anterior,

e possui natureza declaratória, limitando-se a constatar vício já existente, alcançando atos anteriores ao reconhecimento da inconstitucionalidade.

Sobre o tema, leciona o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Albino Zavascki, em sua obra *Eficácia da Sentença na Jurisdição Constitucional* (2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012), *in verbis*:

“a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito na ação direta ou na ação declaratória, simplesmente declara a validade ou a nulidade, gerando, como consequência (que se poderia denominar de eficácia normativa) a de afirmar ou excluir a norma questionada do sistema de direito. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia, no que se refere à afirmação de validade ou nulidade do preceito normativo (= eficácia normativa), é *ex tunc*, como ocorre nessa espécie de julgado. ‘A Corte’, como explicou o Min. Brossard, ‘verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que supunha ser um diamante não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas ab initio não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é *ex tunc*’ (fls. 62-63).

Assim, após a declaração da inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pela Lei n. 10.628/2002, tem-se reconhecido a nulidade das ações propostas contra ex-ocupantes de cargos públicos e de mandatos eletivos, julgadas, no período de 24.12.2002, data da Lei n. 10.628/2002, até a declaração de sua inconstitucionalidade, em 15.9.2005, no foro por prerrogativa de função, tendo em vista os efeitos *ex tunc* da decisão declaratória da inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, proferidos antes da modulação, em 17.5.2012, dos efeitos da aludida declaração da inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Ex-Prefeito. Prerrogativa de foro. Lei n. 10.628/2002. Inconstitucionalidade. Competência. Juízo singular.

1. Declarada, no julgamento da ADIn n. 2.797-DF pela Suprema Corte, a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal,

acrescidos pela Lei n. 10.628/2002, compete ao juiz estadual de primeiro grau o julgamento da ação penal de crime praticado por ex-prefeito durante seu mandato.

2. Ordem concedida para reconhecer a incompetência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a anulação dos acórdãos lá proferidos e o deslocamento do Processo Criminal n. 70006138283 ao Juízo de primeiro grau (STJ, HC n. 170.132-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 19.10.2011).

Habeas corpus. Crime praticado por ex-prefeito durante o seu mandato. Lei n. 10.628/2002. Competência. Juízo singular. Ordem concedida.

1. Declarada a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, acrescidos pela Lei n. 10.628/2002 (ADIN n. 2.797-DF), compete ao juiz singular o julgamento da ação penal de crime praticado por ex-prefeito durante seu mandato.

2. Ordem concedida para anular o acórdão estadual que julgou originariamente o réu, restabelecer a sentença de condenatória proferida por juiz de direito da Comarca de Capão da Canoa e determinar ao Tribunal de Justiça a apreciação da apelação já interposta (STJ, HC n. 57.901-RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJU de 5.11.2007).

Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 17.5.2012, ao julgar Embargos de Declaração, opostos pelo Procurador-Geral da República, na ADI n. 2.797-DF, modulou os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, em sua nova redação conferida pela Lei n. 10.628/2002, assentando sua eficácia a partir de 15.9.2005 – data do julgamento da ADI –, preservando a validade dos atos processuais praticados em ações de improbidade, inquéritos e ações penais contra ex-ocupantes de cargos com prerrogativa de foro, conforme se vê do Informativo n. 666 do Supremo Tribunal Federal:

“Em conclusão, o Plenário, por maioria, acolheu embargos declaratórios, opostos pelo Procurador-Geral da República, para assentar que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, inseridos pelo art. 1º da Lei n. 10.628/2002 (“§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. § 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o Tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º) tenham eficácia a partir de 15.9.2005 – v. Informativos n. 543 e n. 664. Na espécie, alegava-se que a norma declarada inconstitucional teria vigido por três anos – com alterações nas regras de competência especial por prerrogativa de função quanto às ações de

improbidade, inquéritos e ações penais – a exigir fossem modulados os efeitos do julgado. Destacou-se a necessidade de se preservar a validade dos atos processuais praticados no curso das mencionadas ações e inquéritos contra ex-ocupantes de cargos públicos e de mandatos eletivos julgados no período de 24.12.2002, data de vigência da Lei n. 10.628/2002, até a data da declaração de sua inconstitucionalidade, 15.9.2005. Pontuou-se que inúmeras ações foram julgadas com fundamento na Lei n. 10.628/2002 e, por segurança jurídica, necessário adotar-se a modulação, assegurada a eficácia ex nunc, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/1999. Asseverou-se que os processos ainda em tramitação não teriam sua competência deslocada para esta Corte. ADI n. 2.797 ED-DF, rel. orig. Min. Menezes Direito, red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto, 17.5.2012. (ADI n. 2.797)”

Assim, mostra-se fundamental, para a exata compreensão do caso concreto, a distinção entre a *eficácia normativa* e a *eficácia executiva* (ou instrumental) da sentença declaratória da inconstitucionalidade, como bem definiu o ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Albino Zavascki (*op. cit.*), em estudo sobre o tema. Diz o autor que, enquanto a “*eficácia ex tunc se opera no plano do ordenamento jurídico*, ou seja, a que se diz respeito à validade ou invalidade da norma e, portanto, à sua manutenção ou à sua exclusão do sistema normativo”, a *eficácia executiva* ou instrumental “está relacionada às consequências da decisão no plano da realidade prática, ou seja, do comportamento que, em decorrência da declaração judicial de validade ou invalidade da norma, deverão adotar, daí em diante os seus destinatários, especialmente as autoridades administrativas e judiciais submetidas ao seu efeito vinculante” (*op. cit.*, p. 65).

Ensina o autor que, no plano da eficácia executiva, a modulação dos efeitos da decisão declaratória da inconstitucionalidade atua como um “ajuste entre o quadro normativo decorrente da declaração de inconstitucionalidade (que importa a nulidade *ex tunc* da norma e sua exclusão do sistema) e a situação jurídica em concreto (os atos e sentenças judiciais anteriormente formados) em sentido contrário” (*op. cit.*, p. 65).

É o que prevê o art. 27 da Lei n. 9.868/1999, segundo o qual, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela decisão ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

A aludida modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, a partir da ponderação de valores entre a

inconstitucionalidade da norma e a segurança jurídica ou o excepcional interesse social, possui origem histórica no direito norte-americano. Senão vejamos:

“Tudo teve início em *Mapp vs. Ohio* (367 U.S. 643), de 1961, caso no qual a Suprema Corte modificou sua jurisprudência e passou a vedar a utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo penal. Até então, tal expediente era admitido, conforme o antigo precedente do caso *Wolf vs. Colorado* [338 U.S. 25 (1949)]. A partir de então, diversos *habeas corpus* foram impetrados buscando a desconstituição de condenações pretéritas com base no novo entendimento.

A Corte solucionou a questão vedando a aplicação retroativa da novel orientação, sob a escusa de que, caso o Tribunal procedesse dessa forma, abalaria a confiança que os órgãos do Estado haviam depositado em *Wolf vs. Colorado*, além de impor desarrazoada carga de trabalho ao Judiciário. Em *Linkletter vs. Walker* (381 U.S. 618), de 1965, considerado o *leading case* no tema, a Suprema Corte assentou que seria impossível a revisão do caso de *Linkletter*, tendo em vista que a Constituição dos EUA não define os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade (“*the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect*”).

A Suprema Corte definiu os critérios para a atribuição de eficácia prospectiva no caso *Stovall vs. Denno* (388 U. S. 293), de 1967: (a) o propósito de obedecer à nova orientação; (b) a amplitude da confiança depositada pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei nos critérios antigos; (c) o efeito sobre a administração da justiça gerado por uma aplicação retroativa dos novos *standards*.

A evolução da jurisprudência americana permitiu a classificação da superação do precedente (overruling) em (a) retrospective overruling, quando a nova orientação se aplica a todos os casos, passados e futuros; e (b) prospective overruling, que é a superação prospectiva de um precedente - o novo entendimento só tem efeitos a partir da prolação da decisão que o estabelece.

O prospective overruling merece, ainda, subdivisão em limited prospectivity, onde a nova orientação se aplica à causa que lhe deu origem, e pure prospectivity, hipótese na qual o novo entendimento se aplica exclusivamente para o futuro, e não àquela decisão que originou a superação da antiga tese” (Embargos de Declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. Bruno Vinícius da Rós Bodart. In *Revista de Processo*. Ano 36, vol. 198, Agosto/2001. pp. 392-393).

De fato, “a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, primeiramente idealizada no direito norteamericano, com a admissão do *prospective overruling* nos casos *Linkletter v. Walker* (381 U.S. 618) e *Stovall v. Denno* (388 U. S. 293), não significa uma afronta à Carta

Magna, mas uma defesa da segurança jurídica, também norma constitucional (art. 5º, *caput*), sob o prisma do princípio da proporcionalidade” (STF, ADI n. 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 27.6.2012).

Sobre a possibilidade de suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade em Embargos de Declaração, leciona, com propriedade, Bruno Víncius da Rós Bodart:

Até então, vinha o STF entendendo que os embargos de declaração não são meio hábil para instar a Corte a conferir efeitos meramente prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, caso não tenha existido pedido nesse sentido anteriormente. Isso porque, como a regra é que a declaração tenha efeitos *ex tunc*, não se pode dizer que houve omissão do Tribunal.

Assim decidiu a Corte, rejeitando os embargos declaratórios, *v.g.*, nos EDcl na ADIn n. 483-PR (rel. Min. Ilmar Galvão, DI 5.10.2001), nos EDcl na ADIn n. 1.498-RS (rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, DI 5.12.2003), nos EDcl na ADIn n. 2.728-AM (rel. Min. Marco Aurélio, DI 5.10.2007), na ADIn n. 2.791-PR (rel. Min. Gilmar Mendes, DI 4.9.2009) e nos EDcl na ADIn n. 2.797-DF (rel. Min. Menezes Direito, DI 5.5.2009).

Essa visão começou a ser superada nos EDcl na ADIn n. 3.601-DF, rel. Min. Dias Toffoli, julgados pelo Pleno em 9.9.2010. Nesse julgado, o STF, mesmo sem qualquer requerimento anterior nesse sentido, acolheu os embargos para declarar a inconstitucionalidade da Lei Distrital n. 3.642/2005, que dispõe sobre a Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal, com eficácia apenas ex nunc, a partir da publicação da decisão, tendo em conta a necessidade de preservação de situações jurídicas formadas com base na lei distrital.

Temia-se que a aplicação retroativa gerasse a anulação de punições aplicadas pela referida Comissão de Disciplina, possibilitando o retorno ao serviço público de servidores demitidos em razão da prática de infrações gravíssimas (op. cit., p. 396).

É o que ocorre, na espécie, em que o Supremo Tribunal Federal, diante da inconstitucionalidade da norma e da necessidade de preservação da segurança jurídica, em sede de Embargos de Declaração limitou a eficácia executiva da declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, na redação da Lei n. 10.628/2002, resguardando as situações consolidadas entre a entrada em vigor da Lei n. 10.628, de 24.12.2002, e a declaração de sua inconstitucionalidade, em 15.9.2005, razão pela qual não se verifica nulidade do acórdão condenatório, prolatado em 14.12.2004 (fls. 30-49e).

Ante o exposto, denego a ordem impetrada.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 30.709-PA (2011/0147096-0)

Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE)

Recorrente: R J B da C

Recorrido: Ministério Público do Estado do Pará

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Ato infracional análogo a tentativa de homicídio. Não-conhecimento do *writ* no Tribunal de origem. Recurso não conhecido. Ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública. Julgamento de *habeas corpus*. Desnecessidade da intimação. Processo julgado em mesa. Recurso não conhecido.

1. Nos termos do art. 105, II, **a**, da Constituição Federal, só é cabível recurso ordinário em *habeas corpus* das decisões *denegatórias* proferidas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

2. Incabível, portanto, recurso ordinário contra acórdão que *não conheceu* do *habeas corpus* ajuizado perante o Tribunal de origem. A apreciação de matéria não conhecida pela Corte *a quo* resultaria indevida supressão de instância. Precedentes.

3. Não há obrigatoriedade de intimação da Defensoria Pública para o julgamento de *habeas corpus* quando não foi formulado pedido nesse sentido.

4. Recurso ordinário conhecido em parte e nessa extensão, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso em *habeas corpus* e, nesta extensão, negar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. A Sras. Ministra Maria Thereza de Assis Moura

e os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 7 de novembro de 2012 (data do julgamento).

Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Relatora

DJe 20.11.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, interposto pela Defensoria Pública em favor de *R J B da C*, contra acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado do Pará, assim ementado:

Habeas corpus. Ato infracional análogo ao crime de tentativa de homicídio. Fuga anterior a impetração. Não conhecimento. Não se conhece do pedido quando o paciente empreendeu fuga antes mesmo da impetração da ação mandamental.

Consta dos autos que o paciente foi representado pela prática de ato infracional análogo ao crime de tentativa de homicídio, sendo acolhida a representação e aplicada medida socioeducativa de internação, da qual se determinou imediata execução.

Inconformada, a defesa do menor impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, o qual não foi conhecido por estar o réu foragido quando o remédio constitucional foi manejado em 29.11.2010.

No presente recurso, interposto em 10.12.2010, alega o Defensor Público que não teria sido intimado pessoalmente da data da sessão do julgamento do *habeas corpus* e do acórdão ali proferido. Assim, requer a declaração da nulidade do acórdão, determinando-se que seja feito novo julgamento, com a prévia intimação pessoal da Defensoria Pública.

Solicitadas informações ao Tribunal de Origem e ao Juízo de 1º grau, o Desembargador Ronaldo Marques Valle informou (e-fls. 109-111) por meio de ofício datado de 19.10.2011, que os pedidos feitos pela Defensoria Pública, na referida ação mandamental, tinham como fundamento o suposto

constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, em sua liberdade de locomoção, porquanto lhe foi aplicada medida socioeducativa de internação na sentença, onde se determinou a execução imediata da medida, independente do trânsito em julgado. No julgamento do *writ*, a ordem não foi conhecida à unanimidade, pois o paciente havia empreendido fuga da unidade de custódia, antes mesmo da impetração. O juízo da primeira instância informou por e-mail em 17.10.2012 que foi aplicada ao paciente “a medida socioeducativa prevista no art. 12, VI, do ECA (*internação*), no dia 28.6.2010, e que referido procedimento foi encaminhado ao Tribunal em grau de recurso no dia 9.11.2010”.

Encaminhados os autos ao Ministério Público Federal, o Subprocurador-Geral da República Durval Tadeu Guimarães manifestou-se às e-fls. 89-91 pelo não provimento do recurso, conforme ementa a seguir:

Recurso ordinário. *Habeas corpus*. ECA. Não intimação do defensor público acerca da sessão de julgamento. Não provimento.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) (Relatora): Nas razões do presente recurso, alega-se que o Defensor Público não teria sido intimado pessoalmente da data da sessão do julgamento do *habeas corpus* e do acórdão ali proferido, que não conheceu do *writ*.

O presente recurso ordinário não merece conhecimento, uma vez que manifestamente incabível.

Conforme dispõe o art. 105, II, **a**, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar recurso ordinário de *habeas corpus* “decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória”.

No caso, a ordem impetrada na origem não foi conhecida, razão por que incabível o presente recurso. Ademais, a análise meritória daquele remédio constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça resultaria em indevida supressão de instância. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

Processual Civil. Recurso em *habeas corpus*. Art. 150, II, **a**, da Constituição Federal. Impugnação de decisão monocrática. Imprescindibilidade de exaurimento das vias recursais. Dívida de natureza alimentar. Súmula n. 309-STJ. Dilação probatória. Inadequação da via eleita.

1. Nos termos do art. 105, inciso II, alínea **a**, da Carta Maior, revela-se cabível e adequado o recurso ordinário para impugnar decisão denegatória de *habeas corpus*, quando prolatada esta, em última ou única instância, por órgão colegiado de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, razão pela qual, não se faz sequer merecedor de conhecimento o recurso ordinário constitucional interposto contra decisão monocrática de Relator (Precedentes: RHC n. 25.201-RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe de 30.3.2009; RHC n. 23.364-MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 15.6.2009; e RHC n. 19.517-MG, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 29.8.2006).

2. A teor da Súmula n. 309-STJ, é legítima a prisão civil do devedor de alimentos, quando fundamentada na falta de pagamento de prestações vencidas nos três meses anteriores à propositura da execução, ou daquelas vencidas no decorrer do referido processo.

3. O remédio heróico, por possuir cognição sumária, não comporta a aprofundada análise de material fático-probatório.

4. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento.

(RHC n. 28.351-MG, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Terceira Turma, julgado em 17.8.2010, DJe 27.8.2010).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Roubo circunstanciado consumado e tentado. Condenação lastreada em prova ilícita. *Habeas corpus* não conhecido pelo Tribunal de origem. Não cabimento do recurso ordinário. Art. 105, II, **a**, da CF. Recurso não conhecido.

1. Conforme estipulado pelo art. 105, II, **a**, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar recurso ordinário de “*habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória”.

2. In casu, a ordem impetrada na origem não foi conhecida, razão por que incabível o presente recurso. Ademais, a análise pelo Superior Tribunal de Justiça resultaria em indevida supressão de instância.

3. Recurso não conhecido (STJ RHC n. 29.598-RS. Rel. Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. DJe 21.9.2011).

De outra parte, não há irregularidade decorrente da ausência de intimação do Defensor Público para a sessão de julgamento do *habeas corpus* impetrado no Tribunal *a quo*, visto que se trata de processo que, ante a urgência de sua análise, dispensa sua inclusão em pauta e, conseqüentemente, a intimação do defensor,

ainda que integrante do quadro da Defensoria Pública, a menos que tenha formulado pedido nesse sentido, o que não ocorreu.

O Código de Processo Penal dispõe que “recebidas as informações, ou dispensadas, o *habeas corpus* será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte” e consta na Súmula n. 431 da Suprema Corte que “é nulo o julgamento de recurso criminal, na segunda instância, sem prévia intimação, ou publicação da pauta, *salvo em habeas-corpus*”, ficando claro que a intimação do defensor é prescindível no julgamento do *writ*, pois desnecessária sua inclusão em pauta.

Nesse sentido é a remansosa jurisprudência:

No Superior Tribunal de Justiça:

Processo Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 12 da Lei n. 6.368/1976 (antiga Lei de Tóxicos) e art. 297 do CP. *Ausência intimação do defensor público para sessão de julgamento do habeas corpus*. Nulidade. Inocorrência. Excesso de prazo. Instrução criminal encerrada. Súmula n. 52-STJ.

I - O habeas corpus, por sua própria natureza de remédio urgente, não se sujeita a ritos que possam ensejar demora em seu julgamento, dispensando-se publicação prévia em pauta nos colegiados. (Precedentes).

*II - A Súmula n. 431 do Supremo Tribunal Federal dispõe: “Nulo o julgamento de recurso criminal, na segunda instância, sem previa intimação, ou publicação da pauta, salvo em *habeas-corpus*.”*

III - Não enseja, pois, nulidade o julgamento de habeas corpus em que o defensor ou o paciente não foi intimado para seu julgamento.

IV - Encerrada a instrução criminal, já encontrando-se os autos na fase das alegações finais, fica, por ora, superado o pretenso constrangimento por excesso de prazo (cf. Súmula n. 52-STJ).

Recurso desprovido.

(RHC n. 19.566-PI, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21.6.2007, DJ 10.9.2007, p. 243).

Criminal. RHC. Homicídio qualificado. Nulidade. *Ausência de intimação pessoal do defensor acerca da sessão de julgamento do writ originário*. Não configuração. Inexistência de disposição legal ou regimental. Excesso de prazo. Instrução processual que se prolonga por quase dois anos. Demora atribuível única e exclusivamente ao estado-juiz. Ano eleitoral. Fato que não justifica o atraso no julgamento. Princípio da razoabilidade que milita em favor do paciente. Recurso parcialmente provido.

I. Por se tratar de medida urgente, o habeas corpus é julgado em mesa e independe de pauta, não havendo previsão legal ou regimental para a prévia intimação do defensor a respeito do julgamento, sendo que o impetrante deve ficar atento ao andamento da ordem. Inteligência da Súmula n. 431-STF. Precedentes.

II. Sendo certo que o julgamento de habeas corpus independe de publicação de pauta, não há que se falar em nulidade do acórdão do Tribunal de origem, tampouco que a falta de comunicação ao Defensor Público configura cerceamento de defesa.

III. Hipótese na qual o processo criminal instaurado contra o paciente tramita há quase vinte e dois meses, sendo que a prisão prolonga-se também por mais de dois anos, não havendo notícia nos autos da efetiva realização de qualquer ato processual após o interrogatório do réu.

IV. Não obstante a complexidade do feito, o atraso caracterizado no processo-crime do ora paciente não pode ser considerado razoável, sendo atribuível exclusivamente ao Estado-Juiz, não podendo o paciente suportar preso tal demora.

V. Não serve de justificativa para a demora no encerramento da instrução processual o fato de se tratar de ano eleitoral, em especial no caso dos autos, onde o acusado se encontra preso cautelarmente.

VI. O princípio da razoabilidade, que nesta Corte tem sido utilizado para afastar a existência de constrangimento ilegal em feitos complexos, no presente caso milita a favor do réu.

VII. Deve ser determinada a soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo de primeiro grau.

VIII. Recurso parcialmente provido, nos termos do voto do Relator.

(RHC n. 19.405-PI, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 10.10.2006, DJ 30.10.2006, p. 334).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Nulidade da sessão de julgamento. Ausência de intimação pessoal do defensor público. Inocorrência. Livramento condicional. Matéria não apreciada na instância anterior. Concessão da ordem de ofício.

1. É de ser afastada a suposta irregularidade decorrente da ausência de intimação do Defensor Público da sessão de julgamento do habeas corpus impetrado no Tribunal a quo, já que se trata de processo que, ante a premência de sua análise, dispensa sua inclusão em pauta e, conseqüentemente, a intimação do defensor, ainda que integrante do quadro da Defensoria Pública Estadual;

2. Quanto ao mérito do *writ*, inexequível se faz sua análise nesta Corte de Justiça, haja vista o não conhecimento do *habeas corpus* na instância anterior; todavia, esta Sexta Turma possui entendimento de que a via do *writ* é adequada

à análise da pretensão de concessão de livramento condicional, observados, por óbvio, os estreitos limites cognitivos que lhe são próprios;

3. Recurso não conhecido; ordem concedida de ofício para que o Tribunal *a quo* aprecie a matéria relativa ao pedido de livramento condicional.

(RHC n. 18.075-PI, 6ª Turma, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 26.6.2006).

Processo Penal. Recurso ordinário constitucional. Decisão recorrida. Contradita. Ausência. Pressupostos recursais. Interesse. Motivação. Inexistência.

Não há falar em nulidade à falta de publicação da pauta e intimação do defensor, porquanto o julgamento do habeas corpus prescinde de publicação em pauta e intimação, conforme dispõe o art. 664, do Código de Processo Penal e a Súmula n. 431, do STF.

Ainda que se trate de ação de porte constitucional destinada a proteger a liberdade de ir, vir e ficar, exige-se, em recurso ordinário constitucional, a demonstração do interesse recursal, qual seja, aquele pelo qual, diante da decisão recorrida, no todo ou em parte, manifesta o recorrente, de maneira motivada, seu inconformismo.

Se o recorrente não contradita a decisão que busca reformar, nada referindo a seus fundamentos, divorciada fica a petição recursal, da qual não se conhece, porque não demonstrados a motivação e o interesse recursal.

É iterativa a jurisprudência deste Tribunal quanto a ser excepcional o trancamento de ação penal, cabível apenas quando evidente, de plano, sem dilação probatória, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

Recurso não conhecido.

(RHC n. 14.475-MS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 17.12.2004).

No Supremo Tribunal Federal:

Habeas-corpus. Homicídio. Intimação pessoal de defensor público do Estado em qualquer processo e grau de jurisdição: pauta e acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

*1. Ao defensor público do Estado foi concedida a prerrogativa de ser intimado pessoalmente em qualquer processo e grau de jurisdição (artigo 128, I, da Lei Orgânica da Defensoria Pública - Lei Complementar n. 80, de 12.1.1994). **Este direito, contudo, não cria obrigação ao Poder Judiciário de proceder à intimação que a lei não prevê deva ser feita. Assim, inexistindo previsão legal para intimação ou publicação de pauta para o julgamento de "habeas-corpus" (artigos 202 do RI-STF, 192 do RI-STF, 664 do Código de Processo Penal e Súmula n. 431) não há nulidade a ser declarada quando o defensor público não é intimado pessoalmente.***

2. É nula a intimação de acórdão a defensor público de Estado pelo Diário Oficial, sem observância da norma que determina sua intimação pessoal.

3. *Habeas-corpus* conhecido e deferido, em parte, para declarar nula a certidão de trânsito em julgado do acórdão do Superior Tribunal de Justiça que julgou o *writ*, determinando-se que outra seja feita nos termos da Lei.

(HC n. 80.104-RJ, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 15.3.2002).

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. *Ausência de intimação pessoal do defensor público*. Excesso de prazo. Negativa de autoria.

1. O julgamento de Habeas Corpus prescinde de intimação prévia ou publicação de pauta (Súmula n. 431-STF).

2. Encontrando o processo na fase das alegações finais, resta superado constrangimento ilegal fundado em excesso de prazo na instrução criminal (Súmula n. 52-STJ).

3. Inviável a análise da reclamada inexistência de indícios de autoria, na medida que implicaria em aprofundado exame de matéria fático-probatória controvertida.

4. *Habeas Corpus* conhecido; pedido indeferido.

(HC n. 14.504-PI, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 5.12.2000, DJ 5.2.2001, p. 121).

Direito Processual Penal. "*Habeas corpus*". Desnecessidade de intimação do defensor público para a sessão de julgamento, pois não há inclusão do feito em pauta. Necessidade, porém, de sua intimação pessoal quanto à publicação do acórdão.

1. Diz o art. 128 da Lei Complementar n. 80, de 12.1.1994: "Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer: I - receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, contando-se-lhe em dobro todos os prazos."

2. Isso não significa, porém, que o Defensor Público também deva ser intimado pessoalmente da designação de sessão de julgamento de "*Habeas Corpus*"; pois, quanto a esta, não são intimados os próprios impetrantes, quando Advogados, nem os Defensores constituídos do paciente, nem mesmo pela Imprensa, pois, não há inclusão do feito em pauta. Essa inclusão não é exigida pela lei processual penal (art. 664 do Código de Processo Penal), nem pela Lei n. 8.038, art. 23, de 28.5.1990 (v., também, art. 202 do R.I.S.T.J.).

3. O R.I.S.T.F. igualmente a dispensa (art. 83, III).

4. Aliás, a Súmula n. 431 do S.T.F. é expressa, no sentido de que "é nulo o julgamento do recurso criminal, na segunda instância, sem prévia intimação ou publicação da pauta, salvo em Habeas Corpus".

5. Sendo assim, não tem razão o impetrante, no ponto em que sustenta que deveria ter sido intimado da designação de data para a sessão de julgamento do “Habeas Corpus”, no Superior Tribunal de Justiça.

6. Noutra parte, sim, teria razão, pois, da publicação do acórdão deveria ter sido intimado pessoalmente. Assim, o “Habeas Corpus” poderia ser deferido em parte, para se determinar ao S.T.J. que proceda à intimação pessoal do Defensor Público, que perante aquela Corte impetrara o “Habeas Corpus”, a fim de que possa interpor recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal. Sucede, porém, no caso, uma particularidade. É que na inicial o impetrante deixou claro que tomou conhecimento do resultado do julgamento, com a denegação do “writ” pelo S.T.J. Poderia, pois, dentro do prazo legal, ter interposto recurso ordinário para esta Corte e não o fez.

7. Poderia, também, é verdade, impetrar “Habeas Corpus”, perante o Supremo Tribunal Federal, substitutivo do referido recurso ordinário. Mas não para sustentar a necessidade de sua intimação pessoal, para tal fim, se, de qualquer forma, tomara conhecimento do resultado e não interpusera o recurso ordinário no prazo legal. E menos ainda para a reabertura do prazo deste, pois para seu escoamento acabou concorrendo.

8. “Habeas Corpus” indeferido.

(HC n. 80.103-RJ, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Sidney Sanches, DJU de 28.8.2000).

Em sentido contrário, há recente julgado no Supremo Tribunal Federal que reconhece ser imprescindível a “intimação pessoal do Defensor Público que oficia perante o órgão judiciário competente para o julgamento de ‘habeas corpus’”, sob pena de violação ao princípio constitucional da amplitude de defesa:

Ementa: Recurso ordinário em “habeas corpus”. Defensor público que atua perante o e. Superior Tribunal Militar. Ausência de intimação pessoal quanto à data da sessão de julgamento do “habeas corpus” impetrado pela Defensoria Pública da União em favor da ora paciente. Fato que impossibilitou o exercício, pelo defensor público que oficia perante o Superior Tribunal Militar, do direito de fazer sustentação oral em referido julgamento. Situação de injusto constrangimento ao “status libertatis” da paciente. Irrelevância de a intimação haver sido feita na pessoa do defensor público que atuou perante o Conselho Permanente de Justiça, órgão judiciário de primeiro grau. Configuração de ofensa à garantia constitucional da ampla defesa. Nulidade do julgamento. A intimação pessoal como prerrogativa processual do Defensor Público da União (LC n. 80/1994, art. 44, I). Recurso provido. - A sustentação oral - que traduz prerrogativa jurídica de essencial importância - compõe o estatuto constitucional do direito de defesa. A injusta frustração desse direito, por falta de intimação pessoal do Defensor Público que oficia perante o órgão judiciário competente para o julgamento de “habeas corpus”, afeta, em sua própria substância, o princípio constitucional da amplitude

de defesa. O cerceamento do exercício dessa prerrogativa - que constitui uma das projeções concretizadoras do direito de defesa - enseja, quando configurado, a própria invalidação do julgamento realizado pelo Tribunal, em função da carga irrecusável de prejuízo que lhe é ínsita. Precedentes do STF. - O ordenamento positivo brasileiro torna imprescindível a intimação pessoal do defensor nomeado dativamente (CPP, art. 370, § 4º, na redação dada pela Lei n. 9.271/1996) e reafirma a indispensabilidade da pessoal intimação dos Defensores Públicos em geral (LC n. 80/1994, art. 44, I; art. 89, I, e art. 128, I), inclusive a dos Defensores Públicos dos Estados-Membros (LC n. 80/1994, art. 128, I; Lei n. 1.060/1950, art. 5º, § 5º, na redação dada pela Lei n. 7.871/1989). - A exigência de intimação pessoal do Defensor Público e do Advogado dativo, notadamente em sede de persecução penal, atende a uma imposição que deriva do próprio texto da Constituição da República, no ponto em que o estatuto fundamental estabelece, em favor de qualquer acusado, o direito à plenitude de defesa em procedimento estatal que respeite as prerrogativas decorrentes da cláusula constitucional do "due process of law". Precedentes.

(RHC n. 106.561, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 21.6.2011, DJe-164 DIVULG 25.8.2011 PUBLIC 26.8.2011 EMENT VOL-02574-01 PP-00205).

Contudo, verifica-se no inteiro teor do acórdão que *os precedentes utilizados como paradigmas* (HC n. 67.556, HC n. 76.275, HC n. 81.342, HC n. 82.315, HC n. 83.847, RHC n. 85.443, HC n. 85.946, HC n. 89.190, HC n. 94.016, HC n. 97.797; RTJ 140/926, RTJ 176/1142, RTJ 177/1.231) *referem-se a situações em que não houve intimação da Defensoria Pública para sessões de julgamento em recursos em sentido estrito e apelações*, o que não é a hipótese ora tratada. No caso, tratando-se de ausência de intimação da Defensoria para sessão de julgamento do *writ*, não há que se falar em nulidade, pois não há obrigação do Poder Judiciário de proceder à intimação que a lei não prevê deva ser feita, conforme precedentes já mencionados, visto que não foi requerida tal intimação.

Poderia ser reconhecida eventual irregularidade se o defensor público comprovasse ter peticionado por sua intimação pessoal para a sessão de julgamento e esta providência não fosse tomada por desídia do Relator do feito, mas não é essa a hipótese dos autos.

Também não há que se falar em nulidade por ausência de intimação pessoal do acórdão proferido no *habeas corpus* originário. A própria recorrente alega que a "Defensoria Pública teve que requerer a retirada dos autos após ter recebido a informação pelo sistema push do TJE-PA de que o processo fora julgado" (fls. 66, e-STJ), obtendo vista dos autos em 2.12.2010 (fls. 61, e-STJ), três dias depois do julgamento, ocorrido em 29.11.2010. Logo, a intimação pessoal da

Defensoria Pública acerca do resultado do julgamento do *writ* ocorreu em 2.12.2012, não havendo nulidade a ser declarada, ainda que o conhecimento do julgamento tenha ocorrido por outro meio.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.198-GO
(2006/0261417-7)**

Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE)

Recorrente: Viviane Silva de Moraes Azevêdo

Advogado: Marly de Moraes Azevedo

Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Impetrado: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Recorrido: Estado de Goiás

Procurador: Fernando Iunes Machado e outro(s)

EMENTA

Recurso ordinário. Juiz de Direito. Convocação para atuar na Justiça Eleitoral no período de férias coletivas. Direito ao gozo dos trinta dias de férias.

1. O artigo 117, VI, do Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás dispõe que terão direito a férias individuais o Juiz que, por solicitação da Justiça Eleitoral, deixar de gozar suas férias no período próprio.

2. A Juíza de Direito impetrante possui direito à compensação dos dias de férias não usufruídos em razão da convocação para prestar

serviços na Justiça Especial, no período correspondente às férias coletivas na Justiça Estadual, sem o respectivo acréscimo de um terço, porquanto efetivamente recebido no período adequado.

3. Recurso ordinário provido, para reconhecer o direito da recorrente à compensação dos dias de férias não usufruídos, por ocasião de sua convocação pela justiça especializada, sem o acréscimo do adicional de férias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2012 (data do julgamento).

Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Relatora

DJe 8.2.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE): Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Viviane Silva de Moraes Azevêdo* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que denegou a ordem no Mandado de Segurança impetrado pela parte recorrente, assim ementado (e-STJ, fl. 60):

Mandado de segurança. Magistrado. Férias individuais. Novo período aquisitivo. Impossibilidade. Convocação Justiça Eleitoral. O fato do magistrado haver sido convocado para prestar serviço junto a Justiça Eleitoral não é obstáculo que goze e perceba o correspondente adicional das férias perante a Justiça Comum. Não lhe assiste direito a um novo período aquisitivo (férias individuais) se afastou da Justiça Comum no mesmo período. Segurança denegada.

A impetrante, juíza de direito sustenta que possui direito líquido e certo às férias individuais, em razão de haver trabalhado durante o período de férias coletivas na Justiça Eleitoral, nos termos do artigo 117, VI, do Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás e artigo 374 do Código Eleitoral.

Apresentadas as contrarrazões, alega o Estado de Goiás que o recurso é intempestivo, pois protocolado antes da intimação oficial ocorrida no Diário da Justiça, e que o recurso não pode se conhecido, pois não impugnou o motivo pela qual a segurança foi denegada (e-STJ, fls. 79-81).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (e-STJ, fl. 94):

Recurso ordinário. Juiz de Direito. Convocação para atuar na Justiça Eleitoral no período de férias coletivas. Direito ao gozo dos trinta dias de férias.

1. Inaceitável, e sequer plausível, a afirmação posta na r. decisão recorrida, quanto ao período de férias da recorrente - "efetivamente usufruído junto à Justiça Comum" (fls. 45). Pelo contrário, evidencia-se a impossibilidade de efetiva fruição das férias, por força da convocação emanada do Poder Judiciário para atuação jurisdicional especializada porém, vinculada e pertinente à mesma esfera de Poder Público. Não é razoável a proposição no sentido de que, a mesma pessoa física possa estar em exercício como juiz eleitoral e, em efetivo gozo de férias, como juiz de direito.

2. Direito à compensação dos dias de férias não gozados em face da convocação expressamente prevista na legislação federal e estadual aplicável.

3. Parecer pelo provimento do apelo, concedendo-se a segurança postulada.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) (Relatora): *A impetrante, Viviane Silva de Moraes Azevedo*, Juíza de Direito do Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Aparecida de Goiânia, impetrou Mandado de Segurança contra ato administrativo do Excelentíssimo *Presidente do Tribunal de Justiça*, o qual houve por bem indeferir seu requerimento de férias individuais para fruição em época oportuna, concernentes ao mês de julho de 2004, quando prestou serviço perante a Justiça Eleitoral, ao fundamento de que foi convocada para prestar serviços no mês de julho/2004, ainda que não tivesse sido escalada para o plantão da Justiça comum

no mesmo período, e que, no mês de julho/2004 ficou de plantão por causa da propaganda eleitoral em ano de eleição municipal e trabalhou para a justiça especializada neste mesmo período.

Para o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, o magistrado que se afasta do exercício de suas funções junto à Justiça Comum, inclusive recebendo o adicional de um terço e não tendo feito parte do plantão forense estadual, desfrutou de todos os seus direitos quanto às férias, mesmo que tenha sido convocado pela Justiça Eleitoral e exercido exclusivamente tal atividade no período em que usufruiu referidas férias. A função eleitoral somente é exercida em acúmulo com a comum e, para tanto, o juiz de direito recebe em contrapartida gratificação, que não lhe credencia a usufruir mais de um período de férias junto à Justiça Estadual.

O Ministério Público, em parecer da lavra da e. Subprocuradora-Geral da República Maria Caetana Cintra Santos, manifestou-se no sentido de que “(...) *é inaceitável, e sequer plausível, a afirmação posta na r. decisão recorrida, quanto ao período de férias da recorrente – ‘efetivamente usufruído junto à Justiça Comum’ (fls. 45). Pelo contrário, evidencia-se a impossibilidade de efetiva fruição das férias, por força da convocação emanada do Poder Judiciário para atuação jurisdicional especializada porém, vinculada e pertinente à mesma esfera de Poder Público. Não é razoável a proposição no sentido de que, a mesma pessoa física possa estar em exercício como juiz eleitoral e, em efetivo gozo de férias, como juiz de direito*”, possuindo a recorrente o direito à compensação dos dias de férias não gozados em face da convocação, sem o respectivo acréscimo de um terço, porquanto efetivamente recebido no período adequado.

A pretensão recursal merece prosperar.

O artigo 117, VI, do Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás está disposto no sentido de que terão direito à férias individuais o Juiz que, por solicitação da Justiça Eleitoral, deixar de gozar suas férias no período próprio.

Ao seu turno, o artigo 347 do Código Eleitoral assim dispõe:

Os membros dos Tribunais Eleitorais, os juizes eleitorais e os servidores públicos requisitados para os órgãos da Justiça Eleitoral, que, em virtude de suas funções nos mencionados órgãos não tiverem as férias que lhes couberem, poderão gozá-las no ano seguinte, acumuladas ou não.

De se ver, portanto, que pela legislação acima mencionada, a impetrante, *Viviane Silva de Moraes Azevedo*, juíza de Direito do Juizado da Infância e da Juventude da comarca de Aparecida de Goiânia, possui o direito à compensação dos dias de férias não usufruídos, por ocasião da convocação na justiça especializada, sem o acréscimo do adicional de férias.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da e. Subprocuradora-Geral da República, dou provimento ao recurso ordinário.

É como voto.

