



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 68.893 - DF (2016/0071025-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : JOSÉ ROBERTO ARRUDA
ADVOGADOS : NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO - RJ023532
PAULO EMILIO CATTI PRETA DE GODOY - DF013520
JOÃO FRANCISCO NETO - RJ147291
RAPHAEL DINIZ MENDES DE ARAUJO FRANCO - RJ169687
LUIZ FRANCISCO MOTA SANTIAGO FILHO - RJ196770
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. 1. OPERAÇÃO CAIXA DE PANDORA. PARCIALIDADE DO MAGISTRADO. MATÉRIA QUE DEVE SER VEICULADA EM EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. 2. CONVERSA INFORMAL CAPTADA PELO SISTEMA DE ÁUDIO. INTERVALO DE AUDIÊNCIA. MAGISTRADO E PROMOTOR. SITUAÇÃO QUE, POR SI SÓ, NÃO REVELA SUSPEIÇÃO. 3. POSTERIOR RECONSIDERAÇÃO DE DILIGÊNCIA DEFERIDA. DEMONSTRAÇÃO DE INFLUÊNCIA ADVINDA DA CONVERSA CAPTADA. 4. AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E PARIDADE DE ARMAS. PRINCÍPIOS QUE DEVEM SER PRIVILEGIADOS NO PROCESSO PENAL. 5. POSSIBILIDADE DE CONTRA-PROVA. INDÍCIOS DE MANIPULAÇÃO DAS GRAVAÇÕES. PERÍCIA QUE SE FAZ NECESSÁRIA. 6. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* PROVIDO, EM PARTE, PARA RESTABELEECER A DECISÃO QUE DEFERIU A PERÍCIA.

1. A nulidade de atos processuais em virtude da suspeição do Magistrado demanda rito processual próprio a ser inaugurado por meio da exceção de suspeição. Com efeito, nos termos do art. 100 do CPP, a oposição de exceção de suspeição possibilita ao Magistrado excepto responder à exceção, instruindo os autos com as provas que entenda necessárias para demonstrar sua imparcialidade, autorizando, ainda, a oitiva de testemunhas. Portanto, não há equívoco no acórdão recorrido, no que concerne à necessidade de se utilizar do instrumento processual correto para impugnar a parcialidade do Magistrado, haja vista não ser possível aferir, de plano, nenhuma das hipóteses do art. 254 do Código de Processo Penal. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Prudente esclarecer que a conversa entre magistrado e promotor sobre casos em andamento, por si só, não revela, em princípio, suspeição das mencionadas autoridades. Da mesma forma que os advogados são diuturnamente recebidos tanto pelo Ministério Público quanto pelos Julgadores sem que isso gere qualquer sorte de nulidade.
3. Entretanto, observa-se, no caso, que a conversa informal captada revela discussão acerca da possibilidade ou não de se realizar perícia no equipamento utilizado por Durval Barbosa, perícia que já havia sido deferida e foi objeto de reconsideração. De fato, dessume-se da situação retratada que após a conversa informal captada na sala de audiências entre magistrado e promotor, reconsiderou-se a perícia anteriormente deferida sem nenhuma fundamentação que a justificasse, a demonstrar mera influência pontual advinda da situação retratada.
4. A prudência recomenda seja privilegiada a ampla defesa na situação retratada, por meio do efetivo contraditório e da paridade de armas, consistente da possibilidade de a defesa realizar a contraprova relativa à prova trazida pela acusação. Com efeito, tendo o Ministério Público se utilizado de gravações ambientais para formular acusações, nada mais coerente que a defesa possa questioná-las, principalmente no caso dos autos, em que há indícios de manipulação.
5. Com efeito, existindo possibilidade concreta de adulteração e mesmo exclusão/substituição do aparelho de escuta/imagem, como resultado da gravação ambiental judicialmente autorizada e realizada na fase investigativa, "viola a garantia à ampla defesa a decisão que indefere pleito de realização de perícia técnica tendente a demonstrar a integralidade e higidez do material em questão" (HC 348.472/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016). Inteligência dos arts. 159, § 5º, e 400, § 1º, ambos da Lei Adjetiva Penal, combinados com os arts. 5º, LV, e 93, IX, da CF/88.
6. Recurso em *habeas corpus* provido, em parte, para restabelecer a decisão que autorizou a realização de perícia no aparelho utilizado para captação da escuta ambiental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 68.893 - DF (2016/0071025-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE : JOSÉ ROBERTO ARRUDA

ADVOGADOS : NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO - RJ023532

PAULO EMILIO CATTI PRETA DE GODOY - DF013520

JOÃO FRANCISCO NETO - RJ147291

RAPHAEL DINIZ MENDES DE ARAUJO FRANCO - RJ169687

LUIZ FRANCISCO MOTA SANTIAGO FILHO - RJ196770

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por JOSÉ ROBERTO ARRUDA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado perante a 7ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília, em virtude de investigações da denominada "Operação Caixa de Pandora". Insurge-se, entretanto, contra a quebra de imparcialidade do Magistrado, uma vez que foram captados diálogos entre juiz e promotor no intervalo de audiência, nos quais discutem sobre pedidos de perícia formulados pela defesa. Dessarte, impetrou prévio *mandamus* perante a Corte local, pugnando pela nulidade de todas as provas até então produzidas. Contudo, a ordem foi denegada, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 400/401):

HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO CAIXA DE PANDORA. ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO COM DECRETAÇÃO DE NULIDADE DOS ATOS INSTRUTÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PREVISÃO DE RITO PRÓPRIO E ADEQUADO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. COMPETÊNCIA DO CONSELHO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. Inadequado o manejo de habeas corpus para arguir a suspeição de magistrado, com conseqüente declaração de nulidade de todos os atos instrutórios, salvo em situações excepcionais onde a quebra da imparcialidade seja ostensiva de tal modo a dispensar o rito próprio da Exceção de Suspeição, cuja estrutura comporta a necessária produção probatória e o confronto dialético entre Excepto e Excipiente, providências impertinentes ao rito estreito e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sumário do writ constitucional. 2. A competência funcional para julgar a arguição de suspeição de magistrado é do Conselho Especial, nos termos do art. 8º, III, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 3. Na espécie, não se tratando de suspeição notória ou ostensiva, a demandar a dilação probatória e contraditório, o mandamus não se justifica como meio excepcional de impugnação. 4. Habeas corpus não conhecido.

No presente recurso, aponta o recorrente, num primeiro momento, ser equivocado o não conhecimento do *mandamus* pelo Tribunal de origem, uma vez que não se revela cabível a arguição de suspeição do Juiz, haja vista "o Magistrado que participou de estranho e inusitado diálogo com membros do Ministério Público" não mais exercer suas funções perante a 7ª Vara Criminal de Brasília.

Assevera, outrossim, que "não é necessário confronto dialético algum, tampouco dilação probatória para constatação do constrangimento ilegal, perceptível mercê de simples análise dos documentos acostados à impetração, que revelam, com clareza solar, a nulidade dos atos praticados pelo Magistrado". Dessarte, entende que devem ser declarados nulos todos os atos decisórios praticados pelo então Juiz Titular da 7ª Vara Criminal de Brasília, tendo em vista sua parcialidade na condução das diversas ações penais apresentadas na origem.

Pede, liminarmente, a suspensão de todas as ações penais nas quais o paciente figura como parte. No mérito, pugna pela nulidade de todos os atos praticados pelo então Juiz Titular da 7ª Vara Criminal de Brasília.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 553/555, as informações foram prestadas às e-STJ fls. 564/649 e o Ministério Público Federal manifestou-se, às e-STJ fls. 653/713, pelo não conhecimento do recurso ordinário, nos seguintes termos:

RHC. OPERAÇÃO "CAIXA DE PANDORA". ALEGAÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO. PRETENSÃO DE OBTER A NULIDADE DE TODAS AS DECISÕES E ATOS INSTRUTÓRIOS A CARGO DO JUÍZO. • Inadequação do habeas corpus para a verificação da tese de suspeição do juízo, mormente porque a defesa se valeu de laudo realizado por Assistente Técnico particular, cujas conclusões foram severamente questionadas por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

laudo técnico elaborado por Peritos Oficiais do INC – Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal. Indícios de falsa perícia. • Indícios de que a defesa deliberadamente buscou macular a atuação do magistrado para fomentar a nulidade das ações penais inauguradas contra o paciente no âmbito da "Operação Caixa de Pandora". Com acerto o TJDFT ao negar conhecimento à impetração. Questões insuscetíveis de escrutínio na via estreita do writ. • Parecer pelo não conhecimento do recurso ordinário. Acaso conhecido, por seu desprovimento. Em qualquer hipótese, necessidade da apuração de fortes indícios de infração penal praticada no interesse da defesa.

Recebi em audiência o MPDFT, nos dias 21/03 e 06.05.2016; e a defesa, nos dias 13/06, às 16h40, e 05/10/2016, às 15h30.

Houve pedido de adiamento do julgamento pela defesa, tornado sem efeito em momento subsequente.

Em memorial, o MPDFT insiste pelo não conhecimento do Recurso Ordinário, pois a Corte de origem não conheceu do Habeas Corpus. No mais, reafirma a invalidade dos laudos apresentados pela parte impetrante e a inexistência de constrangimento ilegal. Alternativamente, pede o reexame do tema pelo TJDFT. Pede, ainda, o acolhimento das sugestões do MPF.

Em memorial, o MPF discorda do adiamento postulado, formula pedido de desentranhamento de documentos e insiste na remessa de peças para investigação policial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 68.893 - DF (2016/0071025-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O TJDFT reconheceu, na hipótese, a inexistência de suspeição notória ou ostensiva do Magistrado então oficiante, capaz de justificar o reconhecimento de nulidade processual na via do *habeas corpus*. Houve, portanto, exame, de ofício, do suposto constrangimento ilegal (tema que conduz, a rigor, à denegação do *writ*).

De qualquer forma, mesmo no RHC não conhecido, admite-se o exame, de ofício, do suposto constrangimento ilegal (RHC 73.703/PE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 26/08/2016).

Conheço, portanto, do Recurso Ordinário interposto.

Passo ao exame do recurso interposto.

Em um primeiro momento, verifico que, de fato, a nulidade dos atos processuais em virtude da alegada suspeição do Magistrado de origem demanda rito processual próprio a ser inaugurado por meio da exceção de suspeição.

Com efeito, nos termos do art. 100 do Código de Processo Penal, a oposição de exceção de suspeição possibilita ao Magistrado excepto responder à exceção, instruindo os autos com as provas que entenda necessárias para demonstrar sua imparcialidade, autorizando, ainda, a oitiva de testemunhas.

Portanto, entendo que não há equívoco no acórdão recorrido, no que concerne à necessidade de se utilizar do instrumento processual correto para impugnar a parcialidade do Magistrado, haja vista não ser possível aferir, de plano, nenhuma das hipóteses do art. 254 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

A teor da jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, o habeas corpus não é o meio adequado para se perquirir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a imparcialidade de magistrado, caso a sua suspeição não reste manifestamente evidenciada nos autos, pois a análise de tal questão demandaria o revolvimento de provas, o que é vedado na via estreita do writ (Precedentes). (HC 330.012/PR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 09/11/2015)

De qualquer forma, ainda que seja relevante a tese da prejudicialidade de eventual exceção de suspeição, considerando que o Magistrado supostamente suspeito já não se encontra em exercício na 7ª Vara Criminal de Brasília, observo que a análise da nulidade apontada não poderia, efetivamente, ser examinada na via do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória. Recorde-se, no ponto, que há sérias controvérsias sobre os laudos produzidos pelas partes (defesa e Ministério Público), com acusações inclusive de manipulações e alterações.

Reitero, assim, que, nos limites da via processual eleita, não há se falar em nulidades. A *uma*, porque não restou proclamada alegada suspeição do magistrado, que já não se encontra sequer em exercício na 7ª Vara Criminal de Brasília. A *duas*, porque o motivo da suposta suspeição nasceu do diálogo narrado, que foi muito posterior ao recebimento da denúncia e aos atos processuais subsequentes, não contaminando, assim, os atos processuais praticados em momento anterior.

A propósito, trago julgado da Primeira Seção, noticiado no informativo n. 587 do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SUSPEIÇÃO POR MOTIVO SUPERVENIENTE. A autodeclaração de suspeição realizada por magistrado em virtude de motivo superveniente não importa em nulidade dos atos processuais praticados em momento anterior ao fato ensejador da suspeição. Isso porque essa declaração não gera efeitos retroativos. Precedentes citados: AgRg no AResp 763.510-SP, Segunda Turma, DJe 5/11/2015; RHC 43.787-MG, Quinta Turma, DJe 19/10/2015; RMS 33.456-PE, Segunda Turma, DJe 16/5/2011; e RHC 19.853-SC, Sexta Turma, DJe 4/8/2008. PET no REsp 1.339.313-RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. para acórdão Min. Assusete Magalhães, julgado em 13/4/2016, DJe 9/8/2016.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De qualquer maneira, sem a prova de efetivo prejuízo, não se proclama nulidade, mesmo quando qualificada de absoluta.

A propósito:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. NULIDADE DECORRENTE DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO PACIENTE PARA APRESENTAÇÃO DAS CONTRARRAZÕES DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ENDEREÇO NÃO ENCONTRADO. NOMEAÇÃO E INTIMAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal e este Superior Tribunal de Justiça não têm admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora. 2. Não obstante o argumento da ausência de intimação do paciente para apresentação das contrarrazões, a falta de informação do endereço correto e a intimação do defensor dativo, que defendeu o paciente, não gera a nulidade apontada. 3. Diante da necessidade de preservação da segurança jurídica, a mudança de patrono constituído pelo réu, por não ter sido encontrado para ser intimado, não justifica que atos há muito praticados, e que não foram oportunamente impugnados, sejam diretamente submetidos ao crivo deste Tribunal, oito anos depois, sob alegação de deficiência de defesa. 4. Nos termos do pacífico entendimento desta Corte Superior, o Processo Penal é regido pelo princípio do pas de nullité sans grief e, por consectário, o reconhecimento de nulidade, ainda que absoluta, exige a demonstração do prejuízo (CPP, art. 563). Ampla defesa preservada. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 250.201/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. IMPEDIMENTO DE DESEMBARGADOR NO JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MANIFESTAÇÃO ANTERIOR COMO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM HABEAS CORPUS EM QUE SE PRETENDIA A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO SUPORTADO PELO PACIENTE. PROCESSOS QUE VERSAVAM SOBRE TEMAS DISTINTOS E QUE NÃO AFETARAM A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. O art. 563 do Código de Processo Penal - CPP estabelece que "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízo para a acusação ou para a defesa". O entendimento sedimentado nesta Corte Superior é nesse mesmo sentido, inclusive nos casos em que se verifique a existência de nulidades absolutas, conforme precedentes de ambas as Turmas que tratam de matéria penal. O impetrante não demonstrou qual teria sido o prejuízo suportado pelo paciente no julgamento do recurso em sentido estrito, limitando-se a consignar que o constrangimento ilegal residiria no impedimento do Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho participar do julgamento do recurso em sentido estrito deduzido em favor do acusado, uma vez que já teria emitido parecer como Procurador de Justiça no julgamento de Habeas Corpus impetrado em favor do pronunciado. 2. O Superior Tribunal de Justiça - STJ já decidiu em casos anteriores que as hipóteses de impedimento tem seu rol taxativo previsto no art. 252 do CPP, não se aplicando aos casos em que o julgador não tiver se manifestado sobre as mesmas questões de fato e de direito. No caso dos autos, o habeas corpus em que o Desembargador havia se manifestado na condição de membro do Ministério Público, versava sobre o indeferimento do pedido de liberdade provisória, sendo que o tema tratado no recurso em sentido estrito é totalmente diversos, pois pretendia a reforma da sentença de pronúncia, que determinou que o paciente fosse submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri por ter atropelado e esmagado sua esposa contra um muro de pedras. Nesses casos, esta Corte Superior não tem reconhecido o alegado impedimento do Julgador diante da inexistência de comprometimento na imparcialidade do Magistrado uma vez que os julgados tratam de questões totalmente distintas. 3. Habeas corpus denegado. (HC 162.491/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016).

Contudo, embora não seja possível aferir a suspeição do Magistrado por meio do *mandamus*, igualmente não é possível fechar os olhos para a existência de gravação na qual consta diálogo informal travado na sala de audiências entre o Juiz e o órgão do Ministério Público, relativamente a pedido de perícia realizado pelas defesas dos corréus José Geraldo Maciel e Omézio Ribeiro Pontes (e-STJ fl. 435).

De plano, prudente esclarecer que a conversa entre magistrado e promotor sobre casos em andamento, por si só, não revela suspeição das mencionadas autoridades. Da mesma forma que os advogados são diuturnamente recebidos tanto pelo Ministério Público quanto pelos Julgadores sem que isso gere qualquer sorte de nulidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, observa-se, no caso, que a conversa informal captada revela diálogo acerca da possibilidade ou não de se realizar perícia no equipamento utilizado por Durval Babosa, perícia que já havia sido deferida e foi objeto de reconsideração. De fato, deduz-se da situação retratada que após a conversa informal captada na sala de audiências entre magistrado e promotor, reconsiderou-se a perícia anteriormente deferida sem nenhuma fundamentação que a justificasse, a demonstrar mera influência pontual advinda da situação retratada.

A propósito, a perícia no aparelho utilizado foi deferida, em 11/9/2014, nos seguintes termos (e-STJ fl. 201):

9. Defiro o pedido formulado nos itens "j" de fls. 1428 e 1626 (perícia complementar sobre escuta ambiental em 21.10.2009 - Laudo n. 1507/2011). Intime-se o Ministério Público para que indique assistente técnico e quesitos no prazo de 10 (dez) dias. Em seguida, abra-se vista a defesa, com a mesma finalidade, com prazo de 20. (vinte), dias. Após intemem-se os peritos oficiais para que, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentem laudo complementar por escrito. Questões sobre o aparelho utilizado e seu funcionamento deverão ser formuladas como quesitos.

Após o diálogo entre Magistrado e Ministério Público, ocorrido em 23/1/2015, a diligência foi reconsiderada, em 5/3/2015, nos seguintes termos (e-STJ fl. 284): "(i) esclareço o item 9 de fls. 2.139, para que a complementação da perícia seja feita sobre a mídia constante dos autos".

No ponto, não há controvérsia: houve diálogo informal entre o magistrado e o promotor, no intervalo da audiência, sobre a perícia anteriormente deferida pelo Juízo oficiante. Após tal diálogo, o Juiz reconsiderou, em parte, sua decisão, recusando a perícia no aparelho oficialmente utilizado, sob autorização judicial do STJ, que à época conduzia as investigações, em razão da prerrogativa de função de alguns investigados. Tal reconsideração não contou com qualquer fundamentação.

Nesse contexto, embora possa o Magistrado, como destinatário da prova, indeferir as diligências que entender irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, conforme



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dispõe o art. 400, § 1º, do Código de Processo Penal, observa-se que o caso dos autos não encontra guarida na referida norma. De fato, a prova já havia sido deferida pelo Magistrado, tendo, entretanto, sido reconsiderada, por meio do esclarecimento da diligência deferida, reduzindo, assim, sua abrangência, sem a declinação de fundamento jurídico que o justificasse.

Registro que, conforme palavras do próprio Magistrado de origem, "o contraditório pressupõe que a defesa possa manejar seus argumentos e produzir a prova a ela inerente (conf. Art. 159, § 5º, do CPP) antes de um juízo conclusivo" (e-STJ fl. 272). Dessarte, deve ser conferido à defesa o direito de produzir a prova previamente requerida e autorizada, devendo eventuais questões técnicas sobre a existência do equipamento, com a finalidade de se verificar suas características, serem resolvidas pontualmente, e não com o simples indeferimento do pleito.

De fato, a prudência recomenda seja privilegiada a ampla defesa na situação retratada, por meio do efetivo contraditório e da paridade de armas, consistente na possibilidade de a defesa realizar a contraprova relativa à prova trazida pela acusação. Com efeito, tendo o Ministério Público se utilizado de gravações ambientais para formular acusações, nada mais coerente que a defesa possa questioná-las, principalmente no caso dos autos, em que há indícios de manipulação.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. FRAUDE A LICITAÇÃO. CORRUPÇÃO PASSIVA. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA TENDENTE A VERIFICAR A INTEGRALIDADE DOS ARQUIVOS DIGITAIS OBTIDOS EM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O § 1º do artigo 400 do Código de Processo Penal confere ao magistrado a condição de destinatário final das provas, a quem cabe indeferir de forma fundamentada as providências consideradas protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, não estando obrigado a realizar todas as provas pleiteadas pelas partes. 2. Não obstante, tal discricionariedade é marcadamente regrada, cabendo às instâncias de controle, iminentes aos Estados Democráticos de Direito, rechaçar arbitrariedades por meio da avaliação dos fundamentos dos atos judiciais, o que deflui do cotejo dos artigos 1º, caput; 5º, LV e 93, IX, da Constituição Federal. 3. Existindo possibilidade concreta de adulteração e mesmo exclusão de arquivos digitais constantes das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mídias produzidas como resultado das interceptações telefônicas realizadas na fase inquisitorial, viola a garantia à ampla defesa a decisão que indefere pleito de realização de perícia técnica tendente a demonstrar a integralidade e higidez do material em questão. 4. Ordem concedida, a fim de assegurar aos pacientes o direito de realização da prova pericial pretendida pela defesa. (HC 348.472/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016)

De outra parte, anoto que a controvérsia das partes sobre os laudos apresentados é inteiramente desinfluyente para o desfecho deste recurso em *habeas corpus*. Aqui não discuto o alcance do conteúdo do diálogo travado. Na verdade, estou reconhecendo que a conversa informal realizada entre o Juiz e o representante do Ministério Público influenciou pontualmente a mudança de postura probatória do dirigente do processo, que deixou de declinar, aliás, os fundamentos de sua decisão revisora.

Assim, as diligências investigativas sugeridas pelo Ministério Público Federal, em seu parecer, deverão ser examinadas pelas instâncias ordinárias, se provocadas. Para o desfecho deste *writ*, tal querela entre as partes é, *data venia*, inteiramente desinfluyente.

De igual forma, na dicção do STF, até mesmo no caso do não conhecimento de Habeas Corpus, o órgão judicial competente deve examinar, de ofício, suposto constrangimento ilegal (HC 319.979/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 10/06/2015). Logo, nessa perspectiva, não há que se falar em desentranhamento de peças, por questões formais, mesmo porque este voto não utiliza a documentação impugnada para o desfecho do *mandamus*.

Por oportuno, registro que o fato de a prova ter sido requerida pelos corréus, José Geraldo Maciel e Omézio Ribeiro Pontes, não interfere na solução do presente recurso, uma vez que com o deferimento da perícia e intimação da defesa para formular quesitos, tem-se que a medida se incorporou ao patrimônio jurídico dos demais corréus, os quais, por certo, poderiam se valer da referida diligência.

Aliás, a prova ora restabelecida interessa a todos os corréus e às 17 (dezesete) ações penais desmembradas do procedimento único que tramitou na Corte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Especial desta instância superior. De fato, no Recurso em *Habeas Corpus* n. 74.655/DF, também de minha relatoria, pretende o recorrente José Celso Valadares Gontijo ter acesso aos equipamentos utilizados para realizar as gravações, sendo inclusive o parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

A propósito:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO PASÁRGADA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. OBSTÁCULO DE ACESSO AOS EQUIPAMENTOS QUE GRAVARAM OS VÍDEOS JUSTIFICADORES DA DENÚNCIA, QUANDO HÁ NOTÍCIAS DE QUE OS VÍDEOS FORAM EDITADOS ANTES DE ENVIO AO MPF. NECESSIDADE DE SE PERMITIR À PARTE O ACESSO À PROVA. PROTEÇÃO ESTATAL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. Parecer pelo provimento do recurso em habeas corpus.

Por relevante, transcrevo trechos do parecer:

*9. O recurso ordinário narra situação de **risco ao direito de ampla defesa** garantida ao paciente, impossibilitando a inserção nos autos de elementos de prova que poderão beneficiar a defesa. E ainda que a prova se revele desfavorável à defesa, não se pode limitar a possibilidade da parte de ter acesso a todas as informações pertinentes ao processo, inclusive equipamentos eletrônicos que foram utilizados para a produção dos vídeos que justificaram toda a persecução penal. 10. Há que se ressaltar, pois, que “a defesa tem caráter público, seja como contrariedade à acusação, seja como direito à prestação jurisdicional, assegurado, inclusive, na Constituição, além de ser *supra jus*”, não se pode considerar relativa a limitação ao direito de defender-se. E esta característica aponta para a nulidade absoluta em caso de sua inobservância. 11. **A limitação da possibilidade do réu se defender lhe coloca em uma posição ainda mais desfavorável em relação ao Estado que lhe acusa de um ato ilícito. E isso não pode ser autorizado num Estado de Direito.** 12. É preciso “assegurar às partes, nesse momento capital, o pleno gozo das garantias que o ordenamento lhes deve proporcionar, com o fito de **permitir-lhes influir no desfecho do processo**, tornando-lhes possível, ao mesmo tempo em que uma atuação eficiente na defesa de seus interesses, também - e sobretudo - uma colaboração prestada no trabalho de esclarecimento dos fatos e na **formação do material probatório a cuja luz tratará o juiz de reconstruí-los**”. 13. A possibilidade de defesa do indivíduo, no processo penal, portanto, deve ser viabilizada de forma ampla, sem cerceamentos não justificados à*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*elementos que possam contribuir com a defesa. Isso, especialmente, em razão da diferença de armas que naturalmente existe entre o réu e o Estado. 14. Segundo o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o devido processo legal, direito fundamental assegurado expressamente na Constituição brasileira, pode ser compreendido com dupla função: “(i) assegurar às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e (ii) auxiliar fundamentalmente o correto exercício da jurisdição, revestindo-se, então, de não apenas interesses particulares, mas também da qualidade de direitos públicos subjetivos, componentes da própria salvaguarda do processo, isto é, atua como fator legitimador do exercício da jurisdição”. 15. Neste quadro, de modo a assegurar às partes o exercício dos poderes processuais na sua plenitude, deve ser viabilizado o acesso às provas de que teve notícia e que entende que poderão beneficiá-la. 16. **Se há notícia de que os vídeos, que justificaram a denúncia, foram editados antes da entrega ao órgão acusador, e que o software e o hardware utilizados para esta edição estão em poder da polícia investigativa, não há razão para obstar o acesso da parte à estes elementos que poderiam autorizar a discussão da integralidade das filmagens realizadas, podendo, ou não, ser constatado fato que auxilie a defesa.** 17. A notícia que consta nos autos é de que os equipamentos utilizados para a gravação do vídeo estão em poder da polícia investigatória – parte com a polícia federal, parte com a polícia civil do Distrito Federal. Desta forma, para satisfazer o interesse da parte ré bastaria a intimação, mediante ofício, para que estes órgãos públicos dessem notícia da exata localização dos bens, e seu estado atual de conservação. 18. À parte poderia ser viabilizado o acesso a estes equipamentos, para uma perícia, de modo a revelar a real extensão dos vídeos – ainda que nenhum elemento destas provas possam favorecê-la. **O que não se pode admitir, contudo, é a denegação de pedido de acesso a equipamentos eletrônicos que estão em poder da autoridade pública, quando dizem respeito estritamente à acusação penal que é feita à parte.** 19. As justificativas anotadas na decisão aqui impugnada, por outro lado, não se sustentam. 20. O pedido de acesso aos equipamentos foi formulado no curso da instrução processual, antes da oitiva das testemunhas, momento adequado para o requerimento de prova pericial, visto que, segundo o art. 400 do CPP, as testemunhas serão ouvidas na audiência de instrução e julgamento, momento posterior à produção de provas de conteúdo material. 21. Se a perícia nos equipamentos utilizados para a gravação do vídeo houvessem sido pedidos em outra oportunidade, poderiam causar embaraço à instrução processual, mas este não é o caso dos autos. 22. O pleito foi formulado no momento exato do processo em que se teve notícia da existência dos equipamentos, em poder da autoridade pública, e antes da audiência de instrução, com a oitiva das testemunhas. 23. Até porque, no mesmo ato processual que denegou o pedido do ora*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, foram autorizadas a produção de outras provas, em resposta a pedido de outros corréus, o que revela, com mais justiça, o acerto do momento em que a prova foi requerida. 24. Parece justo, portanto, em homenagem à ampla defesa, que se viabilize o acesso às partes ao equipamento eletrônico. 25. Depois, uma nova oitiva do delator, Durval Barbosa, e demais testemunhas, para que expliquem a efetiva localização dos equipamentos parece inadequada. Os equipamentos eletrônicos foram – ou deveriam ter sido – apreendidos pela autoridade policial, quando da busca e apreensão realizada no gabinete do delator. 27. Não poderia o corréu ou outras testemunhas, portanto, ter exata ciência da localização dos equipamentos, dúvida que poderia ser sanada tão somente com o pedido de informação, formulado pelo magistrado, para a Polícia Federal e a Polícia Civil do Distrito Federal. 28. Daí a desnecessidade de nova oitiva do corréu delator e de testemunhas, para que o processo tenha condições de atingir a exigida celeridade, sem obstáculos que poderiam causar atraso à conclusão da instrução, a teor do que determina o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal. 29. A alegação de inutilidade da prova também não poderia haver sido avaliada na decisão que a indeferiu, sem que se pudesse ter o conhecimento de seu teor. 30. É certo que o Código de Processo Civil, aplicável, neste ponto, de forma supletiva ao processo penal, estabelece no parágrafo único do art. 370 que “O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. 31. Entretanto, a parte justifica o pedido na necessidade de verificar a real extensão dos vídeos gravados, que fundamentaram a denúncia contra si, na esperança de que os trechos suprimidos possam inocentá-la. A inutilidade da prova sequer pode ser verificada quando não há certeza quanto ao seu conteúdo e a impossibilidade de acesso, gerada pela decisão impugnada, não pode impor a sua caracterização como inútil. Ao contrário, há que se privilegiar a amplitude da defesa, autorizando-se o acesso da parte a todos os elementos de prova que possam auxiliá-la no curso do processo. 32. Veja-se que o que está em jogo nos autos é direito fundamental do paciente, de poder se valer de todos os meios disponíveis para o exercício de sua defesa contra a acusação da prática de crime grave. Eventuais empecilhos administrativos internos não podem ser utilizados para obstar o direito de ampla defesa. 33. Por último há que se observar que se a Polícia Civil ou a Polícia Federal não mais conseguirem localizar o equipamento (de propriedade de empresa locadora) tal fato será informado ao Juiz e a prova não se produzirá (ad impossibilia nemo tenetur), devendo o Juiz levar tal circunstância em consideração para firmar sua convicção íntima.

Dessa forma, não se pode descurar que a prova produzida nos autos não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, viabilizando-se, assim, o exercício da ampla defesa, por meio da efetiva possibilidade de a defesa refutar a tese acusatória. Assim, deve se franquear à defesa seu legítimo direito de produção probatória, em observância à garantia da paridade de armas, corolário da ampla defesa e do contraditório, constitucionalmente garantidos.

Recorde-se, por fim, que, segundo o representante do MPF oficiante nesta Sessão de julgamento, o próprio CNMP, ao apreciar representações apresentadas contra Membros do MPDFT, considerou indispensável a realização de perícias técnicas, produzindo, inclusive, laudos administrativos Logo, se tal trabalho técnico foi considerado necessário na esfera administrativa, é evidente que, na esfera judiciária penal, torna-se indispensável.

Ante o exposto, **dou provimento, em parte**, ao recurso, para restabelecer a decisão que autorizou a realização de perícia no aparelho utilizado para captação da escuta ambiental.

Registro, por fim, que o pedido de adiamento inicialmente ofertado ficou superado por manifestação posterior.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0071025-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 68.893 / DF**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006554420168070000 20130111220655 20130111223743 20130111881633
20140110517534 20140110517776 20140110518102 20140110518465
20140110518560 20140110518658 20140110518682 20140110518713
20140110518826 20140110519154 20160020006558 20160020006558RED
6554420168070000

EM MESA

JULGADO: 20/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSÉ ROBERTO ARRUDA
ADVOGADOS : NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO - RJ023532
PAULO EMILIO CATA PRETA DE GODOY - DF013520
JOÃO FRANCISCO NETO - RJ147291
RAPHAEL DINIZ MENDES DE ARAUJO FRANCO - RJ169687
LUIZ FRANCISCO MOTA SANTIAGO FILHO - RJ196770
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Ação Penal - Nulidade - Suspeição

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO (P/RECTE) E
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator dando parcial provimento ao recurso, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer."

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 68.893 - DF (2016/0071025-0)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso em **habeas corpus** interposto por JOSÉ ROBERTO ARRUDA em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

O feito foi substancialmente relatado pelo em. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca** em seu voto, no qual deu parcial provimento ao recurso em **habeas corpus** para "*restabelecer a decisão que autorizou a realização da perícia no aparelho utilizado para captação de escuta ambiental*".

Após conclusão dos autos em decorrência do meu pedido de vista, foi protocolizada petição pelo Recorrido, fato que ensejou nova remessa dos autos ao em. Ministro Relator.

Em decisão proferida em 17/11/2016, o em. Ministro Relator determinou desentranhamento dos autos da peça processual, conclusos novamente os autos em 30/11/2016 em decorrência do pedido de vista por mim feito na data de julgamento.

Inicialmente, registra-se que os pedidos realizados nos autos do presente Recurso em **Habeas Corpus** estão diretamente interligados com aqueles formulados nos autos do RHC n. 74.655/DF.

In casu, o em. Ministro Relator proferiu voto dando-se parcial provimento ao recurso para restabelecer a decisão proferida pelo Juízo de Primeiro Grau que outrora deferira o pedido de realização de perícia no aparelho utilizado para captação da escuta ambiental.

O em. Ministro Relator considerou inidônea a fundamentação na decisão de retratação proferida pelo Juízo de Direito, que assim procedeu após diálogo informal travado com o membro do Ministério Público ocorrido em audiência.

Efetivamente, em espécie, tem-se a necessidade de restabelecimento da decisão anteriormente proferida, considerando não apenas a conversa informal comprovada nos autos, mas principalmente a garantia de amplitude de defesa considerando existir, a princípio, possibilidade de realização da mencionada prova, que fora, inclusive, outrora deferida nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos.

Conforme exposto em meu voto-vista proferido no RHC 74.655/DF, entendo prudente a realização da prova pericial pretendida nos autos, de modo a extirpar qualquer dúvida acerca de sua legalidade.

Registro, por oportuno, que, a ocasional situação de inviabilidade técnica ou perecimento do objeto a ser periciado, não gera, *de per si*, nulidade processual, competindo ao douto magistrado de primeiro grau avaliar as peculiaridades das provas produzidas nos autos para formação de sua convicção.

Ante o exposto, **acompanho o voto do em. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, para dar parcial provimento ao recurso.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0071025-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 68.893 / DF**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006554420168070000 20130111220655 20130111223743 20130111881633
20140110517534 20140110517776 20140110518102 20140110518465
20140110518560 20140110518658 20140110518682 20140110518713
20140110518826 20140110519154 20160020006558 20160020006558RED
6554420168070000

EM MESA

JULGADO: 06/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSÉ ROBERTO ARRUDA
ADVOGADOS : NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO - RJ023532
PAULO EMILIO CATA PRETA DE GODOY - DF013520
JOÃO FRANCISCO NETO - RJ147291
RAPHAEL DINIZ MENDES DE ARAUJO FRANCO - RJ169687
LUIZ FRANCISCO MOTA SANTIAGO FILHO - RJ196770
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Ação Penal - Nulidade - Suspeição

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE NA SESSÃO DE 20/10/2016: DR. NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO (P/RECTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.