

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 149.250 - SP (2009/0192565-8)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : ANDREI ZENKNER SCHMIDT E OUTROS
ADVOGADO : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : DANIEL VALENTE DANTAS
EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO SATIAGRAHA. PARTICIPAÇÃO IRREGULAR, INDIVIDOSAMENTE COMPROVADA, DE DEZENAS DE FUNCIONÁRIOS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) E DE EX-SERVIDOR DO SNI, EM INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELA POLÍCIA FEDERAL. MANIFESTO ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR-SE A ATUAÇÃO EFETIVADA COMO HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA, CAPAZ DE PERMITIR COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRECEITO LEGAL AUTORIZANDO-A. PATENTE A OCORRÊNCIA DE INTROMISSÃO ESTATAL, ABUSIVA E ILEGAL NA ESFERA DA VIDA PRIVADA, NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÕES DA HONRA, DA IMAGEM E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDEVIDA OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA, PORQUANTO COLHIDA EM DESCONFORMIDADE COM PRECEITO LEGAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. AS NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, E DEMONSTRADAS À EXAUSTÃO, CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL. INFRINGÊNCIA A DIVERSOS DISPOSITIVOS DE LEI. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPARCIALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INQUESTIONAVELMENTE CARACTERIZADA. A AUTORIDADE DO JUIZ ESTÁ DIRETAMENTE LIGADA À SUA INDEPENDÊNCIA AO JULGAR E À IMPARCIALIDADE. UMA DECISÃO JUDICIAL NÃO PODE SER DITADA POR CRITÉRIOS SUBJETIVOS, NORTEADA PELO ABUSO DE PODER OU DISTANCIADA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ESSAS EXIGÊNCIAS DECORREM DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO. NULIDADE DOS PROCEDIMENTOS QUE SE IMPÕE, ANULANDO-SE, DESDE O INÍCIO, A AÇÃO PENAL.

Superior Tribunal de Justiça

1.Uma análise detida dos 11 (onze) volumes que compõem o HC demonstra que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, cabalmente, a participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado responsável pela chefia da Operação Satiagraha.

2. Não há se falar em compartilhamento de dados entre a ABIN e a Polícia Federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99.

3. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual, como nos ensina a Profª. Ada Pellegrini Grinover, *in "Nulidades no Processo Penal"*, "o direito à prova está limitado, na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da Constituição."

4. No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalescem, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arreio da lei.

5. Insta assinalar, por oportuno, que o juiz deve estrita fidelidade à lei penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade. Ele não deve, jamais, perder de vista a importância da democracia e do Estado Democrático de Direito.

6. Portanto, inexistem dúvidas de que tais provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante entendimento já cristalizado pela doutrina pacífica e lastreado na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais.

7. Pelo exposto, concedo a ordem para anular, todas as provas produzidas, em especial a dos procedimentos nº 2007.61.81.010208-7

Superior Tribunal de Justiça

(monitoramento telefônico), nº 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telefônico), e nº 2008.61.81.008291-3 (ação controlada), e dos demais correlatos, anulando também, desde o início, a ação penal, na mesma esteira do bem elaborado parecer exarado pela douta Procuradoria da República.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, em conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Gilson Dipp e Ministra Laurita Vaz, que denegavam a ordem.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Gilson Dipp.
SUSTENTOU ORALMENTE NA SESSÃO DE 01/03/2011: DR. ANDREI ZENKNER SCHMIDT (P/ PACTE)

Brasília (DF), 07 de junho de 2011 (Data do Julgamento).

Ministro Jorge Mussi
Presidente

Ministro Adilson Vieira Macabu (desembargador Convocado do Tj/rj)
Relator

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 149.250 - SP (2009/0192565-8)

IMPETRANTE : ANDREI ZENKNER SCHMIDT E OUTROS
ADVOGADO : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : DANIEL VALENTE DANTAS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

ANDREI ZENKNER SCHMIDT E OUTROS impetram *habeas corpus* em favor de DANIEL VALENTE DANTAS contra acórdão proferido pela 5^a Turma do Eg. Tribunal Regional Federal da 3^a Região, assim ementado, *verbis*:

"HABEAS CORPUS - PENAL E PROCESSO PENAL - PARTICIPAÇÃO DE SERVIDORES DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) EM INQUÉRITO CONDUZIDO PELA POLÍCIA FEDERAL - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITuíDA - LEI 9.883/99 QUE PERMITE COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA - NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL NÃO CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL - ORDEM DENEGADA.

1. Os impetrantes não instruíram o "writ" com elementos de prova suficientes para que esta Corte, neste passo, emita juízo de valor sobre a participação, ou não, de servidores vinculados à Agência Brasileira de Informação (ABIN) nos procedimentos investigatórios, relacionados com a denominada "Operação Satagrahá". E mesmo que, por hipótese, se prestassem a permitir uma conclusão positiva, tais documentos não esclarecem em que medida se deu essa participação, a ponto de autorizar, já neste momento, um exame da sua legalidade.

2. A autoridade impetrada nega a participação de agentes da ABIN na persecução penal nº 2008.61.81.008291-3, amparando-se, inclusive, em declaração da própria autoridade policial que presidiu as investigações que culminaram na denúncia formulada pelo Ministério Público Federal. À mingua de quaisquer outros elementos de convicção, robustos o suficiente para provar o contrário, é medida de rigor prestigiar as informações apresentadas pela autoridade impetrada, pois é aquela que se encontra em contato mais direto com os fatos.

3. No que diz respeito aos demais procedimentos investigatórios verifica-se que, em relação a eles, também não foram apresentados a

Superior Tribunal de Justiça

esta Corte, elementos de convicção suficientes o bastante para que seja avaliada a participação e eventual ilegalidade dessa atividade, por parte dos agentes da ABIN. A impetração não indica um único fato específico, concreto, no qual houve a participação de agentes da ABIN. As informações prestadas pela autoridade impetrada indicam que, se houve participação de agentes da ABIN nos demais procedimentos investigatórios que integram a operação em apreço, esta deu-se de forma secundária, incapaz de justificar qualquer alegação de nulidade de prova, especialmente porque ausente demonstração concreta de prejuízo, conforme se viu do trecho das informações já transcritas nesta decisão. Há que se ter em mente que é premissa básica do processo penal a regra segundo a qual não se declara nenhuma nulidade sem a demonstração do prejuízo. O artigo 563 do Código de Processo Penal é firme nesse sentido.

4. Não há prova acerca de um prejuízo concreto experimentado pelo paciente, pelo fato de servidores da Agência Brasileira de Informação, hipoteticamente, terem conhecido do conteúdo de conversas telefônicas interceptadas. É certo que esse fato pode até vir a gerar a responsabilização funcional daquela autoridade que eventualmente violou o seu dever de sigilo, contudo, tal violação, não possui o condão de macular a prova como um todo.

5. A Lei 9.883/99 – que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência – indica a possibilidade de órgãos componentes do aludido sistema, compartilharem informações e dados relativos a situações nas quais haja interesse do estado brasileiro. Tanto a Polícia Federal como a ABIN, integram o Sistema Brasileiro de Inteligência, como se infere dos incisos III e IV do artigo 4º do Decreto nº 4.376/02, que regulamenta a Lei 9.883/99.

6. O compartilhamento de dados e informações sigilosos entre os órgãos encarregados da persecução penal e outros órgãos integrantes do Estado, não é novidade. Basta lembrar que, ordinariamente, IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), Receita Federal, INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), BACEN (Banco Central do Brasil) e CVM (Comissão de Valores Mobiliários), os quais cita-se apenas a título de exemplo, compartilham dados com a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, visando o aprofundamento das apurações criminais, e isso nunca causou perplexidade ou surpresa.

7. Eventuais nulidades da fase pré-processual não possuem o condão de contaminar a ação penal. O Código de Processo Penal consagra a

Superior Tribunal de Justiça

dispensabilidade do Inquérito Policial (artigo 39, § 5º), o que, também, corrobora o raciocínio de que eventuais nulidades verificadas naquele âmbito não contaminam a ação penal, que lhe é posterior e ontologicamente distinta.

8. Ordem denegada." (fls. 2.703/2.705 - vol. 11)

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática do crime de corrupção ativa, como incursão no art. 333, *caput*, combinado com o art. 29, *caput*, ambos do Código Penal.

Em longo arrazoado, os impetrantes alegam, em síntese, que:

a) a Operação Satiagraha é resultado de uma investigação criminal oficiosa, realizada à margem de inquérito policial, que foi, indevidamente, substituído pela atuação clandestina da Agência Brasileira de Inteligência - ABIN e de investigador particular, contratado pelo Delegado Protógenes Queiroz - responsável pela operação;

a.1) aponta-se violação aos arts. 144, § 1º, IV, da Constituição Federal e 4º, do Código de Processo Penal, aduzindo que, embora a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN tenha levado a efeito, por pessoas a seu serviço, monitoramentos telefônico e telemático em desfavor do ora paciente, no período compreendido entre fevereiro de 2007 e o início de 2008, o Departamento de Polícia Federal só instaurou o inquérito em 25.06.08;

b) clandestinidade e ilegalidade da investigação comprovadas mediante:

b.1) a "informalidade" tanto na solicitação quanto na execução das atividades realizadas pela ABIN;

b.2) o custeio clandestino da operação realizado pela ABIN, mediante a utilização, inclusive, das chamadas VS - "verbas secretas";

b.3) a manipulação, pela ABIN, de arquivos de áudio e de e-mail acobertados pelo sigilo;

b.4) a interceptação e análise de e-mails trocados entre a área jurídica do Banco Opportunity, indicando monitoramento, pela ABIN, das ações de seus advogados;

b.5) o acesso ilegal, pela ABIN, aos dados dos HDs do Banco Opportunity, acobertados por sigilo;

Superior Tribunal de Justiça

b.6) o acesso ilegal, pela ABIN, ao Sistema Guardião, mediante senhas disponibilizadas por policiais federais;

b.7) a prática, pela ABIN, de atos de vigilância típicos de Polícia Judiciária;

b.8) a realização de diligências (fotografias e filmagens) camoufladas em torno da vida privada dos investigados, inclusive mediante a utilização de veículo técnico da ABIN.

c) a intromissão estatal abusiva e ilegal na esfera da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem, proscrita submissão do paciente à condição de 'objeto' das investigações, violando, assim, o Princípio da Dignidade Humana, bem como a obtenção de prova ilícita, em virtude de tal prova ter sido obtida em contrariedade à previsão legal.

Sustentam os impetrantes violação aos arts. 1º, III, e 5º, X, XII, LVI, ambos da Magna Carta e 157, do Código de Processo Penal.

Asseveram, também, que existe vedação ao compartilhamento de informações, entre a ABIN e a Polícia Federal, salvo se os dados forem endereçados, diretamente, à sua Diretoria de Inteligência Policial, nos termos do art. 6º, da Lei nº 9.883/99 e do art. 4º, III e IV, do Decreto nº 4376/02, o que não teria ocorrido, *in casu*.

Por fim, requerem "*a concessão da ordem de habeas corpus, a culminar com a decretação da nulidade dos Procedimentos nº 2007.61.81.010208-7 (monitoramento telefônico), 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telemático) e 2008.61.81.008291-3 (ação controlada), sobre os quais inequivocadamente se projetaram as comprovadas ilegalidades, a fim de que, ulteriormente, se possa avaliar a derivação da nulidade a investigações e/ou ações penais decorrentes de tais procedimentos.*" (fls. 66 - vol. 01)

Foram opostos embargos de declaração contra o acórdão ora impugnado, que restaram rejeitados, nos termos do acórdão às fls. 2.717/2.718 - vol. 11.

Como não houve pedido de liminar, o Exmo. Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, quando Relator do presente feito, solicitou informações à autoridade apontada como coatora e, posteriormente, deferiu vista ao Ministério Público (fl. 2.679 - vol. 11).

Superior Tribunal de Justiça

No seu parecer, às fls. 2.728/2.733 - vol. 11, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, " *ex officio, para que seja expedida ordem, com força para anular, desde o início, a ação penal declinada nesta manifestação. Se tida como incabível a concessão da ordem de habeas corpus, nos moldes propostos, espero, como agente do Ministério Público, o seu deferimento para que seja anulado o acórdão em que o Tribunal Federal Regional da Terceira Região, através de sua Quinta Turma, indeferiu a súplica originária, para que em seu lugar outro seja proferido, com análise e consideração, pelos seus integrantes, dos documentos que se recusaram a apreciar naquela oportunidade.*"

Vieram-me os autos à conclusão, por atribuição, após ter sido convocado para integrar esta eg. 5ª Turma, em 17.12.10.

Em 24.02.11 foi juntada aos autos, petição requerendo preferência no julgamento.

É, no essencial, o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 149.250 - SP (2009/0192565-8)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : ANDREI ZENKER SCHMIDT E OUTROS
ADVOGADO : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : DANIEL VALENTE DANTAS
EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO SATIAGRAHA. PARTICIPAÇÃO IRREGULAR, INDIVIDOSAMENTE COMPROVADA, DE DEZENAS DE FUNCIONÁRIOS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) E DE EX-SERVIDOR DO SNI, EM INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELA POLÍCIA FEDERAL. MANIFESTO ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR-SE A ATUAÇÃO EFETIVADA COMO HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA, CAPAZ DE PERMITIR COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRECEITO LEGAL AUTORIZANDO-A. PATENTE A OCORRÊNCIA DE INTROMISSÃO ESTATAL, ABUSIVA E ILEGAL NA ESFERA DA VIDA PRIVADA, NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÕES DA HONRA, DA IMAGEM E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDEVIDA OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA, PORQUANTO COLHIDA EM DESCONFORMIDADE COM PRECEITO LEGAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. AS NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, E DEMONSTRADAS À EXAUSTÃO, CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL. INFRINGÊNCIA A DIVERSOS DISPOSITIVOS DE LEI. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPARCIALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INQUESTIONAVELMENTE CARACTERIZADA. A AUTORIDADE DO JUIZ ESTÁ DIRETAMENTE LIGADA À SUA INDEPENDÊNCIA AO JULGAR E À IMPARCIALIDADE. UMA DECISÃO JUDICIAL NÃO PODE SER DITADA POR CRITÉRIOS SUBJETIVOS, NORTEADA PELO ABUSO DE PODER OU DISTANCIADA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ESSAS EXIGÊNCIAS DECORREM DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO. NULIDADE DOS PROCEDIMENTOS QUE SE IMPÕE, ANULANDO-SE, DESDE O INÍCIO, A AÇÃO PENAL.

Superior Tribunal de Justiça

1. Uma análise detida dos 11 (onze) volumes que compõem o HC demonstra que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, cabalmente, a participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado responsável pela chefia da Operação Satiagraha.

2. Não há se falar em compartilhamento de dados entre a ABIN e a Polícia Federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99.

3. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual, como nos ensina a Profª Ada Pellegrini Grinover, *in "Nulidades no Processo Penal"*, "o direito à prova está limitado, na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da Constituição."

4. No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalescem, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arreio da lei.

5. Insta assinalar, por oportuno, que o juiz deve estrita fidelidade à lei penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade. Ele não deve, jamais, perder de vista a importância da democracia e do Estado Democrático de Direito.

6. Portanto, inexistem dúvidas de que tais provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante entendimento já cristalizado pela doutrina pacífica e lastreado na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais.

7. Pelo exposto, concedo a ordem para anular, todas as provas produzidas, em especial a dos procedimentos nº 2007.61.81.010208-7

Superior Tribunal de Justiça

(monitoramento telefônico), nº 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telefônico), e nº 2008.61.81.008291-3 (ação controlada), e dos demais correlatos, anulando também, desde o início, a ação penal, na mesma esteira do bem elaborado parecer exarado pela douta Procuradoria da República.



Superior Tribunal de Justiça

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) (Relator):

Cuidam os autos de procedimentos adotados pela Polícia Federal durante a colheita de provas da conhecida Operação Satiagraha.

É fato público e notório que se trata de uma operação que investigou possíveis crimes de desvio de verbas públicas, corrupção e lavagem de dinheiro, desencadeada em princípios de 2004 e que resultou na prisão - posteriormente revogada, determinada pela 6ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, de vários banqueiros, diretores de banco e investidores, em 8 de julho de 2008, dentre eles DANIEL VALENTE DANTAS, o ora paciente.

Os impetrantes visam, basicamente, com este *habeas corpus*, a nulidade dos procedimentos de monitoramento telefônico, telemático e ação controlada que resultaram em ação penal instaurada contra o paciente, ao argumento que eles decorreriam de provas ilícitas.

Como dito alhures, sustentam, em apertada síntese, que, no caso concreto, resta cabalmente demonstrada a atuação clandestina e ilegal da ABIN - AGÊNCIA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA e de um investigador particular - que teria sido contratado pelo então Delegado responsável pelas investigações da Operação Satiagraha, realizando vários atos típicos de Polícia Judiciária, que resultaram num conjunto de provas ilícitas, em flagrante violação a diversos dispositivos legais.

Asseveram que "*a atuação da ABIN está a serviço exclusivo dos interesses da Presidência da República - e não de outro Poder, órgão ou funcionário da administração pública. De modo algum, portanto, pode-se compreender que suas atribuições englobem a prática de atos típicos de Polícia Judiciária, seja porque (a) ausente previsão legal nesse sentido, seja porque (b) o destinatário de suas atividades (o Presidente da República) é absolutamente diverso do destinatário de qualquer investigação criminal (Ministério Público)*" (STJ fls. 19 - vol. 01) (grifos no original)

Aduzem, ainda, que as consequências processuais dessa alegada atuação clandestina e ilegal da ABIN e do investigador particular redundam na nulidade da investigação criminal que resultou em ação penal e inquérito policial, em trâmite perante a 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo, vez que as provas carreadas aos já mencionados processos estariam contaminadas pela ilicitude, quando de sua colheita.

Superior Tribunal de Justiça

Concluem que a eg. 5^a Turma do Tribunal Federal Regional da 3^a Região, ao deixar de reconhecer a atuação da ABIN e de investigador particular na investigação criminal, contrariou os arts. 1º, III, 5º, X, XII, LVI, 144, § 1º, IV, todos da Constituição Federal, bem como os arts. 4º e 157, ambos do Código de Processo Penal.

Com razão os impetrantes.

No caso concreto, o Tribunal *a quo* denegou a ordem pretendida, afirmando, em brevíssima síntese, que: (i) os impetrantes não comprovaram a participação da ABIN nas investigações, (ii) que é perfeitamente aceitável o compartilhamento de dados entre órgãos do Sistema Brasileiro de Inteligência e (iii) que as nulidades porventura declaradas na fase pré-processual não têm o condão de contaminar a futura ação. Assim está ementada a decisão:

"HABEAS CORPUS" - PENAL E PROCESSO PENAL - PARTICIPAÇÃO DE SERVIDORES DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) EM INQUÉRITO CONDUZIDO PELA POLÍCIA FEDERAL - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - LEI 9.883/99 QUE PERMITE COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA - NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL NÃO CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL - ORDEM DENEGADA.

1. Os impetrantes não instruíram o "writ" com elementos de prova suficientes para que esta Corte, neste passo, emita juízo de valor sobre a participação, ou não, de servidores vinculados à Agência Brasileira de Informação (ABIN) nos procedimentos investigatórios, relacionados com a denominada "Operação Satyagraha". E mesmo que, por hipótese, se prestassem a permitir uma conclusão positiva, tais documentos não esclarecem em que medida se deu essa participação, a ponto de autorizar, já neste momento, um exame da sua legalidade.

2. A autoridade impetrada nega a participação de agentes da ABIN na persecução penal nº 2008.61.81.008291-3, amparando-se, inclusive, em declaração da própria autoridade policial que presidiu as investigações que culminaram na denúncia formulada pelo Ministério Público Federal. À mingua de quaisquer outros elementos de convicção, robustos o suficiente para provar o contrário, é medida de rigor prestigiar as informações apresentadas pela autoridade impetrada, pois é aquela que se encontra em contato mais direto com os fatos.

3. No que diz respeito aos demais procedimentos investigatórios

Superior Tribunal de Justiça

verifica-se que, em relação a eles, também não foram apresentados a esta Corte, elementos de convicção suficientes o bastante para que seja avaliada a participação e eventual ilegalidade dessa atividade, por parte dos agentes da ABIN. A impetração não indica um único fato específico, concreto, no qual houve a participação de agentes da ABIN. As informações prestadas pela autoridade impetrada indicam que, se houve participação de agentes da ABIN nos demais procedimentos investigatórios que integram a operação em apreço, esta deu-se de forma secundária, incapaz de justificar qualquer alegação de nulidade de prova, especialmente porque ausente demonstração concreta de prejuízo, conforme se viu do trecho das informações já transcritas nesta decisão. Há que se ter em mente que é premissa básica do processo penal a regra segundo a qual não se declara nenhuma nulidade sem a demonstração do prejuízo. O artigo 563 do Código de Processo Penal é firme nesse sentido.

4. Não há prova acerca de um prejuízo concreto experimentado pelo paciente, pelo fato de servidores da Agência Brasileira de Informação, hipoteticamente, terem conhecido do conteúdo de conversas telefônicas interceptadas. É certo que esse fato pode até vir a gerar a responsabilização funcional daquela autoridade que eventualmente violou o seu dever de sigilo, contudo, tal violação, não possui o condão de macular a prova como um todo.

5. A Lei 9.883/99 – que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência – indica a possibilidade de órgãos componentes do aludido sistema, compartilharem informações e dados relativos a situações nas quais haja interesse do estado brasileiro. Tanto a Polícia Federal como a ABIN, integram o Sistema Brasileiro de Inteligência, como se infere dos incisos III e IV do artigo 4º do Decreto nº 4.376/02, que regulamenta a Lei 9.883/99.

6. O compartilhamento de dados e informações sigilosas entre os órgãos encarregados da persecução penal e outros órgãos integrantes do Estado, não é novidade. Basta lembrar que, ordinariamente, IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), Receita Federal, INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), BACEN (Banco Central do Brasil) e CVM (Comissão de Valores Mobiliários), os quais cita-se apenas a título de exemplo, compartilham dados com a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, visando o aprofundamento das apurações criminais, e isso nunca causou perplexidade ou surpresa.

7. Eventuais nulidades da fase pré-processual não possuem o condão de

Superior Tribunal de Justiça

contaminar a ação penal. O Código de Processo Penal consagra a dispensabilidade do Inquérito Policial (artigo 39, § 5º), o que, também, robra o raciocínio de que eventuais nulidades verificadas naquele âmbito não contaminam a ação penal, que lhe é posterior e ontologicamente distinta.

8. *Ordem denegada.*" (fls. 2.703/2.705 - vol. 11) (publicada em 28/05/2009)

Contra essa decisão foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados, ante os termos do acórdão acostado às fls. 2.712/2.715 - vol. 11.

Peço vênia para transcrever trecho do acórdão dos declaratórios, que julgo de extrema importância para o deslinde da controvérsia, *verbis*:

"...omissis...

Irretocáveis as razões expostas por Sua Excelência.

Cumpre ainda ressaltar o entendimento pacífico desta Egrégia Turma no sentido de que cabe aos impetrantes promover a correta e suficiente instrução do pedido de "habeas corpus", o qual, em virtude do seu rito especialíssimo e célere, não comporta dilação probatória.

Em outras palavras, o pedido de "writ" deve vir acompanhado de prova pré-constituída suficiente para o seu julgamento. Não se justifica o adiamento do exame de um pedido de "habeas corpus", - a prestação da tutela jurisdicional relativa a bem jurídico tão precioso - em virtude de documentos apresentados na última hora, especialmente quando não há prova capaz de comprovar que os interessados somente os obtiveram naquela data.

Aliás, deve ficar registrado que o zeloso Juiz Federal Convocado, Dr. Hélio Egydio de Matos Nogueira, diligenciou no sentido de examinar o teor das informações contidas na mídia (DVD) juntada aos autos.

Mesmo após tentativas frustradas de acesso ao conteúdo da mídia em questão, no seu próprio gabinete de trabalho, o Juiz Federal Convocado encaminhou o documento aos cuidados do Departamento de Informática desta Corte, que, após novas tentativas infrutíferas, certificou a existência de um defeito no disco juntado aos autos, o que impedía o conhecimento do seu conteúdo.

Dante de um quadro como o acima desenhado, outra solução não se apresentava, senão o indeferimento do pedido de adiamento do julgamento do "writ".

Ademais, nada impede que os impetrantes ajuízem um novo pedido de

Superior Tribunal de Justiça

"*habeas corpus*" junto a esta Corte, cuidando agora de promover a correta instrução do "writ", ônus que indiscutivelmente lhes cabe.

O que não se pode admitir é que a prestação da tutela jurisdicional reste obstada por força de documentos trazidos aos autos na última hora, especialmente nas circunstâncias acima apontadas, em que a mídia apresentada pela defesa possuía um defeito impeditivo do seu acesso.

Plena de acerto a postura adotada pelo Ilustre Juiz Federal Convocado, Hélio Egydio de Matos Nogueira, que, no voto que serviu de paradigma para o acórdão lavrado na ocasião, deixou expresso o quanto segue: "(...) No que diz respeito à volumosa documentação apresentada pelos impetrantes a este Relator na manhã do dia de hoje - disco de mídia com imagens dos autos do inquérito policial em curso na 7ª Vara Federal Criminal de São Paulo - observo não ser possível que a prestação da tutela jurisdicional, que deve ser especialmente célere no caso do *Habeas Corpus*, seja protelada pela juntada de novos documentos, cabendo salientar que o suposto constrangimento ilegal que estaria sofrendo o paciente deveria ser demonstrado por prova pré-constituída no momento da impetração. Nesta senda, confira-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: 'O *habeas corpus*, como writ constitucional que é, não rende ensejo à dilação probatória, razão pela qual exige, para seu conhecimento, prova pré-constituída do fundamento da impetração' (STJ - 6ªT - HC 7.277 - Rel. Fernando Gonçalves - j. 21.05.1998 - DJU de 08.06.1998, p. 180).

No mesmo sentido: STJ - 5ªT - HC 25.700 - Rel. José Arnaldo da Fonseca - j. 17.06.2003 - DJU de 25.08.2003, p. 336. Aliás, ressalto que o disco de mídia apresentado pelos impetrantes sequer pôde ser aberto para que este Relator pudesse examinar o seu conteúdo. Tanto os computadores do gabinete, quanto aqueles do departamento de informática desta Corte, não conseguiram acessar as imagens ali contidas. Pois bem. Os impetrantes deveriam ter trazido a esta Corte, em tempo hábil, a documentação em apreço, de modo a permitir, inclusive, a manifestação da Procuradoria Regional da República.

E não há elemento de convicção apto a indicar que essa prova foi obtida pelos impetrantes somente agora, de modo a justificar a apresentação de última hora. Contudo, nada impede que os impetrantes apresentem nova impetração com os documentos acima mencionados, ocasião na qual esta Egrégia Turma examinará de forma adequada e detida a pretensão porventura

manifestada. A par disso, na augusta via do "writ" não seria possível o exame vertical da prova produzida em inquérito policial que apura

Superior Tribunal de Justiça

supostos delitos perpetrados pela autoridade policial na condução dos procedimentos criminais atinentes à denominada "Operação Satiagraha", até porque o referido inquérito sequer foi concluído. Neste sentido, incabível, nesta sede, a análise aprofundada da documentação nova colacionada pelos impetrantes, que demandaria pesquisa probatória ampla e cotejamento de elementos de convicção para que comprovasse a existência de manifesta nulidade do processo, tal como exigido pelo artigo 648, VI, CPP (...) (fl. 6231 vº). (publicado em 26/03/2009)

Rejeito, portanto, a linha de argumentação apresentada pelo embargante a esse respeito. Não procede a alegação de nulidade do acórdão por força do não adiamento do julgamento do "writ".

Data maxima venia, feita uma análise acurada dos autos, diga-se de passagem, dos 11 volumes que compõem o caso, é possível verificar que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, cabalmente - a meu ver, a participação indevida e flagrantemente ilegal da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado Protógenes Queiroz.

Dentre o farto material acostado aos autos, podemos destacar alguns documentos:

- cópia do Ofício enviado pelo Dr. Daniel Lorenz de Azevedo (então Diretor de Inteligência Policial da Polícia Federal) encaminhando ao Dr. Amaro Vieira Ferreira (também delegado da Polícia Federal e responsável pelo Inquérito Policial nº 2-4447/2008, que apurava possível violação de sigilo profissional no decorrer da Operação Satiagraha) cópias de 3 (três) recibos em nome de Francisco Ambrósio do Nascimento, localizados no bojo da prestação de contas do processo nº 08200.001332/2008-22, o qual tem como suprido o DPF Protógenes Pinheiro de Queiroz, ex- coordenador da Operação Satiagraha - fls. 1.460 v/1.462, vol. 6 dos autos.

- ofício enviado pelo delegado Dr. Glorivan Bernardes de Oliveira ao Dr. Amaro Vieira Ferreira , confirmando que o Sr. Márcio Seltz - servidor da ABIN, esteve no Complexo Administrativo Sudoeste, local para onde foi transferido o efetivo da Operação Satiagraha - fls. 1.408-v/1.409, vol. 6 dos autos.

- carta enviada pelo Dr. Paulo Fernando da Costa Lacerda ao Dep. Nelson Pellegrino - Relator da CPI das Escutas Telefônicas Clandestinas, comprovando a participação de agentes da ABIN na Operação Satiagraha - fls. 2.210/2.224 - vol. 9.

- ofício prestando informações, enviado pelo Dr. Amaro Vieira Ferreira ao Procurador da República Dr. Roberto Antônio Dassiê Diana, em

Superior Tribunal de Justiça

12/03/09, no qual se lê: "nessa linha investigativa verificou-se que servidores da Agência Brasileira de Inteligência - ABIN e um ex-servidor, por iniciativa do Delegado Protógenes Queiroz, sem autorização judicial e sem qualquer formalização, foram introduzidos ocultamente nos trabalhos da operação Satiagraha, tomaram conhecimento de dados que estavam sob sigilo, e, seguindo comando daquela autoridade e de outros servidores a ela subordinados, realizaram trabalhos de vigilância, acompanhamento de alvos, registros fotográficos, filmagens, gravações ambientais, análise de documentos igualmente sigilosos, geraram relatórios e produziram transcrições a partir da audição de gravações de conversações telefônicas interceptadas pelo sistema guardião, em situação que ultrapassa qualquer limite de entendimento de que fosse simples atuação pontual com troca de dados de inteligência entre órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Inteligência - SISBIN, cuja razão de existir e finalidade de atuação, diferem diametralmente daquelas correspondentes à Polícia Judiciária da União." (fls. 2.274 - vol. 09)

- às fls. 2.342/2.385-v, vol.10 dos autos, encontra-se o relatório oriundo do inquérito policial, instaurado em 24/07/08 e relatado em 07/04/09, no qual o Delegado Amaro Vieira Ferreira apresenta, detalhadamente, ao Ministério Público Federal o resultado das investigações que confirmam a participação indevida da ABIN e de investigador particular na Operação Satiagraha. Trata-se de um longo relatório, mas peço vénia para transcrever 2 trechos que me parecem relevantíssimos para o desfecho dessa decisão.

No que tange à participação de investigador particular, contratado pelo Dr. Protógenes Queiroz, o relatório consigna, expressamente, que:

"...omissis..."

A participação de terceiro é confirmada pelo depoimento de FRANCISCO AMBRÓSIO DO NASCIMENTO (fls. 795/808), aposentado, ex-servidor da ABIN, que relata as circunstâncias de seu chamamento para execução de trabalhos de interesse da operação, confirmando que tivera acesso a informações sigilosas do bojo da operação." (fls. 2.365 - vol 10)

Por sua vez, no verso da fl. 2.383, destaca-se, verbis:

"...omissis..."

Desse modo, conclui-se que, restou evidenciado desrespeito ao disposto no artigo 8º e consequente infração ao disposto na segunda parte, do artigo 10, da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, uma vez que em relação a atuação dos servidores da ABIN, constatou-se

Superior Tribunal de Justiça

completo desvio de finalidade, tendo ocorrido para aqueles servidores, que assim atuaram, repasse de dados que estavam sob segredo de justiça em procedimento judicial de interceptação de comunicações telefônicas, autorizada especificamente para fazer prova em investigação criminal e em instrução processual penal, conforme dispõe o artigo 1º da Lei 9.296/96, que regulamentou o inciso XII, parte final, do artigo 5º, da Constituição Federal, situação que determinou o indiciamento dos policiais WALTER GUERRA SILVA (fls. 2124/21270, ROBERTO CARLOS DA ROCHA (fls. 2215/2218) e EDUARDO GARCIA (fls. 2630/2634), além do delegado PROTÓGENES QUEIROZ (fls. 2630/2634), por infração ao disposto na segunda parte, do artigo 10, da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, sendo eles individualmente qualificados e interrogados, de modo geral se recusaram a responder aos questionamentos, optando pelo direito de fazê-lo somente na justiça" (grifos no original)

A meu sentir, é bastante razoável que a defesa do paciente tenha apresentado documentos novos - praticamente na data do julgamento dos declaratórios, os quais não me parece ter sido possível obter antes, haja vista que se encontrava em curso a investigação que culminou com o indiciamento do Delegado Protógenes Queiroz, como se depreende, por exemplo, da verificação da data em que foi relatado o resultado da investigação, qual seja, 07/04/09, poucos dias após o julgamento dos Ed's.

Ademais, como muito bem colocado pelo *Parquet*, em seu parecer à fl. 273 dos autos, não se pode considerar protelatório o requerimento do maior interessado no julgamento do *writ*, qual seja, o paciente:

"...omissis..."

9. Pois bem: se o habeas corpus busca uma ordem proveitosa a um indiciado ou a um sujeito processual, que ao ver do imetrante sufre ou acha-se na iminência de suportar os efeitos de um constrangimento ilegal, parece-me extreme de dúvida que a presteza do julgamento respeita, primordialmente, a ele e ao paciente, aos quais, por isso, assiste o direito de buscar seu adiamento, para que o julgador ou os julgadores considerem documentos que se afiguram relevantes para a motivação da decisão, ainda que possam, no sopesamento das provas, proclamar a sua desvalia.

10. Logo, tenho que, se corretamente compreendida, a regra invocada pelo eminentíssimo relator, para denegar o pretendido adiamento, só autorizaria a conclusão a que chegou o v. acórdão vergastado, se o

Superior Tribunal de Justiça

alongamento do prazo (i) fosse prejudicial ao acusado, ou (ii) pudesse comprometer o exercício da pretensão punitiva, pelo possível pronunciamento, em detrimento do Ministério Pùblico, de prescrição prestes a consumar-se.

11. A ilegalidade, aqui identificada, agrava-se pela circunstância de terem os imprentantes esclarecido, à origem, que pretendiam, com a documentação apresentada na data do julgamento, evidenciar a ativa participação da Agência Brasileira de Inteligência - ABIN -, nas investigações que se projetaram sobre o paciente, como, aliás, testifica o v. acórdão que rejeitou os embargos de declaração, manejados logo após a denegação do habeas corpus originário."

Feitas essas considerações, passo à análise do mérito do presente writ.

O art. 144 da Constituição Federal enumera e fixa a atribuição dos órgãos responsáveis pelas atividades de segurança pública:

" 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares."

Em seu § 1º, inciso IV, o mesmo dispositivo legal consigna que as atribuições da Polícia Judiciária, no âmbito da União, cabem exclusivamente à Polícia Federal e, na esfera dos Estados, devem ser exercidas pela Polícia Civil, ressalvada a competência da Polícia Militar (§ 4º), *verbis*:

"Art. 144 -

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: ...omissis...

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. ...omissis...

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira,

Superior Tribunal de Justiça

incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares."

Dentro desse contexto, delimitado pela Constituição Federal, entendo que a atividade investigatória deve ater-se aos ditames fixados. Apenas em casos excepcionalíssimos e desde que preenchidos os requisitos legais do art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, permitir-se-á que essa atividade seja exercida por órgão diverso da Polícia Judiciária.

Por outro lado, a Lei nº 9.883/99 instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência "que integra as ações de planejamento e execução das atividades de inteligência do País, com a finalidade de fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional" (art. 1º) e criou a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, como órgão central de tal sistema, fixando suas atribuições, claramente descritas em seu art. 4º, a saber:

Art. 4º À ABIN, além do que lhe prescreve o artigo anterior, compete:

- I - planejar e executar ações, inclusive sigilosas, relativas à obtenção e análise de dados para a produção de conhecimentos destinados a assessorar o Presidente da República;*
- II - planejar e executar a proteção de conhecimentos sensíveis, relativos aos interesses e à segurança do Estado e da sociedade;*
- III - avaliar as ameaças, internas e externas, à ordem constitucional;*
- IV - promover o desenvolvimento de recursos humanos e da doutrina de inteligência, e realizar estudos e pesquisas para o exercício e aprimoramento da atividade de inteligência." (grifei)*

Da simples leitura dos acima mencionados dispositivos legais, pode-se concluir que a atuação da ABIN se limita às atividades de inteligência que tenham como finalidade precípua e única fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional.

E mais. Não há qualquer possibilidade de se caracterizar a participação da ABIN e de ex-servidor do SNI com o intuito de "mero compartilhamento de informações", como consignado no acórdão vergastado, especialmente, porque o próprio acórdão é categórico ao afirmar que esse compartilhamento de informações de dados é admitido em casos excepcionais "a situações nas quais haja interesse do estado brasileiro.", conforme simples

Superior Tribunal de Justiça

leitura da ementa no item nº 5.

Sendo público e notório que o presente *writ* teve origem em processos investigatórios de possíveis delitos de desvio de verbas públicas, corrupção e branqueamento de capitais, como dizem os portugueses, indaga-se: onde reside o interesse nacional na apuração de tais crimes?

Vivemos em um Estado Democrático de Direito regido por um conjunto de leis que disciplinam e estabelecem os comportamentos permitidos ou proibidos, visando como finalidade principal a tranquilidade pública e garantindo a convivência harmônica dos mais variados grupos sociais. Dentro desse conjunto de normas, destaca-se o Princípio da Legalidade, consagrado em nossa Constituição no art. 5º, inciso II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Alexandre Rezende da Silva, em artigo intitulado "Princípio da Legalidade", publicado em agosto de 2002, no sítio eletrônico *Jus Navigandi*, nos ensina que: "*o Princípio da Legalidade é a expressão maior do Estado Democrático de Direito, a garantia vital de que a sociedade não está presa às vontades particulares, pessoais, daquele que governa. Seus efeitos e importância são bastante visíveis no ordenamento jurídico, bem como na vida social. O Devido Processo Legal e a Reserva Legal são os seus mais importantes desdobramentos. É na Administração Pública que se percebe o quanto é importante este princípio, posto que é aí que o Estado se faz sentir mais diretamente junto aos cidadãos. Trata-se do princípio maior do nosso sistema legal, que, como o sistema que é, tem vários princípios norteadores, os quais atingem tanto a aplicação do Direito como a sua elaboração.*"

Segundo o renomado jurista Luis Roberto Barroso, *in* Princípio da Legalidade, Delegações Legislativas, Poder Regulamentar, Repartição Constitucional das Competências Legislativas, artigo extraído do site Infojus, - www.infojus.com.br: "*O Estado de Direito, desde suas origens históricas, envolve associado ao princípio da legalidade, ao primado da lei, idealmente concebida como expressão da vontade geral institucionalizada*".

"Neste sentido, na busca de uma efetiva vida em sociedade é preciso que cada função do Poder respeite o limite das outras funções, sob pena de uma quebra do equilíbrio das funções públicas que é essencial para a existência do denominado Estado Democrático de Direito.

Por força destas premissas, que no decorrer dos anos têm se mostrado verdadeiras, se uma pessoa comete um ilícito, civil, penal, administrativo,

Superior Tribunal de Justiça

tributário, ou qualquer outro, somente poderá ser processada e julgada pelo Poder Judiciário, onde deverão ser assegurados a ampla defesa e o contraditório com todos os recursos a eles inerentes.

A observância dos princípios processuais não significa a busca da impunidade e nem mesmo um incentivo à criminalidade. Se o Estado estiver devidamente aparelhado este conseguirá por meio de procedimentos lícitos produzir as provas necessárias que possam demonstrar a culpabilidade de um acusado, ainda que o crime praticado pelo infrator possa causar repulsa aos seus semelhantes em razão de preceitos éticos ou morais.

A partir do momento em que existe a quebra de todos as garantias estabelecidas na Constituição Federal pode-se afirmar que o Estado de Direito também está sendo fragilizado, uma vez que as Instituições perdem o seu sentido e a promoção da Justiça é transferida para terceiras pessoas, o que fere o princípio da imparcialidade e do devido processo legal.

A liberdade de informação é um direito do cidadão, mas esta liberdade não pode e não deve ultrapassar os limites que também foram estabelecidos no texto constitucional, como o respeito a dignidade da pessoa humana, a integridade física, a preservação da vida, a preservação da imagem, entre outros direitos fundamentais que se encontram enumerados no artigo 5º, da Constituição Federal, e também nos instrumentos internacionais que foram subscritos pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica.

A busca ou mesmo a transmissão de uma informação não pode e não deve ser confundida com uma execração pública, ou mesmo como a realização de julgamentos antecipados, com a imposição de penas que não são provenientes do Poder Judiciário, órgão competente para processar e julgar uma pessoa na República Federativa do Brasil.

...omissis...

Todos crimes devem ser reprimidos pelo Estado na busca da manutenção e preservação da ordem pública e da paz social, mas isto não significa que o Estado possa fazer justiça com as próprias mãos. Os acusados ainda que tenham praticado crimes considerados hediondos devem ser processados e julgados em conformidade com a Lei, que é o instrumento escolhido pela sociedade para a resolução dos conflitos sociais.

...omissis...

Os postulados ora apresentados fazem parte daquilo que as

Superior Tribunal de Justiça

pessoas muitas vezes até mesmo sem ter o pleno conhecimento ou o alcance do significado costumam chamar de Estado Democrático de Direito. Nesta espécie de Estado, o principal mandamento é a Lei, a qual deve ser cumprida e respeitada.

O devido processo legal não se confunde com a impunidade, e todos os infratores devem ser condenados, mas as pessoas independentemente do crime praticado possuem o direito líquido e certo de se defenderem, o que não significa que ao final de um processo se provado a autoria e materialidade do ilícito, as pessoas ficarão livres do cumprimento de uma pena.

Apesar de todas essas considerações, se a sociedade chegar a conclusão que os princípios estabelecidos na Constituição Federal não possuem eficácia, e que estes princípios não devem mais ser observados e respeitados é preciso então que a Justiça, a Liberdade, a Democracia, sejam abandonadas e que se proceda a um retrocesso no tempo e no espaço e se volte a promover a Justiça na sociedade com o emprego das próprias mãos, tendo como base o princípio do olho por olho, dente por dente.

Uma análise imparcial dos fatos leva à conclusão que na realidade o que precisa ser feito é um aprimoramento do sistema, seja na função executiva, legislativa, ou judiciária, uma vez que a sociedade somente pode conviver em paz e em harmonia, buscando a realização dos objetivos coletivos e individuais, e até mesmo nacionais, quando tem como base a Lei e também um sistema jurídico.

...omissis...

Assim funciona o Estado Democrático de Direito que foi o sistema escolhido pelo legislador constituinte originário quando da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, no dia 5 de outubro de 1988. Somente no Estado de Direito é que permite esse tipo de discussão, pois fora do império da lei não existe democracia, e também não existe liberdade, e ainda não existe devido processo legal. Pode-se afirmar que a Justiça pelas próprias mãos causa muito mais mal e muito mais sofrimentos do que a observância dos preceitos processuais que foram estabelecidos quando da promulgação da vigente Constituição Federal. (ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues, disponível na internet www.ibccrim.org.br, 14.08.2006.)."

Ora, se uma lei determina, expressamente, frise-se bem, as funções e o *modus operandi* da ABIN, não é aceitável que tais limitações sejam extrapoladas, ainda mais, porque o rol de funções disposto na Lei não permite uma interpretação elástica e em desconformidade com o espírito do legislador.

Superior Tribunal de Justiça

Não se pode admitir que em um Estado Democrático de Direito, à margem da lei e de vários Princípios consagrados, como o da legalidade, do devido processo legal e da impessoalidade, se corrobore com o direcionamento e, por que não dizer, com o complô, de uma investigação criminal que ultrapassou todos os limites legais, tornando-se, ouso dizer, uma querela pessoal para incriminar determinada pessoa, valendo-se, para tanto, do uso efetivo de agentes da ABIN e até de um ex-servidor do finado SNI, por parte da autoridade administrativa, em indvidoso e inaceitável desvio de poder, maculando todo e qualquer ato administrativo ou investigativo praticado.

E mais. O Delegado Protógenes Queiroz, encarregado de chefiar as investigações da Operação Satiagraha, até por dever de ofício, deveria atuar nos estritos limites da legislação vigente e dentro dos Princípios já mencionados, especialmente, o da Impessoalidade. Aliás e a propósito, valiosa a lição de José dos Santos Carvalho Filho, *in Processo Administrativo Federal*, 3ª Edição, Ed. Lumen Juris:

"... omissis..."

Em relação ao processo administrativo, é certo que, embora nem sempre haja litígio a ser solvido, há interesses e direitos dos administrados a serem resguardados, de modo que não é de menor relevância a situação de equidistância exigida do administrador em relação aos interessados. Em outras palavras, o administrador deve situar-se em condição jurídica de nível tal que possa transmitir confiança aos administrados para enfrentar as questões e os pedidos a seu cargo, sem que sua atuação desperte suspeitas e desconfianças por parte daqueles que precisam socorrer-se do processo administrativo.

Se o administrador não tem imparcialidade para conduzir e decidir processos administrativos é porque favorece ou prejudica o interessado, conduta totalmente antagônica ao objetivo que lhe deve nortear a atividade, ou seja, o interesse público.

Vício dessa ordem revela claro desvio de poder, conduta ilegal que deve ser corrigida na via administrativa ou judicial." (grifei)

Sobre o mesmo tema trago, ainda, transcrição da obra "*O controle dos Atos Administrativos*", de Juarez Freitas, 4ª Edição, 2009, Editora Malheiros, p. 82, perfeitamente adequada à situação em análise:

"... omissis..."

Segundo o princípio em tela, a Administração Pública precisa dispensar tratamento isonômico a todos, sem privilégios espúrios,

Superior Tribunal de Justiça

tampouco manobras persecutórias, sequer as movidas por supostas boas intenções. Intenta-se a instauração, a cima de sinuosos personalismos, do governo dos princípios e dos objetivos fundamentais, em lugar do idiosincrático império 'emotivista' dos projetos de cunho fúcsico, antagônicos, por definição, à filosofia da boa administração. "

Não foi por motivo diverso que o douto Procurador da República, que opinou nos autos, asseverou de forma categórica:

"... omissis..."

13. Sim, porque como órgão central do Sistema Brasileiro de Inteligência (Lei nº 9883, de 1999, art. 3º, caput), a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN - não deve, sob nenhum pretexto, atuar além de sua competência institucional, que se encerra: (i) no conhecimento e na execução de ações, sigilosas ou não, destinadas à colheita e à análise de informes, que vierem a ser considerados necessários ou úteis ao assessoramento da Presidência da República; (ii) no planejamento, na execução e na proteção de conhecimentos sensíveis, relativos à segurança do Estado e da sociedade; (iii) na avaliação de ameaças, internas e externas, à ordem constitucional; e (iv) na formação e desenvolvimento de recursos humanos, na elaboração de uma doutrina de inteligência e na realização de estudos em ordem a aprimorá-la (Lei nº 9883, de 1999), art. 4º, caput, I a IV)

14. À natureza exauriente desse elenco de atribuições, cabe agregar o óbice ao compartilhamento dos dados, coligidos em razão do seu exercício, que só pode ser removido pelo Chefe do Gabinete Institucional da Presidência da República, em benefício das autoridades dotadas de poderes para solicitá-los, que, mesmo assim, comprometem-se com a guarda do sigilo legalmente imposto, pena da tríplice responsabilidade administrativa, civil e criminal (Lei nº 9893, de 1999, art. 9º, caput, e §§ 1º e 2º).

...omissis..."

16. Remarque-se: uma coisa é a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN - representar ao Departamento de Polícia Federal, sugerindo que as autoridades, nele lotadas, cuidem de desvendar um fato de que os seus agentes vieram a tomar conhecimento; outra, bem diferente, é ocultar pessoas a seu serviço em investigações em curso, com o fito de propiciar a prática, por elas, de atos reservados a agentes policiais, a

Superior Tribunal de Justiça

"exemplo da manipulação e da análise de diálogos captados por eficiência de interceptações telefônicas, como ocorreu no caso vertente" (fls. 2.731/2.733 - vol. 11) (grifos nos original)

Por todas essas considerações, parece-me que está claramente demonstrado que: (i) não é função da ABIN investigar possíveis crimes que não tenham qualquer conexão com assuntos de interesse nacional, como no caso concreto e (ii) é inadmissível a participação de um investigador particular contratado diretamente pelo Delegado encarregado de chefiar a operação e pago com dinheiro público, o que nos leva a uma única e possível conclusão: a ABIN extrapolou suas funções ao participar das investigações da Operação Satiagraha.

Apenas a título informativo, a investigação instaurada para averiguar os excessos cometidos pelo Delegado responsável pela operação, resultou, pelo Juízo da eg. 7ª Vara Criminal de São Paulo, nos autos nº 0011893-69.2008.4.03.61681, na sua condenação pela prática dos crimes de violação de sigilo funcional e fraude processual, arts. 325, § 2º, e 347, c/c arts. 69 e 71, todos do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 11 (onze) meses, sendo 2 (dois) anos de detenção, a ser cumprida em regime prisional aberto, ficando substituída pelas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e proibição de exercício de mandato eletivo, cargo, função ou atividade pública, conforme assinalado acima, e pena pecuniária de 52 (cinquenta e dois) dias-multa, no valor unitário de um salário mínimo, corrigida monetariamente a partir do trânsito em julgado da sentença. Além do já exposto, a perda do cargo público ocupado pelo acusado no Departamento de Polícia Federal, nos termos do art. 92, I, do Código Penal, bem como o pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de reparação dos danos morais causados à coletividade.

Ressalto que o processo acima se encontra em grau de recurso no e. STF, tendo sido distribuído à em. Ministra Ellen Gracie, em fevereiro do corrente ano.

Por estas razões, tenho que todas as provas colhidas por agentes da ABIN e pelo investigador particular contratado indevidamente, no curso da operação, são ilícitas.

Podemos definir prova ilícita como sendo aquela obtida com violação de regra ou princípio constitucional.

Em relação às provas ilícitas, nosso ordenamento jurídico adotou o sistema da inadmissibilidade das obtidas por meios ilícitos, ou seja, toda e qualquer

Superior Tribunal de Justiça

prova nessa situação não poderia, em tese, 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, freqüentemente 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. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 43.)

Uma vez reconhecida a ilicitude das provas colhidas, necessário verificar os desdobramentos daí advindos.

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 constitucionalidade, toda a 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 nº 11.690/08, admite a adoção da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, ressalvando 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 em. 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. 5., 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

Superior Tribunal de Justiça

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 21.750, 24.11.93, 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 69912 segundo / RS, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 16/12/1993 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 25-03-1994 PP-06012, EMENT VOL-01738-01 PP-00112 RTJ VOL-00155-02 PP-00508)

Nesse mesmo sentido, cita-se brilhante precedente da lavra da i. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, *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

Superior Tribunal de Justiça

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 100.879/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 08/09/2008) (grifei)

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. "PRIVILÉGIO 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 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRINCIPIO "NEMO TENETUR SE DETEGERE". POSITIVAÇÃO NO ROL PETRIFICADO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ART. 5.º, 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 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). 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 SILENCIO 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

Superior Tribunal de Justiça

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.

...omissis...

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 advira-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 201.819/RS, 2.ª 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 107.285/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 07/02/2011) (grifei)

Assim, não há outro caminho a não ser a descontaminação da investigação, expurgando dos autos todos os elementos colhidos em desconformidade com a lei.

Em decorrência dos desmandos e abusos praticados, as provas obtidas por meios ilícitos, circunstância plenamente evidenciada, não podem mais figurar nos autos do processo, sendo certo que a Constituição de 88 as repudiou, na dicção contida em seu art. 5º, LVI, ao estatuir como cláusula pétreia o princípio de que "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*".

Portanto, estamos diante de garantia que integra o postulado do devido processo legal, que exige, na apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria, a observância da forma legalmente prescrita na norma jurídica.

A propósito, cabe transcrever o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, ao assinalar, no RHC 90376-3-RJ, Documento: 1040837 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 05/09/2011

Superior Tribunal de Justiça

Segunda Turma, Julgado em 03/04/07:

"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 diapasão já posicionou-se Ada Pellegrini Grinover, *in "Nulidades no Processo Penal"*, 9^a Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 145-146, ao enfatizar que o direito à prova está limitado, na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da Constituição.

Seguindo idêntico prisma é o magistério da insigne professora ao discorrer em sua obra "Liberdades Públicas e Processo Penal – As interceptações telefônicas. Saraiva. 1976, pág.189, quando assinala *"a inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem o direito da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes ou fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil"*.

Acompanhando a linha do pensamento de ADA PELLEGRINI GRINOVER, o Supremo Tribunal Federal, julgando o *habeas corpus* 90.376-2, em brilhante voto da lavra do e. Ministro Celso de Mello, assim decidiu:

"Prova penal. BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVII) – ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) – INADMISSIBILIDADE – BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDATO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO – IMPOSSIBILIDADE (...) GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO

Superior Tribunal de Justiça

CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL (...) PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA (...) PORQUE IMPREGNADA DE ILICITUDE ORIGINÁRIA. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - 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.

- A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 59, VI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º.), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of Law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore

Superior Tribunal de Justiça

envenenada") repudia, por inconstitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito da repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional. (...) Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatório a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos".

Não foi outro o sentido dado pela Lei 11.690/08, que traduziu, de forma expressa, o mandamento constitucional que ordena o desentranhamento das provas obtidas por meios ilícitos, estabelecendo no art. 157, do Código de Processo Penal, a seguinte redação:

"São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

Gostaria de registrar, antes de finalizar o voto, que não se trata de mais um caso rumoroso que ficou impune. Não! Na realidade, os eventuais delitos cometidos pelo ora paciente podem e devem ser investigados e, se comprovados, julgados, desde que observados SEMPRE E EM QUALQUER CASO, a legalidade dos métodos empregados na busca da verdade real, respeitando-se o Estado Democrático de Direito e os Princípios da Legalidade, da Impessoalidade e do Devido Processo Legal.

No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalescem, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arrepião da lei.

Insta assinalar, por oportuno, que o juiz deve estrita fidelidade à lei

Superior Tribunal de Justiça

penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade.

Num estado de direito efetivo e verdadeiro, o magistrado deve julgar sem paixões e em absoluta sintonia com a estrutura normativa existente, mesmo porque não lhe cabe legislar, mas apenas aplicar as regras elaboradas por outro poder, o legislativo, que na sistemática adotada pela nossa Constituição Federal, no seu art. 2º, também goza de independência, consoante a lição advinda do princípio da separação de poderes.

Ora, se todos são iguais perante a lei, em consonância com o princípio da isonomia insculpido no art. 5º da Lei Maior, não se pode aceitar que uma investigação manipulada, realizada *a latere*, discriminatória em sua essência e inspirada em interesses ilegítimos, tais como motivações políticas e eleitoreiras, possa gerar consequências desastrosas, atingindo a liberdade das pessoas e as garantias processuais, independentemente de quem esteja sendo processado e da natureza da infração penal atribuída ao paciente.

Assim, no caso em exame, indubidoso que as investigações efetivadas pela ABIN, fora de suas atribuições legais elencadas e limitadas, expressamente, no art. 4º, da Lei 9.883/99, em verdadeira usurpação de suas funções e com indisfarçável desvio de poder, na medida em que foi contratado um ex-agente do SNI para realizar atos próprios da polícia judiciária e, o que é mais grave, pago com verbas secretas, ou seja, dinheiro público, sem previsão legal para tanto, constituem uma das mais graves violações ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, inexistem dúvidas de que as referidas provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante já demonstrado acima pela doutrina pacífica e lastreada na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais.

À evidência, não há como embasar uma denúncia ou a formação do convencimento do juiz para uma prestação jurisdicional revestida da indispensável imparcialidade inerente a todos que exercem, com grandeza e dignidade, a nobre missão de julgar, sem subjetivismos ou tendências ideológicas que não condizem com o verdadeiro sentimento de justiça.

Jamais presenciei, eminentes Ministros, ao defrontar-me com um processo, tamanho descalabro e desrespeito a normas constitucionais

Superior Tribunal de Justiça

intransponíveis e a preceitos legais.

Pelo exposto, concedo a ordem para anular, todas as provas produzidas, em especial a dos procedimentos nº 2007.61.81.010208-7 (monitoramento telefônico), nº 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telefônico), e nº 2008.61.81.008291-3 (ação controlada), e dos demais correlatos, anulando também, desde o início, a ação penal, na mesma esteira do bem elaborado parecer exarado pela douta Procuradoria da República.

É como voto.



Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0192565-8

HC 149.250 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200761810012852 200761810102087 200761810114193 200803000441657
200861810082834 200861810082913 200861810089191 200861810089361
200861810089968 200861810090028 200861810097333 200861810101361
200861810101695 200861810108264 200861810114343 200861810126370
200861810134998

EM MESA

JULGADO: 01/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OZÓRIO SILVA BARBOSA SOBRINHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDREI ZENKNER SCHMIDT E OUTROS

ADVOGADO : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

PACIENTE : DANIEL VALENTE DANTAS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Corrupção ativa

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. ANDREI ZENKNER SCHMIDT (P/ PACTE)

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 concedendo a ordem, no que foi acompanhado pelo voto antecipado do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, pediu vista o Sr. Ministro Gilson Dipp."

Aguardam os Srs. Ministros Laurita Vaz e Jorge Mussi.

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 149.250 - SP (2009/0192565-8)

RELATOR : MINISTRO ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)
IMPETRANTE : ANDREI ZENKNER SCHMIDT E OUTROS
ADVOGADO : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : DANIEL VALENTE DANTAS

VOTO (MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhor Presidente, com sua permissão.
2. Ouvi com a máxima atenção o voto do duto Relator e acho-me sob o impacto de sua erudição.
3. Senhor Presidente, por favor, algum tempo atrás em livro que merecidamente não teve nenhuma repercussão escrevi o seguinte:

Ninguém diverge da proclamação, aliás, enfatizada em muitas decisões judiciais e igualmente numerosas lições de oradores mais excelentes que a criminalidade de qualquer nível ou natureza deve ser combatida com denodo e eficiência constantes e crescentes, mas esse objetivo essencial a segurança e a sociedade não poderá servir de biombo para ocultar as suas causas e nem justificativa moralmente idônea para que as autoridades responsáveis pela sua consecução procedam com brutalidade, disfarçando na eficiência do formalismo e do procedimento a conflituosidade real que se manifestam na apuração da prática de ilícitos. A atividade incontrolada da investigação ou a sua realização segundo as percepções particulares dos investigadores quanto ao sistema de garantia jurídica dos investigados sob a alegação pragmática de realizações produtivas conduz a misticização daquela conflituosidade real e a eleição dos inimigos do sistema, permitindo transcender para a esfera do formalismo ou para a razão normativa formalmente onipotente todos angustiantes problemas humanos das pessoas sob investigação.

4. Contudo, Senhor Presidente, parece fora de dúvida que a indispensável tarefa de coleta desses dados ou elementos indiciáveis de crimes somente se pode realizar, sob pena de invalidade, com a observância de regras imperativas, cuja infração torna juridicamente desvalioso o árduo e difícil trabalho de

Superior Tribunal de Justiça

sua identificação e coleta, independentemente de quais sejam os resultados apurados. Senhor Presidente, nesse caso, tenho como indubiosa, em face do voto do eminentíssimo Ministro Relator, a participação de servidores da ABIN na operação policial de que se trata. Verifico também um esforço imenso para se legitimar *a posteriori* essa participação, chegando-se até mesmo, surpreendentemente, a assemelhar a ABIN ao Ministério Público, no que tange ao poder de investigar. Com isso, não posso de maneira alguma concordar; sei que não se pode evitar os abusos, mas se pode combatê-los e o combate eficaz é a nulificação do seu resultado.

5. Por isso, peço vénia para acompanhar antecipadamente o voto do eminentíssimo Ministro Relator e desculpando-me com o eminentíssimo Ministro Gilson Dipp, que pediu vista. Sei que é usual aguardar-se o voto do julgador que pede vista.

6. Senhor Presidente, nesse caso, em vista do impacto que me causou o voto do eminentíssimo Ministro Relator de mais de quase duas horas de erudição, precisão, demonstração minuciosa de toda operação e o reconhecimento da participação dos servidores da ABIN, pelo Ministério Público, pelo Juiz e por autoridades outras, peço desculpas mais uma vez ao Ministro Gilson Dipp e aos demais pares para assim me manifestar.

7. Agradeço a V. Exa e acompanho o voto do Senhor Ministro Adilson Vieira Macabu, concedendo a ordem de *habeas corpus*.

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 149.250 - SP (2009/0192565-8) (f)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP:

O paciente foi denunciado perante a Justiça Federal pela atribuída prática do crime de corrupção ativa, previsto no art. 333, *caput*, combinado com o art. 29, *caput* do Código Penal. A ação penal que se instaurou terminou pela condenação do paciente, pendente ainda o julgamento da apelação apresentada contra a mesma sentença.

Entrementes, com respeito aos procedimentos de investigação prévios à ação penal, foi impetrado junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região pedido de *habeas-corpus* (HC 34.848/SP-TRF3^a) buscando livrar o paciente de alegada insanável nulidade da sentença, haja vista a atuação da ABIN na investigação preparatória, de natureza policial penal. Em face disso, alegaram mais: todas as provas colhidas ao longo da operação correspondente deveriam ser consideradas ilícitas e portanto inadmissíveis e ineficazes, sendo destituídas de valor jurídico.

A ordem contudo foi denegada pelo Regional ao fundamento de que o magistrado apontado como coator e a autoridade policial negavam esse fato e porque não havia nos autos documentos capazes de evidenciá-lo, resumindo-se a prova das supostas arguições a recortes de jornal.

Disse o Tribunal que, mesmo quando tivesse havido a colaboração da Agência, esta se deu de forma secundária sendo todas as medidas de apuração promovidas pela autoridade policial e, conforme o caso, deferidas pela autoridade judicial.

Além disso, assentou a Corte local, o compartilhamento de informações é medida rotineira entre diversas instituições e a Polícia Federal (*v.g.* IBAMA, INSS, BACEN, CVM, Receita Federal, e outros estaduais ou municipais).

Em resumo, a 5ª Turma do TRF/3ª Região considerou a inexistência de ilegalidade ou abuso de poder na sentença proferida pela autoridade tida por coatora, o Juiz Federal da 6ª Vara Federal de São Paulo.

Eis a ementa do julgado, que foi confirmado por embargos declaratórios:

Superior Tribunal de Justiça

“HABEAS CORPUS” – PENAL E PROCESSO PENAL – PARTICIPAÇÃO DE SERVIDORES DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) EM INQUÉRITO CONDUZIDO PELA POLÍCIA FEDERAL – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – LEI 9.883/99 QUE PERMITE COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA – NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL NÃO CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL – ORDEM DENEGADA.

1. Os impetrantes não instruíram o “writ” com elementos de prova suficientes para que esta Corte, neste passo, emita juízo de valor sobre a participação, ou não, de servidores vinculados à Agência Brasileira de Informação (ABIN) nos procedimentos investigatórios, relacionados com a denominada “Operação Satiagraha”. E mesmo que, por hipótese, se prestassem a permitir uma conclusão positiva, tais documentos não esclarecem em que medida se deu essa participação, a ponto de autorizar, já neste momento, um exame da sua legalidade.

2. A autoridade impetrada nega a participação de agentes da ABIN na persecução penal nº 2008.61.81.008291-3, amparando-se, inclusive, em declaração da própria autoridade policial que presidiu as investigações que culminaram na denúncia formulada pelo Ministério Público Federal. À míngua de quaisquer outros elementos de convicção, robustos o suficiente para provar o contrário, é medida de rigor prestigiar as informações apresentadas pela autoridade impetrada, pois é aquela que se encontra em contato mais direto com os fatos.

3. No que diz respeito aos demais procedimentos investigatórios verifica-se que, em relação a eles, também não foram apresentados a esta Corte, elementos de convicção suficientes o bastante para que seja avaliada a participação e eventual ilegalidade dessa atividade, por parte dos agentes da ABIN. A impetração não indica um único fato específico, concreto, no qual houve a participação de agentes da ABIN. As informações prestadas pela autoridade impetrada indicam que, se houve participação de agentes da ABIN nos demais procedimentos investigatórios que integram a operação em apreço, esta deu-se de forma secundária, incapaz de justificar qualquer alegação de nulidade de prova, especialmente porque ausente demonstração concreta de prejuízo, conforme se viu do trecho das informações já transcritas nesta decisão. Há que se ter em mente que é premissa básica do processo penal a regra segundo a qual não se declara nenhuma nulidade sem a demonstração do prejuízo. O artigo 563 do Código de Processo Penal é firme nesse sentido.

4. Não há prova acerca de um prejuízo concreto experimentado pelo paciente, pelo fato de servidores da Agência Brasileira de Informação, hipoteticamente, terem conhecido do conteúdo de conversas telefônicas interceptadas. É certo que esse fato pode até vir a gerar a responsabilização funcional daquela autoridade que eventualmente violou o seu dever de sigilo, contudo, tal violação, não possui o condão de macular a prova como um todo.

Superior Tribunal de Justiça

5. A Lei 9.883/99 – que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência – indica a possibilidade de órgãos componentes do aludido sistema, compartilharem informações e dados relativos a situações nas quais haja interesse do estado brasileiro. Tanto a Polícia Federal como a ABIN, integram o Sistema Brasileiro de Inteligência, como se infere dos incisos III e IV do artigo 4º do Decreto nº 4.376/02, que regulamenta a Lei 9.883/99.

6. O compartilhamento de dados e informações sigilosos entre os órgãos encarregados da persecução penal e outros órgãos integrantes do Estado, não é novidade. Basta lembrar que, ordinariamente, IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), Receita Federal, INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), BACEN (Banco Central do Brasil) e CVM (Comissão de Valores Mobiliários), os quais cita-se apenas a título de exemplo, compartilham dados com a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, visando o aprofundamento das apurações criminais, e isso nunca causou perplexidade ou surpresa.

7. Eventuais nulidades da fase pré-processual não possuem o condão de contaminar a ação penal. O Código de Processo Penal consagra a dispensabilidade do Inquérito Policial (artigo 39, § 5º), o que, também, robora o raciocínio de que eventuais nulidades verificadas naquele âmbito não contaminam a ação penal, que lhe é posterior e ontologicamente distinta.

8. *Ordem denegada.*"

A propósito, vale registrar que na discussão dos embargos declaratórios foi suscitada questão relacionada com o oferecimento de provas pelos impetrantes na véspera do julgamento do *habeas-corpus*, as quais, contidas em CD-ROM, cuja leitura teria sido então inviável, deixaram de ser consideradas pelo Desembargador Relator.

Sustentou-se nos declaratórios essa omissão, mas o argumento não prosperou pela razão antes indicada.

Contra esse acórdão em *habeas-corpus*, que não acolheu as arguições contra a sentença condenatória, os impetrantes oferecem agora o presente *habeas-corpus* -- como se fosse originário.

O acórdão local transitou em julgado em 28.08.2009, e esta impetração -- entrada no STJ em 30.09.2009 -- revela-se assim substitutiva de possível recurso ordinário naqueloutro *habeas-corpus*, por sua vez concomitante com a apelação ainda pendente de julgamento no TRF/3ª Região (Processo 0010136-40.2008.4.03.6181).

Buscam os impetrantes, aqui, especificamente seja declarado ilegal o ato de julgamento do *habeas-corpus* anterior da 5ª Turma do TRF/3ª Região que deixou de reconhecer a nulidade dos procedimentos 2007.61.81.010208-7 (monitoramento telefônico),

Superior Tribunal de Justiça

2007.61.81.011419-3 (monitoramento telemático), e 2008.61.81.008291-3 (ação controlada) os quais teriam subsidiado a ação penal 2008.61.81010136-1 e o inquérito policial 2008.61.81.009002-8.

Para tanto, afirmam que as investigações da chamada “*Operação Satiagraha/Quero-Quero*” promovida pela autoridade policial com a colaboração da Agência Brasileira e Inteligência - ABIN teria incorrido em inúmeras ilegalidades adiante resumidas.

O inquérito policial respectivo, segundo afirmam, iniciou-se formalmente em 25.06.2008, mas as diligências ter-se-iam estendido clandestinamente desde fevereiro de 2007 a julho de 2008, dando origem aos procedimentos de monitoramento mencionados *antes* da instauração do inquérito, e assim com desatenção à Lei nº 9.296/99.

Nesse trabalho, o Delegado de Polícia Federal, Protógenes Queiróz, serviu-se para as ações de monitoramento entre 75 e 100 servidores da ABIN sem o conhecimento do Juiz e do Ministério Público consoante demonstrado extensamente no IPL 2008.61.81.011893-2 (que é base da ação penal contra o mesmo delegado e que resultou na sua condenação por violação de sigilo funcional).

Argumentam ainda os impetrantes que a suposta atividade de colaboração da ABIN, além de ofensiva a direitos e garantias individuais padece da falta de fundamento jurídico, pois as prerrogativas da atividade policial (art. 144, § 1º, IV CF) não lhe são extensivas, sendo exorbitante das tarefas institucionais próprias de subsidiar o Presidente da República nos assuntos de interesse e segurança nacional consoante a Lei nº 9.883/99.

E mesmo, dizem, o eventual compartilhamento de informações colhidas só é admitido entre a ABIN e o Departamento de *Inteligência* do DPF, e não a *qualquer* autoridade policial.

Todas as atividades de natureza policial praticadas pela ABIN portanto constituiriam usurpação ilegal de atribuições policiais, daí resultando nulidade e ilicitude da prova.

Por essas razões, os impetrantes pediram a nulidade dos procedimentos acima referidos (2007.61.81.010208-7 monitoramento telefônico, 2007.61.81.011419-3 monitoramento telemático, e 2008.61.81.008291-3 ação controlada), para que *verbis* “*ulteriormente se possa avaliar sobre a derivação da nulidade a investigações e/ou ações penais decorrentes de tais procedimentos*” inclusive a sentença editada na ação penal (2008.61.81.010136-1).

Superior Tribunal de Justiça

Recusadas nas informações do impetrado todas as alegações da impetração, o parecer do Ministério Público Federal, inobstante, manifestou-se pela concessão *de ofício* da ordem *para anular desde o início a ação penal, ou pela anulação do acórdão do Tribunal impetrado para que seja proferido outro com a apreciação das provas não examinadas no julgamento anterior constantes de um CD entregue pelos impetrantes no dia do julgamento* e que contém a íntegra da ação penal que culminou com a condenação do Delegado Protógenes.

O Ministro Relator concedeu a ordem para anular, “*desde o início, a ação penal na esteira do parecer do MPF*”, forte em “*que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, cabalmente ... a participação indevida e flagrantemente ilegal da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado Protógenes Queiroz*”.

Para tanto, considerou que a participação de agentes estranhos à autoridade policial que tem a exclusividade da investigação constituiria violação do art. 144, § 1º, IV da CF, da Lei nº 9.883/99 e do art. 4º do CPP e particularmente aos preceitos do estado democrático de direito.

Assinalou também, como fato relevante, a edição de sentença condenatória do policial referido por crime de violação de sigilo profissional e fraude processual (AP nº 2008.61.81.011893-2, 7ª Vara Federal SP, atualmente convertida na Ação Penal nº 563/SP, Rel. Ministro Ayres Britto, junto ao STF).

A partir daí, reconhecendo a ilicitude das provas assim reunidas (art. 157, §§ CPP), concluiu o Ministro Relator pela nulidade do processo e da sentença, na linha da jurisprudência.

Acompanhou o voto do Ministro Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Pedi vista para melhor exame.

A primeira consideração que merece a atenção deste colegiado é a circunstância de coexistirem perante o mesmo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sobre o mesmo tema e de iniciativa do paciente, uma apelação ordinária contra a sentença que o condenou por corrupção e um *habeas-corpus* com, pelo menos na parte aqui discutida, a mesma alegação destinada a anular a sentença.

E, agora, esta outra impetração contra o insucesso do *habeas-corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça.

Por oportuno, relembro as observações que já fiz assinalar em julgamentos Documento: 1040837 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 05/09/2011 Página 44 de 68

Superior Tribunal de Justiça

semelhantes, pois estou certo de que esse expediente de medidas concomitantes e substitutivas de recursos ordinários é logicamente incompatível com a ordem processual ao expor diferentes órgãos judiciais que vão examinar o mesmo caso concreto a possível ambiguidade, contradição ou equívoco.

A sobreposição deliberada de impetração, sobre apelação, a meu ver, revela inescondível desprestígio das instâncias ordinárias e seus órgãos, a meu ver, com inevitável violação da organização jurisdicional que também tem fundamento constitucional

Em outras palavras, aqui se pede ao STJ que julgue tema sujeito à competência do TRF da 3^a Região *antes* da manifestação daquele colegiado regional e com risco de invasão ou usurpação da competência jurisdicional local.

Aliás, levado ao extremo o uso do *habeas-corpus* substitutivo de recurso ordinário implicaria inclusive na possível preclusão dos recursos ordinários, pois ao apreciar o presente *habeas-corpus*, o STJ poderá vir a decidir de modo a acolher ou recusar o pedido com reflexo nas pretensões da outra parte no recurso ordinário cujo interesse seria alcançado sem a devida oportunidade de defesa e contraditório.

Feita essa ressalva, vale registrar que o pedido nesta impetração limita-se a reclamar a manifestação do STJ *exclusivamente* com relação aos procedimentos investigatórios de monitoramento, os quais teriam sido fundamento da convicção do Juiz e que, tendo sido supostamente ilícitos, seriam nulos.

É que os impetrantes *não* pediram a nulidade da sentença (como o deferiu o voto do Ministro Relator), mas *apenas* o reconhecimento da nulidade dos mencionados procedimentos preparatórios para, só após, avaliar a eventual nulidade da sentença.

Quanto ao pedido, o fundamento da pretensão dos impetrantes é que as investigações correspondentes a esse procedimentos foram realizadas por servidores não integrantes da Polícia Federal, daí resultando violação formal da exclusividade constitucional (art. 144, § 1º, IV CF), a dizer que a prova apurada via da atuação desses agentes não policiais constituiria prova ilícita.

É fora de dúvida que a ABIN se rege por legislação especial e que sua vocação institucional efetivamente orienta-se ao assessoramento e subsídio ao Presidente da República em matéria de interesse ou segurança da sociedade e do Estado. Mas tal não afasta a possível participação de seus agentes, nessa ou noutra atividade relacionada com seus propósitos institucionais, a relacionar-se com outras instituições.

Superior Tribunal de Justiça

Por isso, toda a questão relacionada a essa suscitação, apesar das reconhecidas limitações legais legitimamente alegadas pelos impetrantes, é bom que se registre desde logo, diz respeito a matéria naturalmente sujeita à discussão mediante produção ou avaliação fática da prova.

Com efeito, a extensão, intensidade, modo, grau de autonomia ou desenvoltura, e, sobretudo, grau e intensidade do suposto desvio de suas finalidades institucionais, da colaboração da ABIN com a Polícia Federal, por certo reclamam o esquadriamento e a demonstração das ditas ações com ampla discussão dos personagens, objetivos e principalmente dos resultados das atividades assim caracterizadas para neles verificar a pretensa ilicitude.

Em outras palavras, para saber se, em face da exclusividade da atuação de polícia judiciária pela Polícia Federal, a atividade da ABIN em colaboração excede os limites constitucionais seria necessário avaliá-la e cotejá-la miudamente.

Assim, porque -- e os impetrantes admitem que a colaboração com a polícia judiciária não é inédita por parte de outros organismos estatais -- a despeito da expressa finalidade da ABIN não é impossível a cessão de seus servidores, técnicos, material ou recursos tecnológicos e respectivos operadores para atuação conjunta com a polícia judiciária.

E nem seria compreensível uma vedação radical ao modo sustentado pelos impetrantes, quando ambas as instituições orientam-se *naturalmente* pela preservação do interesse e bem públicos.

O que as distingue institucionalmente, é bem de ver, é a racionalidade funcional que responde à discricionariedade administrativa de cada qual, embora sempre respeitada a responsabilidade da autoridade policial quando em estrita exclusividade como polícia judiciária, para o que, parece intuitivo, será preciso examinar detidamente a prova correspondente.

Até mesmo a contratação, designação ou credenciamento de terceiros, ex-funcionários ou não, da administração pública ou não, não constituem, *em si*, motivo de violação das prerrogativas da polícia judiciária exclusiva da Polícia Federal enquanto submetidos à orientação, controle ou direção do responsável pelo inquérito.

E para saber se nisso teria havido excesso e ou desvio ilegal seria, mais uma vez, necessário sindicar o teor e importância da atuação e desempenho desses servidores ou terceiros e, principalmente, se estavam ou não sendo orientados ou controlados pelo dirigente

Superior Tribunal de Justiça

do inquérito, pois apenas na falta provada dessa certeza caracterizar-se-ia situação de objetiva ilicitude capaz de redundar em prova ilícita.

Daí, que a definição com a suficiente clareza que justificasse a repressão a essa colaboração afrontosa da Constituição demandaria tanto um improvável esforço probatório no *habeas-corpus*, quanto para tanto a largueza investigatória seria incompatível com a via mandamental.

Mais, admitido por suposto o possível excedimento pelos agentes de inteligência dos limites da colaboração sugerida ou mesmo a eventual invasão de atribuições policiais por seus integrantes, isso só seria formalmente valorizado quando *inequívoca* e *objetivamente* demonstrado, a ponto de não remanescer dúvidas.

Ao contrário, porém, o que existe nestes autos é uma grande quantidade de cópias de documentos, referências, ilações, suscitações ou questionamentos apenas *sugerindo* que agentes da ABIN teriam vulnerado os limites da atuação de polícia judiciária de modo ilegal.

Conquanto de fato existam outras indicações, a maioria revelada por depoimentos recolhidos nos autos *de outro Inquérito Policial* e subsequente outra ação penal, esta movida contra o Delegado Protógenes (a quem se atribui os crimes de violação de sigilo funcional e fraude processual quando no exercício da apuração dos fatos relacionados com o caso ora em exame), e portanto como prova produzida em outra instrução penal, o suposto prevalecimento dessa prova emprestada (como o admitiu o voto do Ministro Relator sem reservas) pressupõe a discussão *por ambas as partes* do seu teor e credibilidade, o que não ocorreu.

Aliás, o fundamento principal desta impetração está na alegada afirmação de que a prova dos monitoramentos impugnados de ilícitos teria sido, na maior parte, produzida por agentes de inteligência em usurpação de atividade exclusiva da Polícia Federal, mas essa afirmação dos impetrantes se baseia fundamentalmente na prova mostrada no inquérito para apuração dos delitos atribuídos ao delegado.

No entanto, se fosse considerável a alegação dos impetrantes de que naquela ação penal contra o policial tal prova era irrefutável, a conclusão seria inversa, pois a denúncia contra Protógenes resumiu-se à *violação de sigilo profissional e fraude processual* em virtude do arquivamento dos demais supostos crimes atribuídos ao Delegado relacionados com a suposta vulneração da exclusividade da polícia judiciária da Polícia Federal, aliás,

Superior Tribunal de Justiça

justamente o único fundamento *desta* impetração.

É que, apesar da discordância do Juiz Federal da 7^a Vara Federal Criminal de São Paulo (juiz do caso contra o delegado), que fez submeter sua objeção de não ter o MPF denunciado o delegado por esse crime à 2^a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (art. 28, CPP c/c art. 62, IV, LC 75/93) a confirmação do arquivamento fez produzir a certeza de que na colaboração entre as agências referidas não teria sido excedido o limite da legalidade que caracterizasse a arguida violação da Constituição.

Em outras palavras, o MPF afirmou naquela investigação policial contra o Delegado Protógenes que a atuação conjunta da Polícia Federal com a ABIN no caso ora em apreciação, nos termos apreciados, não caracterizava violação da lei penal.

Por tais razões, os eventuais e até possíveis desvios ou excessos na colaboração entre essas agências, particularmente diante da magnitude das ações de investigação policial – *e aqui pouco importa se tinha a Direção-Geral inteiro ou parcial conhecimento das iniciativas ou desenvoltura das ações do delegado condutor, pois isso se circunscreve naturalmente ao âmbito disciplinar interno da corporação* – não levam indubiosamente à conclusão acolhida pelo Ministro Relator sem detido, meticuloso e criterioso exame dos fatos e logicamente para além da sua simples valorização jurídica.

A conclusão de que as investigações reunidas nos procedimentos indigitados são fruto de condutas ilícitas, por essa razão, é incompatível com a via aqui adotada, pois seria preciso analisar e avaliar o restante da prova para tanto.

Nessa linha, em princípio, as provas ali contidas não são necessariamente ilícitas nem se poderia dizer em que porção ou importância produziriam a nulidade que se quer afirmar.

Além do que, estando superada a fase de investigação, pois há denúncia recebida, sentença de mérito editada pela condenação e apelação oferecida sobre todos os temas referidos havidos antes da instauração da ação penal, tudo deveria ter sido discutido no tempo próprio, ou na pior hipótese, no âmbito da apelação. Acaso as supostas nulidades ou ilicitudes já não estivessem preclusas pela força do disposto na combinação dos arts. 564, III; 566; 571, II; e 573, e §§ do CPP.

De outra parte, nem mesmo há certeza de que as interceptações ou monitoramentos tidos por ilícitos foram efetivamente realizados à margem de autorização judicial (o Juiz afirma implicitamente, a validade deles no ato de recebimento da denúncia), e

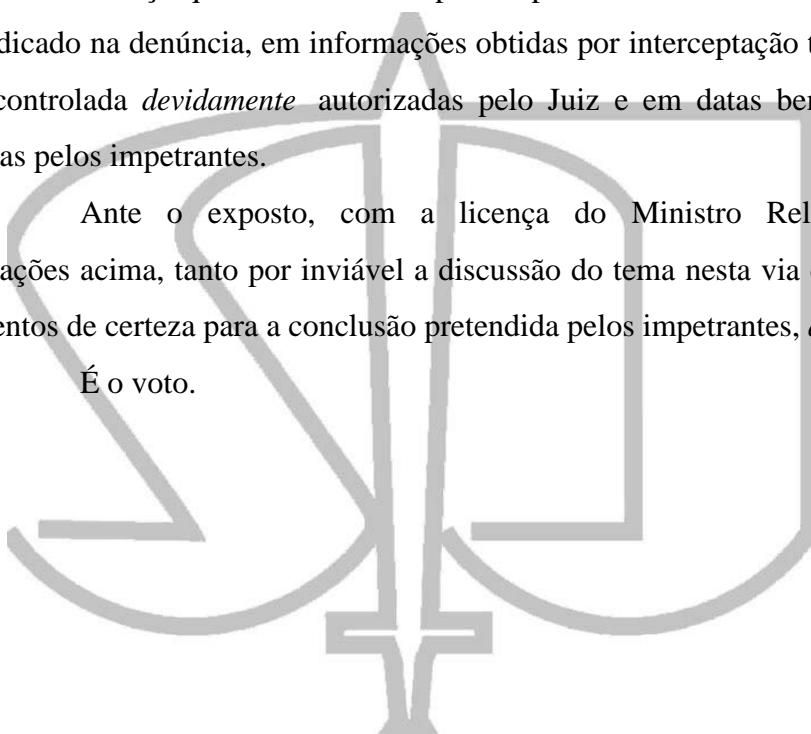
Superior Tribunal de Justiça

no limite, insista-se, tendo havido denúncia e instrução penal resultante em condenação do ora paciente, as possíveis nulidades, mesmo as mais graves, resolvem-se no julgamento da apelação como preliminar e, sabem os impetrantes, toda a trama revelada pelas interceptações foi judicialmente confirmada por depoimentos de testemunhas colhidos em contraditório e respeitada a ampla defesa.

A tardia alegação de nulidade da prova préprocessual, depois majoritariamente suplantada por depoimentos judiciais não impugnados, cede logicamente ante a produção do veredicto da sentença que se fundou nas provas produzidas em audiência. Mas também, tal como indicado na denúncia, em informações obtidas por interceptação telefônica e telemática e ação controlada *devidamente* autorizadas pelo Juiz e em datas bem posteriores àquelas insinuadas pelos impetrantes.

Ante o exposto, com a licença do Ministro Relator e fundado nas considerações acima, tanto por inviável a discussão do tema nesta via como por inexistência de elementos de certeza para a conclusão pretendida pelos impetrantes, *denego* a ordem.

É o voto.



Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0192565-8

HC 149.250 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200761810012852 200761810102087 200761810114193 200803000441657
200861810082834 200861810082913 200861810089191
200861810089361 200861810089968 200861810090028
200861810097333 200861810101361 200861810101695
200861810108264 200861810114343 200861810126370
200861810134998

EM MESA

JULGADO: 05/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDREI ZENKNER SCHMIDT E OUTROS

ADVOGADO : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

PACIENTE : DANIEL VALENTE DANTAS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral - Corrupção ativa

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, após o voto do Sr. Ministro Relator concedendo a ordem, no que foi acompanhado pelo voto do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e o voto-vista do Sr. Ministro Gilson Dipp denegando a ordem, pediu vista a Sra. Ministra Laurita Vaz."

Aguarda o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 149.250 - SP (2009/0192565-8) (f)

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de DANIEL VALENTE DANTAS contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região que, nos autos do HC n.^o 2008.03.00.044165-7, denegou a ordem que buscava a declaração de nulidade de provas colhidas na fase inquisitorial, porque supostamente houvera indevida participação de agentes da ABIN.

Consta que o ora Paciente foi condenado pelo Juízo Federal da 6.^a Vara Criminal de São Paulo, como incursão no art. 333 (corrupção ativa), c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, porque, nos dias 18 e 23 de junho de 2008, no interior de um restaurante na capital paulista, HUGO CHICARONI e HUMBERTO JOSÉ ROCHA BRAZ, por ordem sua, ofereceram vantagem indevida a um Delegado de Polícia Federal para compeli-lo a deixar de praticar ato funcional, relativamente à investigação policial em curso.

A Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região que denegou a impetração originária, consoante os fundamentos sintetizados na seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS" – PENAL E PROCESSO PENAL – PARTICIPAÇÃO DE SERVIDORES DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) EM INQUÉRITO CONDUZIDO PELA POLÍCIA FEDERAL – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – LEI 9.883/99 QUE PERMITE COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA – NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL NÃO CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL – ORDEM DENEGADA.

1. Os impetrantes não instruíram o “writ” com elementos de prova suficientes para que esta Corte, neste passo, emita juízo de valor sobre a participação, ou não, de servidores vinculados à Agência Brasileira de Informação (ABIN) nos procedimentos investigatórios, relacionados com a denominada “Operação Satiagraha”. E mesmo que, por hipótese, se prestassem a permitir uma conclusão positiva, tais documentos não esclarecem em que medida se deu essa participação, a ponto de autorizar, já neste momento, um exame da sua legalidade.

2. A autoridade impetrada nega a participação de agentes da ABIN na persecução penal nº 2008.61.81.008291-3, amparando-se, inclusive, em declaração da própria autoridade policial que presidiu as investigações que culminaram na denúncia formulada pelo Ministério Público Federal. À mingua de quaisquer outros elementos de convicção, robustos o suficiente

Superior Tribunal de Justiça

para provar o contrário, é medida de rigor prestigiar as informações apresentadas pela autoridade impetrada, pois é aquela que se encontra em contato mais direto com os fatos.

3. No que diz respeito aos **demais procedimentos investigatórios** verifica-se que, em relação a eles, também não foram apresentados a esta Corte, elementos de convicção suficientes o bastante para que seja avaliada a participação e eventual ilegalidade dessa atividade, por parte dos agentes da ABIN. A impetração não indica um único fato específico, concreto, no qual houve a participação de agentes da ABIN. As informações prestadas pela autoridade impetrada indicam que, se houve participação de agentes da ABIN nos demais procedimentos investigatórios que integram a operação em apreço, esta deu-se de forma secundária, incapaz de justificar qualquer alegação de nulidade de prova, especialmente porque ausente demonstração concreta de prejuízo, conforme se viu do trecho das informações já transcritas nesta decisão. Há que se ter em mente que é premissa básica do processo penal a regra segundo a qual não se declara nenhuma nulidade sem a demonstração do prejuízo. O artigo 563 do Código de Processo Penal é firme nesse sentido.

4. Não há prova acerca de um prejuízo concreto experimentado pelo paciente, pelo fato de servidores da Agência Brasileira de Informação, hipoteticamente, terem conhecido do conteúdo de conversas telefônicas interceptadas. É certo que esse fato pode até vir a gerar a responsabilização funcional daquela autoridade que eventualmente violou o seu dever de sigilo, contudo, tal violação, não possui o condão de macular a prova como um todo.

5. A Lei 9.883/99 – que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência – indica a possibilidade de órgãos componentes do aludido sistema, compartilharem informações e dados relativos a situações nas quais haja interesse do estado brasileiro. Tanto a Polícia Federal como a ABIN, integram o Sistema Brasileiro de Inteligência, como se infere dos incisos III e IV do artigo 4º do Decreto nº 4.376/02, que regulamenta a Lei 9.883/99.

6. O compartilhamento de dados e informações sigilosos entre os órgãos encarregados da persecução penal e outros órgãos integrantes do Estado, não é novidade. Basta lembrar que, ordinariamente, IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), Receita Federal, INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), BACEN (Banco Central do Brasil) e CVM (Comissão de Valores Mobiliários), os quais cita-se apenas a título de exemplo, compartilham dados com a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, visando o aprofundamento das apurações criminais, e isso nunca causou perplexidade ou surpresa.

7. Eventuais nulidades da fase pré-processual não possuem o condão de contaminar a ação penal. O Código de Processo Penal consagra a dispensabilidade do Inquérito Policial (artigo 39, § 5º), o que, também, robora o raciocínio de que eventuais nulidades verificadas naquele âmbito não contaminam a ação penal, que lhe é posterior e ontologicamente distinta.

8. *Ordem denegada.*"

Contra esse acórdão ainda foram opostos embargos de declaração, os quais

Superior Tribunal de Justiça

restaram rejeitados, em acórdão assim ementado:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS - PENAL E PROCESSO PENAL - DOCUMENTOS APRESENTADOS PELOS IMPETRANTES MOMENTOS ANTES DO INÍCIO DA SESSÃO DE JULGAMENTO - ADIAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - CELERIDADE DA VIA PROCESSUAL, IMPOSITIVA DO PRONTO JULGAMENTO DO "WRIT" - SUSPEIÇÃO - JUIZ QUE PARTICIPA DE ATO PÚBLICO EM DEFESA DAS PRERROGATIVAS DA MAGISTRATURA - DIREITO DE REUNIÃO E MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - NÃO CONFIGURAÇÃO DAS HIPÓTESES DE SUSPEIÇÃO PREVISTAS EM LEI - PRELIMINAR ARGUIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL REJEITADA - EMBARGOS CONHECIDOS EM PARTE, E, NA PARTE CONHECIDA, REJEITADOS.

1. Rejeitada a preliminar argüida pelo Ministério Público Federal, no sentido de que os embargos de declaração não podem ser conhecidos em face da inexistência dos pressupostos a ele inerentes, indicados no artigo 620, do Código de Processo Penal, na medida em que tais pressupostos dizem respeito ao mérito dos embargos de declaração, devendo ser observado, quanto ao juízo de admissibilidade, apenas o prazo previsto no artigo 619, do Código de Processo Penal.

2. O que pretende o embargante é obter o efeito infringente nestes embargos, modificando o conteúdo da decisão proferida, o que é, em princípio, inviável em se tratando desse instrumento recursal. O pleito de reforma ou anulação do "decisum" deve ser veiculado pelos meios recursais adequados, perante as instâncias próprias. Contudo, mesmo que admitida, excepcionalmente, a possibilidade deste recurso ser dotado de caráter infringente, os argumentos expostos não são capazes de justificar o seu acolhimento.

3. O indeferimento do pedido de adiamento foi devidamente justificado pelo Ilustre Juiz Federal Convocado, Dr. Hélio Egydio de Matos Nogueira. Sua Excelência levou em consideração, especialmente, o rito célere do Habeas Corpus e a pronta necessidade de prestação da tutela jurisdicional. Apontou também, o fato de um dos impetrantes ter despachado com ele no próprio dia da sessão de julgamento, pela parte da manhã.

4. O pedido de "writ" deve vir acompanhado de prova pré-constituída suficiente para o seu julgamento. Não se justifica o adiamento do exame de um pedido de "habeas corpus", - a prestação da tutela jurisdicional relativa a bem jurídico tão precioso - em virtude de documentos apresentados na última hora, especialmente quando não há prova capaz de comprovar que os interessados somente os obtiveram naquela data. Aliás, deve ficar registrado que o zeloso Juiz Federal Convocado diligenciou no sentido de examinar o teor das informações contidas na mídia (DVD) juntada aos autos. Mesmo após tentativas frustradas de acesso ao conteúdo da mídia em questão, no seu próprio gabinete de trabalho, o Juiz Federal Convocado encaminhou o documento aos cuidados do Departamento de Informática desta Corte, que, após novas tentativas infrutíferas, certificou a existência de um defeito no disco juntado aos autos, o que impedia o conhecimento do seu

Superior Tribunal de Justiça

conteúdo. Diante de um quadro como esse, outra solução não se apresentava, senão o indeferimento do pedido de adiamento do julgamento do “writ”.

5. No que concerne à alegação de nulidade do acórdão, deduzida sob a tese do vício de parcialidade do Ilustre Juiz Federal Convocado, Dr. Hélio Egydio de Matos Nogueira, esta Egrégia Turma já teve a oportunidade de examinar pretensão semelhante, deduzida pela própria defesa do paciente no bojo dos autos de nº 2008.03.00.015482-6. A mesma linha de raciocínio deve ser aplicada ao caso.

6. De acordo com o que está contido neste feito, o manifesto assinado por diversos Juízes Federais desta região, dentre eles o Juiz Federal Convocado, Hélio Egydio de Matos Nogueira, não cuidou do mérito ou acerto deste ou daquele processo, decisão ou operação policial. Na verdade, pelo o que se depreende dos autos, o ato público teve por escopo apenas externar apoio ao Juiz Federal Fausto Martins de Sanctis, haja vista que, segundo os magistrados que participaram daquela manifestação, aquela autoridade suportava ameaça de responder a um procedimento disciplinar junto aos órgãos de correição, em virtude de uma decisão jurisdicional. A natureza da manifestação realizada pelos magistrados encontra assento no artigo 5º, incisos IV e XVI, da Constituição Federal. E ainda com esteio nos documentos apresentados pelos impetrantes, conclui-se que essa manifestação teve como único motivo a defesa das prerrogativas funcionais da magistratura, que os idealizadores do evento entenderam desrespeitadas em algum momento.

7. O manifesto foi assinado e publicado aos 11/07/08, há mais de nove meses, com ampla repercussão nos meios de comunicação – conforme afirma o próprio embargante - não se afigurando crível que a defesa do paciente somente tenha obtido a ciência de tal ato, após o julgamento do pedido de “habeas corpus”. Não há qualquer prova no sentido de que a defesa de Daniel Valente Dantas, somente tomou conhecimento do fato após o julgamento da impetração.

8. Por sua vez, ao contrário do que afirma o embargante, os impetrantes não foram colhidos de surpresa pelo fato do “habeas corpus” ter sido submetido à relatoria do Juiz Federal Convocado, eis que a convocação para substituir a E. Desembargadora Federal Ramza Tartuce em razão de férias (02/03/99 a 1º/04/09) foi publicada no Diário Eletrônico de Justiça aos 18/12/08 (Edição nº 239/08), através do Ato da Presidência desta Corte nº 9202/08. O magistrado convocado, ao revés do afirmado pelo embargante, não substituiu a E. Desembargadora Federal Ramza Tartuce, pontualmente, naquela sessão de julgamento, mas, sim, ao longo de todo o período acima assinalado. Desta forma, cabia-lhe a responsabilidade para proferir despachos, decisões e votos em todos os feitos distribuídos aos cuidados daquele gabinete, que estivessem em termos para tanto, exatamente a situação processual do Habeas Corpus nº 2008.03.00.044165-7.

9. A argüição de suspeição deveria ter sido manejada na primeira oportunidade em que a defesa de Daniel Valente Dantas manifestou-se nestes autos, sob pena de preclusão.

10. A exceção de suspeição deve ser manejada nos termos e prazo previstos nos artigos 280 e seguintes do Regimento Interno desta Corte, não se prestando os embargos de declaração para tanto. Com relação a essa

Superior Tribunal de Justiça

matéria, não são conhecidos os embargos.

11. Preliminar argüida pelo Ministério Público Federal rejeitada.

12. Embargos conhecidos em parte, e, na parte conhecida, rejeitados."

Sustentam os Impetrantes, em suma, a nulidade dos procedimentos 2007.61.81010208-7 (monitoramento telefônico), 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telemático) e 2008.61.81.008291-3 (ação controlada), as quais teriam subsidiado a ação penal n.º 2008.61.81.010136-1 e o inquérito policial 2008.61.81.009002-8, todos vinculados ao Juízo Federal da 6.^a Vara Criminal de São Paulo, porque supostamente realizados por agentes da ABIN.

Alegam que, "considerada a manifesta ilegalidade da atuação da ABIN - bem como de investigador particular contratado e pago em cash - na Operação Satiagraha/Quero-Quero (art. 144, caput, § 1.º, inc. IV, da CF/88, art. 4.º parágrafo único, do CPP, Lei 9.883/99, Decreto 4.376/02, Portaria/MJ 1.300/03), realizando, ilegal e clandestinamente, atos restritivos de direitos fundamentais, intervencionistas sobre a esfera dos direitos de personalidade (intimidade, honra, imagem e vida privada - art. 5.º, incisos X e XII da CF), conducentes à ilicitude da prova (art. 5.º, inciso LVI, da CF/88), porquanto obtida mediante violação às normas constitucionais e legais incidentes (art. 157 do CPP), requer-se a concessão da ordem de habeas corpus, a culminar com a decretação da **nulidade dos Procedimentos n.ºs 2007.61.81010208-7 (monitoramento telefônico), 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telemático) e 2008.61.81.008291-3 (ação controlada)**, sobre as quais inequivocadamente se projetam as comprovadas ilegalidades, a fim de que, ulteriormente, se possa avaliar sobre a derivação da nulidade a investigações e/ou ações penais decorrentes de tais procedimentos" (fls. 65/66).

O eminentíssimo Relator, Ministro Adilson Vieira Macabu, proferiu voto concedendo a ordem, "para anular, desde o início, a ação penal, na mesma esteira do bem elaborado parecer exarado pela doutra Procuradoria da República".

O Ministro Napoleão Maia Filho votou acompanhando o Relator, para conceder a ordem.

O Ministro Gilson Dipp inaugurou a divergência, votando pela denegação da ordem, "tanto por inviável a discussão do tema nesta via como por inexistência de elementos de certeza para a conclusão pretendida pelos impetrantes".

Pedi vista dos autos para melhor analisá-los.

Superior Tribunal de Justiça

Anoto, de início, que, sem embargo do brilhantismo dos fundamentos consignados pelo eminente Relator, seu voto vai além do próprio pedido deduzido na impetração, como bem observou o eminente Ministro Gilson Dipp em seu voto-vista, já que requereram os Impetrantes tão somente o reconhecimento da nulidade dos procedimentos acima referidos, "*a fim de que, ulteriormente, se possa avaliar sobre a derivação da nulidade a investigações e/ou ações penais decorrentes de tais procedimentos*". Ou seja, nem mesmo os Impetrantes vislumbraram, a princípio, a nulidade da ação penal instaurada em desfavor do Paciente, que conta com sentença condenatória, estando pendente de julgamento apelação defensiva. De fato, a relação de causa-efeito entre as supostas provas ilícitas acima referidas e todo o acervo probatório considerado na sentença penal condenatória não foi nem trazido a debate pelos combativos defensores, que sequer tentaram estabelecer tal vínculo.

Feita essa breve anotação, com a devida vénia dos entendimentos contrários, acompanho a divergência para denegar a ordem.

De início, vale ressaltar a observação da Corte Regional acerca do teor das informações prestadas pelo Juiz Federal, para subsidiar o julgamento da impetração originária:

"Em relação à ação penal nº 2008.61.81.008291-3, verifico que as informações prestadas pela autoridade impetrada – que preside a persecução penal desde o seu nascêdouro e por isso dispõe de elementos valiosos para enriquecer o corpo probatório deste "writ" - são contundentes ao assentar que: (...) A prova produzida na persecução penal não é hábil a revelar que servidores da ABIN tenham autuado na fase pré-processual, ou seja, durante o Procedimento de Ação Controlada instaurado para apurar a participação em suposto delito de corrupção ativa. Nesse sentido, o delegado de Polícia Protógenes Queiroz quando de seu depoimento na fase judicial declarou não ter havido participação de agentes da ABIN em relação à investigação do delito de corrupção, tendo salientado que a troca de informação entre os órgãos teria se dado apenas no contexto de cadastros, endereços de pessoas físicas ou jurídicas nas apurações dos delitos financeiros e outros que precederam à apuração do crime contra a Administração Pública (...) Não se revelou qualquer participação indevida de servidores vinculados àquele órgão nas diligências relacionadas àquela investigação, muito menos, na persecução penal em curso, cuja apuração está adstrita às condutas circunscritas a esta capital (...)" (fls. 360/361)."

Ou seja, **em relação à apuração do crime de corrupção em tela**, o Juiz Federal processante foi categórico ao afirmar que não há nos autos da ação penal respectiva elementos de prova aptos a demonstrar a participação de agentes da ABIN nas diligências

Superior Tribunal de Justiça

consideradas na persecução penal em questão. Assim, eventuais irregularidades dessa ordem em procedimentos inquisitoriais outros não teriam o condão de contaminar a prova colhida para instrução da ação penal que apurou o crime de corrupção do ora Paciente.

Outrossim, alio-me às percuentes observações feitas pelo eminente Ministro Gilson Dipp em seu voto-vista, no sentido de que, *ad argumentandum*, mesmo que se admita que houve a participação de agentes da ABIN nos referidos procedimentos investigatórios, tal participação não estaria bem delineada, porquanto não esclarecido de que forma, com que finalidade, grau de envolvimento, tarefas e etc, se deu essa anunciada colaboração. Sem isso, impossível se alcançar a conclusão de absoluta nulidade da prova derivada, como querem os Impetrantes. Haveria, sem dúvida, indeclinável necessidade de exame aprofundado dos fatos e provas para se aferir os exatos contornos dessas ações investigatórias e seus personagens. E, como é sabido, essa tarefa não se coaduna com a via estreita do *habeas corpus*, que pressupõe provas pré-constituídas, livres de controvérsias.

Cumpre ainda asseverar que, nos termos remansosa e pacífica jurisprudência das Cortes Superiores, bastante conhecida de todos, vencida a fase investigatória pré-processual, eventuais irregularidades – que podem ser apuradas de forma absolutamente separada, em esferas pertinentes – não contaminam a ação penal instaurada. Perante o Juízo Federal processante, a propósito, tiveram as partes, durante a instrução criminal, a oportunidade de produzirem e contestarem provas, exercendo livremente a ampla defesa e o contraditório, em campo e momentos próprios para tanto.

Mostra-se, portanto, tardia, imprópria e inviável, fora dos autos da ação penal, a inauguração de discussão, sem a menor possibilidade de se desenvolver no terreno do *habeas corpus*, dispensando o imprescindível e aprofundado revolvimento da matéria fático-probatória para o deslinde da controvérsia suscitada.

Com essas breves, mas firmes considerações, acompanhando a divergência, e com as devidas vêrias dos entendimentos contrários, DENEGO a ordem.

É o voto.

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 149.250 - SP (2009/0192565-8) (f)

VOTO-DESEMPATE

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (PRESIDENTE): Srs.

Ministros, este julgamento se iniciou no dia 1º de março, com o voto do Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (relator), pela concessão da ordem, no que foi acompanhado pelo eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Naquela assentada, o Sr. Ministro Gilson Dipp pediu vista dos autos.

No dia seguinte, solicitei ao Sr. Ministro relator que me fizesse a gentileza, sem nenhum comprometimento com a tese, de me mandar uma cópia de seu voto e do parecer da Subprocuradoria-Geral da República, para melhor compreensão do entendimento apresentado por S.Exa.

Recebi, em meu gabinete, memoriais tanto por parte do Ministério Público, subscrito pelo Dra. Lindôra Maria Araujo, como da ilustrada defesa.

Fiquei no aguardado dos votos do Sr. Ministro Gilson Dipp e da Sra. Ministra Laurita Vaz para expor minha convicção, até porque estamos a três sessões do encerramento do semestre e não gostaria de atrasar o julgamento deste *writ* com um novo pedido de vista.

Com esse breve intróito, passo, então, a proferir meu voto.

Colhe-se do acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ora guerreado:

"Os impetrantes não instruíram o writ com elementos de prova suficientes para que esta Corte, neste passo, emita juízo de valor sobre a participação ou não de servidores vinculados à ABIN nos procedimentos investigatórios relacionados, denominado Operação Satiagraha. E, mesmo que por hipótese se prestassem a permitir uma conclusão positiva, tais documentos não esclarecem em que medida se deu essa participação a ponto de autorizar, já neste momento, um exame da sua legalidade. A autoridade impetrada nega a participação de agentes da Abin na persecutio criminis,

Superior Tribunal de Justiça

amparando-se, inclusive, em declaração da própria autoridade policial que presidiu as investigações que culminaram na denúncia formulada pelo Ministério Público Federal.

[...]

No que diz respeito aos demais procedimentos investigatórios, verifica-se que, com relação a eles, também não foram apresentados a esta Corte elementos de convicção suficientes o bastante para que seja avaliada a participação de eventual ilegalidade dessa atividade por parte de agentes da Abin. As informações prestadas pela autoridade impetrada indicam que, se houve a participação dos agentes da Abin nos demais procedimentos investigatórios que integram a operação em apreço, esta deu-se de forma secundária.

[...]

Não há prova acerca de um prejuízo concreto experimentado pelo paciente, pelo fato da Agência Brasileira de Informações, hipoteticamente, ter conhecido do conteúdo de conversas telefônicas interceptadas. É certo que esse fato pode até vir a gerar a responsabilidade funcional daquela autoridade, que, eventualmente, violou o seu dever de sigilo. Contudo, tal violação não possui o condão de macular a prova como um todo."

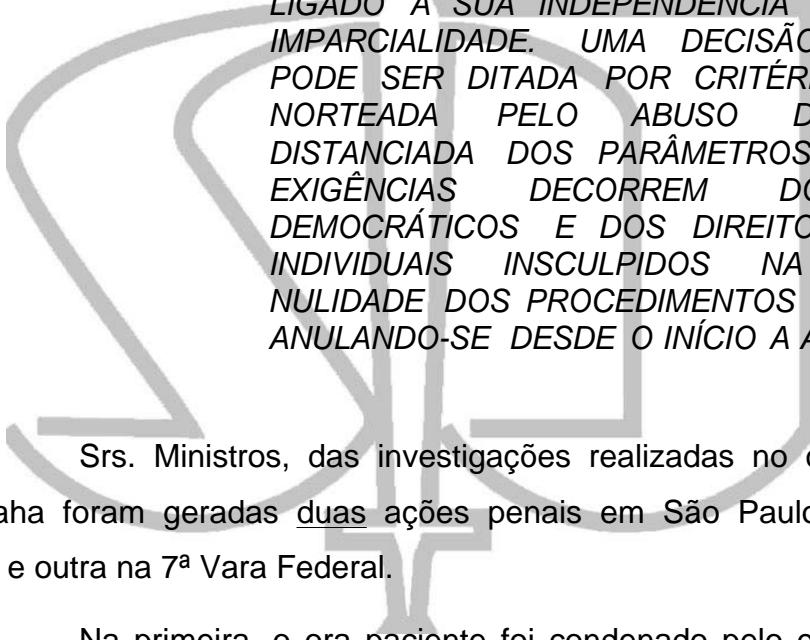
Com essa fundamentação, fez ver o Tribunal Regional Federal que, se houve a participação de funcionários da **Abin** no procedimento investigatório conhecido como Operação Satiagraha esta foi de forma secundária.

De seu turno, o Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu, relator do processo, foi categórico em afirmar:

"OPERAÇÃO SATIAGRAHA. PARTICIPAÇÃO DE DEZENAS DE FUNCIONÁRIOS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÕES - ABIN - E DE EX-SERVIDOR DO SNI EM INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELA POLÍCIA FEDERAL. MANIFESTO ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR A ATUAÇÃO EFETIVADA COMO HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA CAPAZ DE PERMITIR O COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRECEITO LEGAL AUTORIZANDO. PATENTE OCORRÊNCIA DE INTROMISSÃO ESTATAL ABUSIVA

Superior Tribunal de Justiça

E ILEGAL NA ESFERA DA VIDA PRIVADA, NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÕES DA HONRA, DA IMAGEM E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDEVIDA OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA, PORQUANTO COLHIDA EM DESCONFORMIDADE COM O PRECEITO LEGAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. AS NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL E DEMONSTRADAS, À EXAUSTÃO, CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL. INFRINGÊNCIA A DIVERSOS DISPOSITIVOS DE LEI. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPARCIALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, INQUESTIONAVELMENTE CARACTERIZADO. A AUTORIDADE DO JUIZ ESTÁ DIRETAMENTE LIGADO À SUA INDEPENDÊNCIA AO JULGAR E À IMPARCIALIDADE. UMA DECISÃO JUDICIAL NÃO PODE SER DITADA POR CRITÉRIOS SUBJETIVOS, NORTEADA PELO ABUSO DE PODER OU DISTANCIADA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ESSAS EXIGÊNCIAS DECORREM DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS INSculpidos NA CONSTITUIÇÃO. NULIDADE DOS PROCEDIMENTOS QUE SE IMPÔEM, ANULANDO-SE DESDE O INÍCIO A AÇÃO PENAL."



Srs. Ministros, das investigações realizadas no curso da Operação Satiagraha foram geradas duas ações penais em São Paulo: uma na 6^a Vara Federal e outra na 7^a Vara Federal.

Na primeira, o ora paciente foi condenado pelo crime de **corrupção ativa** (art. 333 do Código Penal), a uma pena em torno de 10 (dez) anos e, na segunda, o Delegado Federal e o escrivão de polícia restaram condenados à 3 (três) anos e 11 (onze) meses com perda dos cargos pelos crimes de **fraude processual** (art. 347 do Código Penal) e **violação de sigilo profissional** (art. 325, §2º, do Código Penal).

Contudo, nessa última, a **persecutio criminis** não foi iniciada por requisição do Ministério Público (art. 5º, II, do CPP).

Foi o próprio Departamento de Polícia Federal (entidade que tem o respeito da sociedade brasileira na sua luta incessante contra os crimes de lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, crime de tráfico internacional de entorpecentes, entre

Superior Tribunal de Justiça

outros) que, examinando possíveis abusos ***interna corporis*** - violação de sigilo profissional e fraude processual -, determinou que fosse apurada a responsabilidade funcional dos seus servidores.

Do relatório das investigações, extrai-se (fls. 2.732/2.733):

"[...] Considerando que os elementos que constam dos autos confirmaram a materialidade da prática do crime de violação funcional, conduta típica do art. 325, § 2º, do Código Penal, ocorrida em razão do repasse de informações sigilosas da Operação Satiagraha para jornalista da Rede Globo, permitindo-lhe a realização de filmagens da diligência policial, objeto da chamada ação controlada ocorrida no dia 19/6/2008, no restaurante El Tranvia e a realização da cobertura jornalística quando da deflagração da operação no dia 08/7/2008, aqui em São Paulo, bem como infração à segunda parte do art. 10 da Lei 9.296, de 24.7.1996, ocorrida em função da atuação dos servidores da Abin na citada operação, durante os meses de fevereiro a julho de 2008, em São Paulo, no Rio de Janeiro e em Brasília, em completo desvio de finalidade em face do repasse de dados que estavam sob segredo de justiça ...

[...] desse modo possibilitando que tais informações sigilosas viessem a ser obtidas pela jornalista ADREA MICHEAL, **através de contato com servidores daquela Agencia Brasileira de Intelligência, Télio Braun e Luiz Eduardo de Melo**, situação que teria possibilitado àquela jornalista, publicação da matéria jornalística veiculada no Jornal Folha de São Paulo, edição do dia 26.4.2008.

Considerando que os elementos que constam dos autos convergem, indicando a autoria de tais delitos, para o Delegado Protógenes Pinheiro Queiroz, tendo em vista que servidores da Agência Brasileira de Inteligência - Abin, por iniciativa daquela autoridade, sem autorização judicial e sem qualquer formalização, **foram introduzidos ocultamente nos trabalhos da Operação Satiagraha, tomaram conhecimento dos dados que estavam sob sigilo e, seguindo o comando daquela autoridade e de outros servidores a ela subordinados, realizaram trabalhos de vigilância, acompanhamento de alvos, registros fotográficos, filmagens, gravações ambientais, análise de documentos igualmente sigilosos, geraram relatórios e produziram transcrições a partir da audição de gravações de conversas telefônicas interceptadas pelo "sistema guardião"**, em situação que ultrapassa qualquer limite de

Superior Tribunal de Justiça

entendimento que fosse apenas uma atuação pontual, com troca de dados de inteligência entre os órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Inteligência - SISBIN, cuja razão de existir e finalidade de atuação divergem diametralmente daquelas correspondentes à Polícia Judiciária da União.

[...]

Considerando que se extrai de tais premissas a conclusão de que basta considerar a finalidade para chegar ao pleno entendimento de que as atividades da Abin não se confundem com as atividades da Polícia Judiciária da União" (original sem grifo)

Nesse contexto, com a devida vénia, difícil entender, como fez o Tribunal Regional Federal, que a participação dos funcionários da **Abin** nas investigações da Operação Satiagraha ocorreu de forma secundária.

Pois bem.

É certo que o escrivão de polícia restou responsabilizado penalmente por ter passado informações sigilosas a uma rede de televisão. Contudo, não menos certo que os funcionários da **Abin** teriam de igual modo agido, possibilitado a uma reporte publicar matéria veiculada em jornal de grande circulação na edição no dia **26/4/2008**.

Em relação ao então Delegado Federal responsável pela operação, eleito, em 2010, Deputado Federal, o processo se encontra no Supremo Tribunal Federal (por prerrogativa de função), sob a relatoria da Exa. Sra. Ministra Ellen Grace.

Lado outro, e após atenta leituras da sentença proferida pelo Juiz Federal de São Paulo, Dr. ALI MAZLOUM, destaco os seguintes trechos:

"A origem desta apuração deve-se a supostos abusos e violações de sigilo ocorridos no curso da chamada Operação Satiagraha.

[...] a investigação iniciada perante esta 7ª Vara teve à frente do inquérito policial delegado da Polícia Federal, Dr. Amaro Vieira Ferreira, cujo objetivo seria o de apurar possíveis ocorrências de infrações penais perpetradas no curso da Operação Satiagraha pelos agentes que dela participaram.

Diversos episódios realçaram a singularidade do caso

Superior Tribunal de Justiça

aqui tratado, podendo-se mencionar as inéditas buscas e apreensões em órgão de inteligência do Estado, a Abin, ou aquelas efetuadas em endereço conhecido de arapongas de Brasília. O destaque, porém, ficou por conta do inusitado conteúdo do material encontrado e arrecadado no curso das investigações e reações que seguiram.

O caso é emblemático, não representa apenas uma investigação de crime previsto no Código Penal brasileiro, representa precipuamente a apuração de um método próprio da polícia secreta empreendido sob a égide da Constituição Federal, mas à margem das mais comezinhas regras do Estado Democrático de Direito.

Práticas de monitoramento clandestino, mais apropriada a regime de exceção, revelaram situações de ilegalidade patente no curso da Operação Satiagraha, participação da Abin na realização de inquérito policial. Sérios indícios de infiltração de interesses privados na investigação oficial. **Fragmentos de espionagem de autoridades sem motivo e sem autorização do juiz natural, dentre tantas outras absurdidades visíveis a olho nu, até mesmo a um jejuno do Direito.**

Espantoso, pessoas submetidas a averiguações típicas dos regimes totalitários em plena normalidade republicana. À guisa de exemplo, no endereço do acusado Protógenes foram apreendidos fragmentos de "arapongagem", dentre outros, contra a então ministra Dilma Rousseff, hoje Presidente eleita do Brasil, Erenice Guerra, José Dirceu, etc.

Já no arquivo do documento nº 1.798, os Senadores Heráclito Fortes, ACM Neto e o então Ministro Mangabeira Unger foram alçados pelo organograma da quadrilha à condição de partícipes do esquema investigado pela Operação Satiagraha.

A par desses personagens públicos, citam-se nos fragmentos de espionagem encontrados o ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso e José Serra.

Pois bem.

Qual seria o propósito dessa ambivalente ação de arapongagem? ... abastecendo a coordenação de campanha com documentos frutos de investigação sobre segurança e privatizações ...
[...]

Em democracias sedimentadas, declaração desse jaez teria provocado imediata reação das autoridades constituídas, dos juristas, dos artistas, dos intelectuais e de todos os que prezam minimamente as liberdades públicas instituídas na Constituição Federal. À indignação, seguir-se-ia rigorosa investigação. Cargos

Superior Tribunal de Justiça

públicos seriam perdidos, vale dizer, a força do Estado de Direito seria colocada a serviço da sociedade para reprimir tamanha agressão à democracia.

[...]

Sabiam, repita-se, ambos os acusados da manifesta ilegalidade da prova, da manifesta ilegalidade da edição da prova. Ademais, seria ingênuo acreditar que a Polícia Federal não poderia dispor de alguns reais para aquisição de uma câmera de filmagem, sabendo-se que a Operação Satiagraha custou aos cofres públicos cerca de 800 mil reais.

Insta salientar que a Operação Satiagraha não era a primeira operação espetacular da Polícia Federal. Beirava a milésima da instituição. A tese dos acusados de "indigência estrutural da PF", caso aceita, levaria a suposição de que era comum o emprego de serviços (ou interesses) privados em operações policiais, o que propiciaria a abertura das portearas para milhares de ações de revisão criminal buscando anulação de processos por ilicitude da prova produzida nas centenas de operações desta última década.

[...]

O que deveria ser uma ação autorizada e controlada pela Justiça, na verdade, foi uma fraude montada pelo Delegado Protógenes Queiroz.

Em pen drive apreendido em poder do acusado PROTÓGENES foi encontrada filmagens efetuadas pelos citados jornalistas, antes da sua edição, conforme demonstrado às fls. 1575/1578, podendo-se ali, vislumbrar a imagem deles captada pela câmera. No laudo, constam todos os diálogos captados durante a filmagem, que faziam no restaurante. A adulteração da prova, com exclusão das partes que denunciariam a imagem vedada, caracteriza a imputada fraude processual".

Digo eu.

Não tenho dúvidas de que a Abin, em uma operação compartilhada, poderia participar das investigações da Operação Satiagraha. Contudo deveria atuar mediante autorização judicial e desde que formalmente requisitada.

O que não pode é, em um Estado Democrático de Direito, a Agência de Inteligência agir na ilegalidade, na clandestinidade e de forma oculta. O que não pode é que com esse arremedo de prova, colhido de forma impalpável como

Superior Tribunal de Justiça

sombra, se possa chegar a uma condenação.

Não há lugar maior para o extravasamento dos ódios e dos rancores que uma ação penal ancorada em prova colhida na clandestinidade.

Essa volúpia desenfreada de se construir pseudo-provas acaba por ferir de morte a Constituição do País.

É preciso que se dê um basta, colocando-se freios inibitórios antes que seja tarde. Estou a repetir: **antes que seja tarde!**

Em precedente do qual fui relator, vencidos naquela assentada a Sra. Ministra Laurita Vaz e o Sr. Ministro Gilson Dipp, tratando-se da **Operação Propina**, no Estado do Rio de Janeiro, em que o Ministério Público estadual requereu uma prova e pegou uma de suas funcionárias para fazer sua degravação, esta Quinta Turma, por maioria de votos, entendeu tratar-se de prova viciada, ilícita.

Naquela oportunidade afirmei:

"[...] o Ministério Público é parte no processo penal, e embora seja entidade vocacionada à defesa da ordem jurídica, representando a sociedade como um todo, não atua de forma imparcial no âmbito penal no primeiro grau de jurisdição. De modo que é inconcebível admitir como prova técnica oficial um laudo que emanou exclusivamente de órgão que atua como parte acusadora no processo criminal, sem qualquer tipo de controle judicial ou de participação da defesa, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa."

E ressaltei na ementa:

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, LAVAGEM DE DINHEIRO E QUADRILHA. LAUDO DE CRIPTOANÁLISE PRODUZIDO POR PROFISSIONAL LIGADO AO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, BEM COMO DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROVA ILÍCITA. CONCESSÃO DA ORDEM.

...

10. Ordem concedida para reconhecer a ilicitude do laudo pericial de criptoanálise realizado de forma unilateral pelo Ministério Público,

Superior Tribunal de Justiça

determinando-se o seu desentranhamento dos autos. (HC 154.093/RJ, DJe 9.11.2010)

Nesse contexto, se a prova que deu origem a ***persecutio criminis in judicio*** é natimorta, eis que viciada, é preferível que passemos, desde logo, o competente atestado de óbito, para que amanhã não seja usada contra qualquer outro cidadão.

Coitado do país em que seus filhos vierem a ser condenados com prova colhida na clandestinidade.

Não podemos! Temos que dar um basta nisso, até porque há limites. A Constituição Federal assim o determina !

Afirmar-se que a prova colhida na clandestinidade não contamina a instrução, com todas as vêrias, seria subversão do ordenamento jurídico brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal já proclamou o reconhecimento da "Teoria dos frutos da árvore envenenada" (*fruits of the poisonous tree*) em arresto da lavra do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, ou seja, havendo uma origem ilícita, como na espécie, uma investigação eivada de constitucionalidade, toda a prova dela decorrente, mesmo que não ilícita em si, não deve ser admitida.

De outra banda, em relação a uma eventual supressão de instância, matéria enfrentada no voto do eminente Ministro Gilson Dipp e trazia como preliminar no parecer do Ministério Público Federal, cheguei a ponderar por sua incidência na espécie.

Contudo, no silencio de meus estudos, já um pouco tarde da noite, consultando obra do Dr. Luiz Francisco Torquato Avolio, encontrei os seguintes ensinamentos:

"A consequência que decorre da utilização de prova ilícita é, inapelavelmente, a da sua ineficácia, com imposição lógica da sua inexistência jurídica como ato ou como prova, com o consequente desentranhamento dos autos da prova ilicitamente obtida, mediante a participação das partes em contraditório;

Com relação à sentença que nela se baseou, será

Superior Tribunal de Justiça

inquinada de nulidade, dando margem à revisão criminal ou ao habeas corpus;

Não haverá supressão de um grau de jurisdição se a questão da ilicitude da prova tiver sido suscitada em primeiro grau, cabendo ao tribunal prosseguir no julgamento, em grau de recurso;

As provas ilícitas por derivação, quais sejam, aquelas obtidas de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito, não são admissíveis no processo, ressalvada a hipótese de sua desvinculação causal da provas ilicitamente obtida" (in "Provas ilícitas", Ed. RT, 4ª edição, 2010, p. 114)

Ante o exposto, formei minha convicção, em sã consciência, como costuma dizer a Ministra Laurita Vaz, até porque o voto é um exercício de confiança:
não posso admitir, em hipótese alguma, que a prova ilicitamente produzida seja usada contra um cidadão do meu País para, desrespeitando a Constituição Federal, buscar sua condenação.

Nesta esteira, lembro-me de um grande jurista que certa feita disse:

"A Justiça não é bela apenas quando manuseia o Código que a aplica, mas é bela, sim, e chega a ser até grandiosa, quando mergulha nas profundezas e na razão moral dos fatos que julga".

Assim, pela razão moral do fato que estou a julgar, pedindo vênia à divergência, e citando a lição de Gaspar Martins - de que as idéias não são como metais que se fundem, daí a importância do órgão colegiado -, acompanho o brilhante voto do eminentíssimo Ministro relator Adilson Vieira Macabu, no sentido de conceder a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0192565-8

HC 149.250 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200761810012852 200761810102087 200761810114193 200803000441657
 200861810082834 200861810082913 200861810089191
 200861810089361 200861810089968 200861810090028
 200861810097333 200861810101361 200861810101695
 200861810108264 200861810114343 200861810126370
 200861810134998

EM MESA

JULGADO: 07/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDREI ZENKNER SCHMIDT E OUTROS

ADVOGADO : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

PACIENTE : DANIEL VALENTE DANTAS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral - Corrupção ativa

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE NA SESSÃO DE 01/03/2011: DR. ANDREI ZENKNER SCHMIDT (P/ PACTE)

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 maioria, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Gilson Dipp e Ministra Laurita Vaz, que denegavam a ordem.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Gilson Dipp.